

Cadernos

*da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo*

n. 4, 2017

Direitos Humanos

**Acesso à justiça, direitos
fundamentais e não discriminação**

ISBN 978-85-92898-04-5



**DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2017 EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

n.4 - 2017 – ISSN 2526-5199

Defensor Público Geral

Davi Eduardo Depiné Filho

Defensor Público Diretor da EDEPE

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Defensores Públicos Assistentes da EDEPE

Bruno Vinicius Stoppa Carvalho

Rafael Folador Strano

Conselho Editorial

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Bruno Vinicius Stoppa Carvalho

Rafael Folador Strano

Diagramação e Projeto Gráfico

Laura Schaer Dahrouj

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Rua Boa Vista, 103 - 12º andar

CEP 01014-001 - São Paulo-SP

Tel.: (11) 3101-9454

escola@defensoria.sp.def.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Hellen Cristina Lago Ramos (Org.)

Tamara de Padua Capuano (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Acesso à justiça, direitos fundamentais e não discriminação

1ª edição

São Paulo

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

2017

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

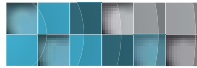
No exercício de sua missão constitucional de realizar a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134, da Constituição Federal), a Defensoria Pública veicula ao sistema de justiça realidades e pleitos até então inexplorados pela doutrina jurídica tradicional. Esta atuação peculiar, criativa e inovadora merece o respectivo registro.

Publicados pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, os Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretendem concentrar a produção de conhecimento pautada pela vulnerabilidade dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita, consolidando artigos, pesquisas, anais de eventos, dentre outras produções de Defensores/as Público/as e Servidores/as da Instituição.

Embora este caminho já tenha sido trilhado por outros atores e instituições, é certo que ainda se encontra em seus passos iniciais, de modo que a série ora apresentada pretende somar e contribuir para a construção de arcabouço de produção escrita que não apenas reproduza os institutos doutrinários clássicos, mas que inove e tenha como objetivo a consecução dos direitos da população vulnerável.

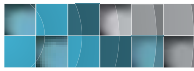
A série é dividida em onze áreas temáticas: 1. Cidadania e Direitos Humanos; 2. Ciências Penais; 3. Infância e Juventude; 4. Direito das Famílias e Sucessões; 5. Direito Processual e Litigância Estratégica; 6. Habitação e Urbanismo; 7. Direito das Mulheres; 8. Diversidade e Igualdade racial; 9. Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência; 10. Direito do Consumidor; 11. Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar.

A EDEPE está à disposição para críticas e sugestões através do e-mail: escola@defensoria.sp.def.br



Sumário

Apresentação deste volume.....	6
Diálogo de Cortes e desenvolvimento de standards hermenêuticos na tutela de direitos humanos.....	8
<i>Carlos Eduardo de Moraes Domingos</i>	
John Rawls e o direito à renda mínima.....	18
<i>Julio de Souza Comparini</i>	
O acesso à justiça e a Defensoria Pública sob a perspectiva do mínimo existencial.....	27
<i>Hellen Cristina do Lago Ramos</i> <i>Tamara de Padua Capuano</i>	
O acesso à justiça e as mulheres em situação de violência	44
<i>Paula Sant'Anna Machado de Souza</i>	
A discriminação da mulher negra, (não) repressão ao racismo e acesso à justiça: uma proposição ao direito interno.....	51
<i>Thais Helena de Oliveira Costa Nader</i>	
A discriminação nos casos de relação de emprego.....	70
<i>Marco Christiano Chibebe Waller</i>	
Cirurgia de redesignação sexual: a necessária releitura do paradigma patologizante.....	78
<i>Aline do Couto Celestino</i>	
Liberdade de expressão e discurso de ódio: limites constitucionais.....	91
<i>Hellen Cristina do Lago Ramos</i> <i>Tamara de Padua Capuano</i>	



Apresentação

Quando se pensa em Direito Humanos e cidadania a primeira ideia que nos vem à mente é a dignidade da pessoa humana, pois é este o princípio que inspira – e também no qual respira – todo o ordenamento jurídico. No contexto da preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana, os artigos ora reunidos trazem reflexões sobre questões como a da interpretação das normas de direitos humanos, a do direito fundamental à renda mínima e a do acesso à justiça, bem como estudos que abordam o problema da discriminação em diversas facetas.

No primeiro artigo que compõe este caderno, denominado *Diálogo de cortes e desenvolvimento de standards hermenêuticos na tutela de direitos humanos*, Carlos Eduardo de Moraes Domingos faz uma análise do crescente processo de integração da sociedade mundial, que tem impulsionado a construção de sistemas de proteção de direitos humanos no plano internacional visando a tutela simultânea de direitos. Nesse contexto, de construção de um modelo com enfoque multidirecional de interação e articulação, se insere o chamado diálogo entre Cortes.

Julio de Souza Comparini contribuiu com o artigo *John Rawls e o direito à renda mínima*, no qual aborda a concepção de justiça do filósofo norte-americano disposta em *Uma teoria da justiça*, defendendo-a como fundamento para o direito à renda mínima verificado em diversos países, inclusive no Brasil.

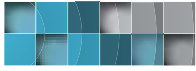
Hellen Cristina do Lago Ramos e Tamara de Padua Capuano abordaram o acesso à justiça como um direito fundamental. No artigo *O acesso à justiça e a Defensoria Pública sob a perspectiva do mínimo existencial*, o acesso à justiça é analisado como um direito fundamental que compõe o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, o chamado mínimo existencial.

Ainda na temática do acesso à justiça, Paula Sant'Anna Machado de Souza contribuiu com o artigo *Acesso à justiça e as mulheres em situação de violência*, que discute a dificuldade de acesso à justiça pelas mulheres que estão em situação de violência.

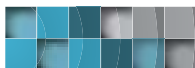
Thais Helena de Oliveira Costa Nader integra a publicação com o artigo *A discriminação da mulher negra, (não) repressão ao racismo e acesso à justiça: uma proposição ao direito interno*, no qual analisa o Caso n. 12.001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a questão do racismo e sua transversalidade quando se trata de mulher, negra e pobre, trazendo uma visão da tripla discriminação da mulher brasileira neste cenário socioeconômico.

Marco Christiano Chibebe Waller elaborou o artigo *A discriminação nos casos de relação de emprego*, que traz uma reflexão sobre as relações humanas no que tange ao preconceito, seja de cor, raça, religião, dentre inúmeras outras.

Aline de Couto Celestino colaborou com o artigo *Cirurgia de redesignação sexual: a necessária releitura do paradigma patologizante*, em que demonstra como o procedimento para que seja realizada a cirurgia de redesignação sexual consolida a visão da vivência transexual como patologia.



Por fim, Hellen Cristina do Lago Ramos e Tamara de Padua Capuano apresentam o artigo *Liberdade de expressão e discurso de ódio: limites constitucionais*, no qual investigam o contraponto entre a liberdade de expressão e o discurso do ódio.



DIÁLOGO DE CORTES E DESENVOLVIMENTO DE STANDARDS HERMENÊUTICOS NA TUTELA DE DIREITOS HUMANOS *DIALOGUE BETWEEN COURTS AND DEVELOPMENT OF HERMENEUTIC STANDARDS IN HUMAN RIGHTS*

Carlos Eduardo de Moraes Domingos

Mestrando em direito processual pela USP.

Defensor Público do Estado de São Paulo.

cedomingos@defensoria.sp.gov.br

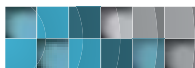
Resumo

Em decorrência do crescente processo de integração da sociedade mundial, a tutela de direitos fundamentais não se refere apenas a uma ordem jurídica estatal isolada em seu respectivo espaço territorial. A construção de sistemas de proteção de direitos humanos no plano internacional culminou na tutela simultânea de direitos. Desta pluralidade de ordens jurídicas, surgem potenciais dissonâncias. Necessária, portanto, a criação de mecanismos de interação entre diversas ordens jurídicas. Modelos de simples convergência ou divergência indicam apenas a simples sobreposição de decisões judiciais conflitantes entre ordens jurídicas diversas. No contexto de construção de um modelo com enfoque multidirecional de interação e articulação insere-se o diálogo entre Cortes. Este diálogo não é fenômeno unilateral, mas pressupõe a apreciação e respeito mútuo entre Tribunais. Espécies de técnicas aplicáveis ao diálogo de Cortes são o controle de convencionalidade e a aplicação interna de *standards* hermenêuticos definidos por Tribunais de direitos humanos de caráter supranacional. A importância da internalização destes paradigmas surge na medida em que os órgãos nacionais têm maior proximidade dos conflitos sociais e representam imediata tutela aos direitos humanos. Ressalta-se que este procedimento, embora inserido no âmbito de interação de Cortes judiciais, envolve a atuação estratégica de outros atores comprometidos com a promoção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Diálogo de Cortes. Standard Hermenêutico.

Abstract

Following the process of integration of the world community, the protection of fundamental rights does not only refer to a state legal order isolated in its respective territorial area. The construction of systems for the protection of human rights at the international level culminated in the simultaneous protection of rights. From this plurality of legal orders, there are potential dissonances. It is therefore necessary to create mechanisms for interaction between different legal



orders. Models of simple convergence or divergence indicate merely the overlapping of conflicting judicial decisions between different legal orders. In the context of the construction of a model with a multidirectional approach of interaction and articulation, the dialogue between Cortes is located. This dialogue is not a unilateral phenomenon, but presupposes mutual appreciation and respect among Courts. Species of techniques applicable to the Cortes dialogue are the control of conventionality and the internal application of hermeneutical standards defined by Human Rights Courts of a supranational nature. The importance of the internalization of these paradigms arises in the sense that the national organs are closer to the social conflicts and represent an immediate protection of human rights. It should be emphasized that this procedure, although inserted within the scope of judicial Courts interaction, involves the strategic action of other actors committed to the promotion of human rights.

Keywords: *Human Rights. Dialogue Between Courts. Hermeneutic Standard.*

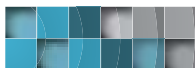
I. INTRODUÇÃO

Em uma sociedade mundial em crescente processo de integração, a tutela de direitos fundamentais não se refere apenas a uma ordem jurídica estatal isolada em seu respectivo espaço territorial. Trata-se de problema constitucional que perpassa uma pluralidade de ordens jurídicas, sejam nacionais, internacionais ou supranacionais. Deste modo, mais de uma ordem jurídica poderá ser acionada, através de seus órgãos jurisdicionais, para a solução das questões em comum. Como consequência, há a tendência natural de surgimento de colisões entre as soluções apresentadas pelas diversas ordens jurídicas envolvidas.

Neste contexto, tem-se a simultânea tutela de direitos humanos pela ordem jurídica interna e pela ordem jurídica internacional. A construção do Direito Internacional dos direitos humanos é característica do século XX. A celebração de tratados internacionais e desenvolvimento de mecanismos de custódia dos direitos humanos pactuados originaram os sistemas regionais e sistema global de proteção. No ápice desta revolução jurídica estão os Tribunais supranacionais destinados à tutela das convenções de direitos humanos celebradas. A construção de modelos de articulação entre tribunais de ordens jurídicas diversas refere-se, portanto, à tutela concreta de direitos e garantias fundamentais.

As atuais discussões partem da superação dos modelos tradicionais, monistas e dualistas, de resolução de conflitos entre soluções diversas oferecidas por Cortes pertencentes a diferentes ordens jurídicas. Concepções de estruturas piramidal-hierárquicas, em que uma ordem jurídica prevalece sobre a outra, revelaram-se de pouca utilidade à superação de dilemas concretos. Assim, o cerne das discussões concentra-se na investigação e busca por modelos de efetiva interação, adequados à coexistência e à cooperação entre ordens jurídicas envolvidas na solução de problemas jurídico-constitucionais comuns.

O desenvolvimento de *standards* hermenêuticos encontra-se dentre os modelos de interação possíveis entre Tribunais nacionais e Tribunais de direitos humanos de âmbito



supranacional. Estes, intérpretes oficiais das convenções de direitos humanos, empregam seu poder criativo hermenêutico a fim de estabelecer conteúdo mínimo e alcance dos direitos e garantias tutelados. Nestas circunstâncias, concebem-se arquétipos para a criação, interpretação e aplicação de direitos no âmbito interno dos Estados membros.

II. INTERAÇÃO E CONFLITO ENTRE ORDENS JURÍDICAS

Ao revés do que se verificou com o modelo de Estado liberal do constitucionalismo clássico e com modelo de Estado de bem-estar social do constitucionalismo social, o Estado contemporâneo defronta-se com as consequências dos processos de globalização. Em razão da maior integração da sociedade mundial, problemas antes exclusivamente arraigados ao direito constitucional estatal atravessam fronteiras, tornando-se relevantes para diversas ordens jurídicas.

Neste sentido, em especial, observam-se as questões dos direitos humanos fundamentais, de tal maneira que o direito constitucional estatal, isoladamente, tornou-se uma instituição limitada para enfrentar esses problemas. O enfrentamento das questões relativas a direitos fundamentais, tradicionalmente privilégio do direito constitucional estatal, passa a ser enfrentado legitimamente por outras ordens jurídicas, pois também lhe são relevantes (NEVES, 2013, p. 120).

Observa-se, portanto, a formação de uma pluralidade de ordens jurídicas que tem, concomitantemente, uma mesma matéria de interesse. Da coexistência de normas e decisões judiciais de origens distintas, regentes de um mesmo interesse e corpo social, surgem potenciais convergências e divergências (RAMOS, 2011/2012, p. 498), e a necessidade de desenvolvimento de mecanismo que possibilitem a consonância entre as diferentes tutelas jurídicas.

O Estado constitucional contemporâneo, marcado pela doutrina neoconstitucionalista, depara-se, por estas razões, com a crise de sua soberania (MORAIS, 2011, p. 34). A manutenção de postura provinciana, consistente no isolamento em seu próprio ordenamento jurídico, é insuficiente à tutela de problemas constitucionais comuns a diferentes ordens jurídicas. Em especial, à tutela de direitos fundamentais.

Assim, de grande relevo o estudo da integração entre as diversas ordens jurídicas, entrelaçadas diante da comunhão de situações ordenadas. O debate sobre integração de ordens jurídicas diversas, quando circunscrito tão somente à perspectiva da hierarquia normativa de tratados internacionais e pela vinculação das jurisdições internas de cada país às decisões de um tribunal internacional, é, em verdade, muito pouco produtivo (SILVA, 2010, p. 517).

Doutrinas unidirecionais, limitadas a determinação da prevalência desta ou daquela ordem jurídica, em uma estrutura piramidal-hierárquica, incidem em discussões inconclusivas sobre soberania estatal, assunção de compromissos internacionais e possibilidade de condenação do Estado em âmbito internacional. A verdade é que tais discussões pouco contribuem para o estudo da interação entre ordens jurídicas diversas e solução de eventuais conflitos de decisões emanadas destas diferentes ordens.



Ultrapassando as costumeiras discussões sobre monismo e dualismo, a fim de analisar os novos desafios de um direito constitucional que ultrapassa as fronteiras estatais, Marcelo Neves apresenta a concepção de transconstitucionalismo:

Não interessa primariamente ao conceito de transconstitucionalismo saber em que ordem se encontra uma Constituição, nem mesmo defini-la como um privilégio do Estado. O fundamental é precisar que os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exigindo soluções fundadas no entrelaçamento entre elas. Assim, um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (em sentido estrito), ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. (NEVES, 2013, p. 121).

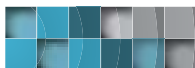
A partir do conceito de transconstitucionalismo e da noção de integração sistêmica entre diversas ordens jurídicas, a compatibilização entre tutelas jurídicas distintas demanda uma “conversação transconstitucional mediante pontes de transição que possibilitem aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas” (NEVES, 2013, p. 257). O debate sobre integração entre ordens jurídicas diversas assume, assim, novas perspectivas de estudo. Impõe-se o desenvolvimento de uma metodologia específica que viabilize cooperação e aprendizado recíproco.

A inexistência de um modelo legal implica a possibilidade de sobreposição de decisões conflitantes entre ordens jurídicas diversas (VERGOTTINI, 2010, p. 75/76). Entretanto, parece mais adequado um enfoque multidirecional que estabeleça uma relação de respeito mútuo, fundamentada na autonomia e reciprocidade entre as cortes nacionais e a corte internacional regional. Refutam-se modelos de simples convergência ou divergência, privilegiando unilateralmente uma das ordens jurídicas envolvidas. O melhor espaço para este tipo de relação de interação e articulação parece ocorrer no âmbito do diálogo das Cortes (GÓNGORA-MERA, 2013, p. 337).

III. DIÁLOGO DE CORTES

O chamado diálogo das Cortes tornou-se lugar comum repetido acriticamente pela doutrina (VERGOTTINI, 2010, p. 63). Somente em poucas hipóteses é possível falar, cientificamente, em diálogo e interação entre Cortes. Tais cenários não se referem à mera influência da jurisprudência estrangeira ou estudo do direito comparado.

Fala-se em diálogo entre Cortes, propriamente, nos casos em que a decisão judicial oriunda de um determinado ordenamento jurídico presta-se à resolução de um determinado conflito judicial no âmbito de ordenamento jurídico diverso. Na definição de Giuseppe de Vergottini:



Fundamentalmente suele hablarse de diálogo cuando en el curso de una resolución podemos encontrar una reseña proveniente de un ordenamiento diferente; externo por tanto de aquel en el que la resolución despliega su eficacia. De tal dato se pretende obtener la confirmación de la existencia de un diálogo de jurisdicciones. (VERGOTTINI, 2011, p. 346).

A mera influência da jurisprudência proveniente de ordenamento jurídico diverso é fenômeno de caráter unilateral. Não se trata de verdadeira interação, uma vez que esta pressupõe reciprocidade entre as instâncias judiciais envolvidas (FIGUEIREDO, 2016, p. 83). Igualmente, a migração constitucional, fenômeno caracterizado pela difusão de conhecimento sobre as bases dos ordenamentos constitucionais, também não constitui mecanismo de interação entre Tribunais (VERGOTTINI, 2011, p. 349).

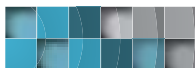
O diálogo entre Cortes não é um fenômeno unilateral. Tem como pressuposto necessário a deferência entre os diversos tribunais envolvidos e suas respectivas jurisprudências, sem que isto implique em subordinação ou relação hierárquica:

(...) simple cross-fertilization of judicial ideas is unlikely to be enough. Comity requires more than consultation born of intellectual curiosity. It expresses an appreciation of different assignments and a global allocation of judicial responsibility, sharpened by the realization that the performance of one court's function increasingly requires cooperation with others. On the other hand, it does not import subordination or even the more subtle constraints of ritual deference. (SLAUGHTER, 1998, p. 711).

A concepção de diálogo entre Cortes aproxima-se da noção de *cross-fertilization*, embora não se resuma a esta. A *cross-fertilization* consiste na formulação de decisões judiciais a partir de conceitos originários de ordenamentos jurídicos diversos. Isto significa que, a partir de um caso paradigmático proveniente de ordem jurídica diversa, há o desenvolvimento de um raciocínio decisório por determinado Tribunal. Não há exata transposição do caso paradigma, mas adaptação deste às circunstâncias históricas, sociais, cultural, regulamentadas por ordenamento jurídico diverso (FIGUEIREDO, 2016, p. 83).

Diversas são as técnicas que podem ser utilizadas para interação e colaboração entre Tribunais estabelecidos por ordenamentos jurídicos diversos. Dentre elas há o chamado controle de convencionalidade. Neste, “o juiz é chamado a controlar o respeito às normas de um tratado ou convênio internacional, de ofício ou por provocação das partes” (FIGUEIREDO, 2016, p. 84). Isto significa que, o juiz de direito, investido pelo ordenamento jurídico interno, deve promover um juízo de compatibilidade entre as normas de direito internacional, consagradas em convenção internacional regularmente incorporada, e as normas de direito interno. O Tribunal estabelecido pelo próprio Estado membro deverá aplicar as normas de direito interno de forma a resguardar as normas de direito internacional.

Outra técnica inserida no contexto do diálogo de Cortes consiste na aplicação interna de *standards* hermenêuticos definidos por Tribunais de direitos humanos de caráter supranacional. A convergência entre o sistema interno e o sistema internacional de direitos humanos dá-se na



medida em que Tribunais supranacionais definem o conteúdo mínimo de direitos humanos consagrados e tais entendimentos são internalizados e aplicados por Tribunais internos, de forma crítica, sem deixar de considerar as demandas, cultura e valores socioeconômicos característicos de determinado território.

IV. ESTABELECIMENTO DE *STANDARDS* HERMENÊUTICOS

A internalização de entendimentos de Tribunais supranacionais de proteção de direitos humanos pode ocorrer em diversos níveis – social, político e legal – e por diferentes atores nacionais. No que concerne ao diálogo de Cortes e convergência entre sistemas jurídicos por meio de decisões judiciais, é relevante a internalização destes entendimentos por Tribunais nacionais quando da resolução de demandas que lhe são apresentadas.

Quando provocada uma Corte de direitos humanos, em um dado sistema de proteção, esta deverá analisar o caso sob a perspectiva das convenções de proteção que lhe são próprias. Neste exercício decisório, as Cortes emanam juízos hermenêuticos a respeito da definição, conteúdo e limites de direitos humanos consagrados.

Exemplificativamente, cite-se o caso *J. vs. Peru*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em novembro de 2013. Neste caso, a Corte Interamericana foi instada a manifestar-se sobre uma série de direitos fundamentais elencados na Convenção Americana de Direitos Humanos. Dentre estes, o direito à liberdade pessoal (art. 7º, 1), presunção de inocência (art. 8º, 2) e direito de defesa. A Corte IDH examinou cada uma destas garantias e, mediante exercício hermenêutico, estatuiu lineamentos aos seus conteúdos e limites. Tais lineamentos consistem no *standards* hermenêuticos de relevante consideração no contexto de diálogo de Cortes.

No caso concreto *J. vs. Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que viola o direito à liberdade pessoal toda detenção que não seja registrada em documento pertinente, declinando-se as razões da prisão, quem a realizou, a hora da prisão e a hora da soltura (CIDH, 2013, §153). Igualmente, viola o direito à liberdade pessoal a prisão cautelar determinada para finalidade que não seja a garantia da instrução de processo criminal e aplicação judicial da lei penal (CIDH, 2013, §159). A Corte IDH também determinou que a exposição do acusado, pelo próprio Estado, perante veículos de comunicação, influenciando a opinião pública, antes de formada a culpa através de sentença penal condenatória transitada em julgado, é contrária à garantia da presunção de inocência (CIDH, 2013, §235 e §248).

Os *standards* hermenêuticos desenvolvidos pelas Cortes de direitos humanos não têm sua aplicação confinada aos casos concretos que lhes são submetidos. Em verdade, as interpretações emanadas das Cortes de caráter supranacional servem de parâmetro para os Estados membros na criação e aplicação de seu direito nacional. Na definição de Michael O’Boyle, “(...) the Court develop fundamental principles of law extending beyond the confines of the particular case-principles wich must be taken into account by Member States in their



domestic law and practice. It is this effect that constitutes the real achievement of the Convention, rather than concrete results” (O’BOYLE, 1980, p. 732).

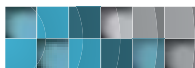
A importância da incorporação dos *standards* hermenêuticos pelos Tribunais domésticos é especialmente relevante. Isto, pois são estes que estão próximos aos conflitos de uma dada realidade, e estes verdadeiramente promoverão a garantia de direitos humanos (CARDOSO, 2012, p. 86). A implementação de direitos humanos não deve depender de uma posterior intervenção de uma Corte supranacional de proteção de direitos humanos, mas deve ser componente da jurisprudência nacional.

Entretanto, o processo de internalização dos *standards* hermenêuticos de proteção dos direitos humanos não ocorre, necessariamente, de forma espontânea pelos Tribunais nacionais. O envolvimento de atores estatais e não estatais, domésticos ou internacionais, voltados ao uso e promoção dos sistemas de proteção de direitos humanos, adquire especial ênfase. Como exemplo, a Defensoria Pública é um dos atores estatais domésticos relevantes neste processo de internalização de *standards* de proteção de direitos humanos. Veja-se que o art. 134 da Constituição Federal atribui expressamente à Defensoria Pública, expressão e instrumento do regime democrático, a missão constitucional de promoção dos direitos humanos.

Neste contexto, a noção de litígio estratégico também se torna objeto de estudo. O litígio estratégico “busca, por meio do uso do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes (...)” (CARDOSO, 2012, p. 41). Formas de coordenação e rotinas de trabalho entre os atores voltados à proteção de direitos humanos devem ser desenvolvidas para levar aos Tribunais nacionais, de maneira eficiente, temas de alta repercussão para a formação de precedentes e melhor internalização dos *standards* hermenêuticos fixados pelas Cortes supranacionais.

A realidade nacional apresenta alguns entraves à internalização dos *standards* de proteção e do cumprimento de decisões provenientes dos Tribunais supranacionais. Dentre estas estão a estrutura federativa de Estado, a teoria do dualismo jurídico, o desconhecimento por parte de autoridades governamentais do funcionamento dos sistemas de proteção de direitos humanos e da natureza jurídica de suas decisões (CARDOSO, 2012, p. 85). Assim, mesmo em um contexto de diálogo de Cortes, outros atores representam assistência e embaraço à internalização do entendimento das Cortes supranacionais de direitos humanos.

Há, entretanto, também um limite ao poder criativo hermenêutico das Cortes supranacionais de tutela de direitos humanos. Trata-se da doutrina da margem de apreciação. Funda-se na ideia de que as autoridades nacionais, em razão da proximidade que mantém com os conflitos concretos de sua sociedade, estão em melhor posição para valorar restrições de direitos no caso concreto. Esta doutrina, embora não tenha limites definidos, busca compatibilizar peculiaridades regionais com a uniformização da jurisprudência sobre direitos humanos em um dado sistema de proteção.



V. CONCLUSÕES

1. A construção do Direito Internacional dos direitos humanos é característica do século XX. A celebração de tratados internacionais e desenvolvimento de mecanismos de custódia dos direitos humanos pactuados originaram os sistemas regionais e sistema global de proteção. A tutela de direitos fundamentais deixa de ser exclusivo objeto de ordem jurídica estatal isolada em seu respectivo espaço territorial. Esta pluralidade de ordenamentos jurídicos regentes de uma mesma matéria acarreta potenciais consonâncias e dissonâncias sistêmicas.

2. A tutela de direitos humanos demanda a busca por modelos de efetiva interação e adequados à coexistência e à cooperação entre ordens jurídicas envolvidas na solução de problemas jurídico-constitucionais comuns. O isolamento em seu próprio ordenamento jurídico interno é insuficiente à tutela de problemas constitucionais comuns a diferentes ordens jurídicas.

3. Doutrinas unidirecionais, limitadas à determinação da prevalência desta ou daquela ordem jurídica, em uma estrutura piramidal-hierárquica, incidem em discussões inconclusivas sobre soberania estatal, assunção de compromissos internacionais e possibilidade de condenação do Estado em âmbito internacional.

4. Parece mais adequado um enfoque multidirecional que estabeleça uma relação de respeito mútuo, fundamentada na autonomia e reciprocidade entre as cortes nacionais e a corte internacional regional. Refutam-se modelos de simples convergência ou divergência, privilegiando unilateralmente uma das ordens jurídicas envolvidas. O melhor espaço para este tipo de relação de interação e articulação parece ocorrer no âmbito do diálogo das Cortes.

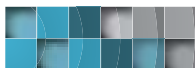
5. Fala-se em diálogo entre Cortes, propriamente, nos casos em que a decisão judicial proveniente de um determinado ordenamento jurídico presta-se à resolução de um determinado conflito judicial no âmbito de ordenamento jurídico diverso. A mera influência da jurisprudência estrangeira e a migração constitucional não constituem mecanismo de interação entre Tribunais, uma vez que se tratam de fenômenos unilaterais.

6. Dentre as técnicas que podem ser utilizadas para interação e colaboração entre Tribunais estabelecidos por ordenamentos jurídicos diversos há o controle de convencionalidade e a aplicação interna de *standards* hermenêuticos definidos por Tribunais de direitos humanos de caráter supranacional.

7. Quando provocada uma Corte de direitos humanos, em um dado sistema de proteção, esta deverá analisar o caso sob a perspectiva das convenções de proteção que lhe são próprias. Neste exercício decisório, as Cortes emanam juízos hermenêuticos a respeito da definição, conteúdo e limites de direitos humanos consagrados. Estes juízos consubstanciam os chamados *standards* hermenêuticos de proteção aos direitos humanos.

8. A importância da incorporação dos *standards* hermenêuticos pelos Tribunais domésticos é especialmente relevante, pois são estes que se encontram próximos aos conflitos de uma dada realidade, e que verdadeiramente promoverão a tutela concreta de direitos humanos.

9. O processo de internalização dos *standards* hermenêuticos de proteção dos direitos humanos não ocorre, necessariamente, de forma espontânea pelos Tribunais nacionais. Ainda



que se trate de mecanismo de interação entre Cortes, o envolvimento de atores estatais e não estatais, domésticos ou internacionais, voltados ao uso e promoção dos sistemas de proteção de direitos humanos, adquirem especial ênfase. Como exemplo, tem-se a Defensoria Pública, cuja função constitucional é a promoção de direitos humanos.

10. A doutrina de margem de apreciação é um limite ao poder criativo hermenêutico das Cortes supranacionais de tutela de direitos humanos. Embora sem limites definidos, destina-se à compatibilização de peculiaridades regionais com a uniformização da jurisprudência sobre direitos humanos em um dado sistema de proteção.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BURDORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: PIOVESAN, Flavia et alii. **Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração jurídica: Emergência de um novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso J. vs. Peru**. Sentença de 27 de novembro de 2013. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf. Acesso em 04 de junho de 2017.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **O diálogo entre cortes e o novo paradigma para o juiz brasileiro: o controle difuso de convencionalidade**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

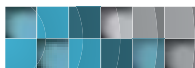
GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Interacciones y convergencias entre la corte interamericana de derechos humanos y los tribunales constitucionales nacionales: un enfoque coevolutivo. In: PIOVESAN, Flavia et alii. **Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração jurídica: Emergência de um novo Direito Público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

O'BOYLE, Michael. Practice and Procedure Under the European Convention on Human Rights. In: **Santa Clara L. Rev.** Vol. 20, n. 697, 1980.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.



RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade de Ordens Jurídicas: Uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 106/107. Jan/dez 2011/2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: PIOVESAN, Flávia et alii. **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Court to court. In: **The American Journal of International Law**. Vol, 92, nº4, 1998. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/CourttoCourt.pdf>. Acesso em 15 de abril de 2015.

_____. A Global Community of Courts. In: **Harvard International Law Journal**. Vol. 44, nº 01, 2003. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/GlobalCourts.pdf>. Acesso em 14 de abril de 2015.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Ireland v. The United Kingdom**. Application no. 5310/71. Sentença de 18 de janeiro de 1978. Disponível em: <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5710/h12/undervisningsmateriale/ireland-v-uk-court.pdf>. Acesso em 04 de junho de 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Visão Humanística do Direito Internacional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Más allá del diálogo entre tribunales**. Madrid: Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2010.

_____. El Diálogo entre Tribunales. Tradução de F. Reviriego Picón. In: **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, UNED, n. 28, 2011, p. 345-359.



John Rawls e o direito à renda mínima

John Rawls and the right to basic income

Julio de Souza Comparini

Mestre em Filosofia pela USP

Advogado e Professor

julio comparini@gmail.com

Resumo

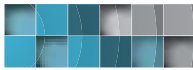
Trata-se de examinar a concepção de justiça de John Rawls disposta em *Uma teoria da justiça*, obra publicada em 1971 que pode ser considerada o mais importante título de filosofia política do pós-guerra. Mais especificamente, este artigo tem o propósito de trabalhar com o argumento da posição original e evidenciar que se pode enxergá-lo como fundamento para o aparecimento do direito à renda mínima verificado contemporaneamente na legislação de diversos países, inclusive no Brasil.

Palavras-chave: Rawls. Justiça. Igualdade.

Abstract

This article aims to examine a conception of justice by John Rawls, set forth in A Theory of Justice, a work published in 1971 that may be considered the most important title of postwar political philosophy. More specifically, this paper aims to work with the argument of the original position and to show that it can be seen as the basis for the emergence of the right to basic income verified in several countries currently, including Brazil.

Keywords: Rawls. Justice. Equality.



Apresentação

Como tornar uma sociedade mais justa? Pode-se ler toda a obra de John Rawls como uma tentativa de enfrentar esse problema. Neste artigo, procurarei explorar um argumento essencialmente especulativo presente em *Uma teoria da justiça* – o argumento da posição original – e mostrar como se pode tomá-lo como fundamento para o direito à renda mínima (que pode ser visto como um mecanismo apto a tornar uma sociedade mais justa).

A teoria da justiça de Rawls é reconhecida como um marco na retomada das discussões normativas em política (cf. HABERMAS, 1995). A justificação é central para qualquer proposta normativa, e nessa linha o projeto de Rawls passa pela demonstração de que um certo quadro de valores, ao menos no que diz respeito às questões políticas mais urgentes, é o mais adequado dentre outros diversos quadros de valores imagináveis e possíveis, isso considerando que todos os sujeitos pretendem ser cidadãos de uma sociedade democrática.

Com efeito, se de um lado Rawls procura se afastar do plano da ideologia, que se preocupa mais com a luta política e com o recrutamento de adeptos, de outro igualmente não há a pretensão de que a teoria defendida tenha um caráter lógico-dedutivo (mesmo que se flerte com isso, como se verá, no caso do argumento da posição original).

De qualquer forma, isso não representa exatamente um prejuízo, eis que como anota Vita:

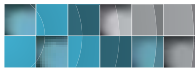
(...) entre o conhecimento causal e o lógico-dedutivo, de um lado, e a ignorância, de outro, há lugar para o julgamento, e esse julgamento pode ser fundamentado, de forma que são suscetíveis de avaliações qualitativas, em razões que deveríamos ver como mais ou como menos convincentes. Podemos oferecer razões – o que na teoria política normativa denominamos uma ‘justificação’ – para mostrar uma dada configuração de valores como sendo mais aceitável ou mais razoável do que outra e, nesse caso, a discussão vai girar em torno dos méritos dessa justificação (VITA, 2008, p. XVIII-XIX).

Para além disso, a etimologia da palavra aponta que o filósofo não é propriamente o sábio, mas o amigo ou o amante da sabedoria: Diotima, em diálogo com Sócrates, pronunciava que “o filósofo ocupa um lugar entre o saber e a ignorância” (PLATÃO, 2011, p. 95). Assim, não sendo por definição uma ideologia política, a teoria rawlsiana deve dar conta de dois elementos: primeiro deve formular uma concepção substantiva da justiça, e depois deve oferecer uma justificação desta concepção.

Nesse quadro, o que se apresenta na sequência é a concepção substantiva da justiça de Rawls e, após, uma investigação mais detida do argumento central de que ele se vale para amparar esta sua concepção em *Uma teoria da justiça*, o argumento da posição original.

A justiça distributiva de Rawls

A justiça no modelo de Rawls é encarada como a virtude primeira das instituições sociais. Como consequência reflexa disso, tem-se que as instituições injustas devem ser eliminadas. Coloca-se, pois, uma primazia da justiça, pela qual:



(...) cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. (...) Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais (RAWLS, 2008, p. 4).

A proposta de Rawls é a de fundar uma concepção de justiça que “generalize e eleve a um nível mais alto de abstração a conhecida teoria do contrato social conforme encontrada em, digamos, Locke, Rousseau e Kant. Para isso, não devemos achar que o contrato original tem a finalidade de inaugurar determinada sociedade ou de estabelecer uma forma específica de governo” (RAWLS, 2008, p. 13). O contratualismo rawlsiano, então, sugere uma substituição dos termos contratuais da tradição: ao invés de um contrato de tipo genético, referido a uma forma específica de governo de uma sociedade, Rawls oferece os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade como a noção norteadora do acordo.

Tais princípios são simplesmente os que “pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de sua associação” (RAWLS, 2008, p. 14), e todos os acordos subsequentes derivariam deste acordo fundamental. A esta perspectiva de vislumbre dos princípios de justiça Rawls atribui o nome de “justiça como equidade”.

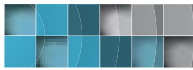
Sobre o que foi registrado até aqui, é de se destacar que essa decisão sobre os princípios se dá por meio da reflexão racional das pessoas acerca do que constitui o *seu* bem, e que na justiça como equidade a situação original de igualdade ocupa o lugar que o estado de natureza tem na teoria tradicional do contrato social. Vita sublinha que estamos “supondo, quando nos valem da linguagem da justiça, que temos como oferecer àqueles que estão submetidos a essa estrutura razões para aceitá-la que são diferentes do recurso à coerção” (VITA, 2007, p. 176).

O argumento da posição original¹

O que o contratualismo de Rawls efetua é uma transição da noção de igualdade humana fundamental para um esquema de justiça distributiva. Nas palavras de Vita:

Trata-se de um padrão extremamente exigente de legitimidade política. O contratualismo rawlsiano não pode justificar os princípios de justiça que recomenda argumentando, como fazem os adeptos da perspectiva hobbesiana, que cada um dos membros da sociedade seria racionalmente levado a aceitá-los consultando apenas seu interesse próprio. Em vez de nos perguntarmos pelo que cada um pode aceitar, tendo em vista somente seu interesse próprio, perguntamo-nos pelo que cada um não tem como rejeitar se considerar equitativamente os interesses de todos aqueles (incluindo a si próprio) que deverão conduzir sua vida sob uma mesma estrutura institucional (VITA, 2007, p. 178).

Kymlicka concorda que o principal argumento de Rawls é de fato um argumento de contrato social. No entanto, esse autor considera as teses contratualistas, no geral, fracas, eis que nos remetem a situações pouco razoáveis e se valem de estados de natureza anteriores a qualquer autoridade política. Ele propõe, então, ser necessário “um novo dispositivo para extrair as implicações da igualdade moral, um dispositivo que impeça as pessoas de explorar suas



vantagens arbitrárias na seleção dos princípios de justiça” (KYMLICKA, 2006, p. 78-79). Este dispositivo, em Rawls, é justamente o da posição original.

A posição original é, em linhas gerais, um chamado para que se imagine a situação hipotética ideal de deliberação acerca dos princípios que organizarão uma sociedade. Tal estratégia depende da admissão de alguns pontos de partida, quais sejam: na posição original ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua classe ou *status*, e nem sua sorte na distribuição dos habilidades e recursos naturais – isso permite que Rawls elabore a imagem do “véu da ignorância”, expressão que remete para o dado de que no aludido contexto as partes desconhecem até sua concepção pessoal de bem; é sob essa condição que os princípios de justiça serão escolhidos.

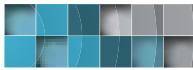
Em decorrência do esquema do véu da ignorância, a outra característica da posição original é que as partes tendem, enquanto pessoas morais racionais, a chegar a acordos razoáveis ou consensos equitativos. Nas palavras de Rawls, “a posição original é o *status quo* inicial apropriado para garantir que os acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos. Esse fato gera a expressão ‘justiça como equidade’” (RAWLS, 2008, p. 21).

Segundo o filósofo, uma concepção é mais justificável ou razoável que outra quando pessoas racionais na situação inicial escolheriam seus princípios, e não outros, para o papel da justiça. Isso é o que ele denomina de pressupostos de aceitabilidade geral, que devem ser tanto necessários como plausíveis. Os pressupostos são três: as condições do véu da ignorância, a igualdade de partes (que leva, então, à suposição de que agentes morais racionais agem buscando obter os bens primários) e a adequação dos princípios escolhidos com nossas convicções ponderadas acerca da justiça (cf. RAWLS, 2008, p. 22-24). Não se pode, ainda, permitir que concepções individuais ou particulares do que é o bem exerçam influência nos princípios adotados.

Com esses pressupostos e com a referida neutralidade dos agentes estabelecidos, a imaginação sugere uma situação na qual todos desconhecem informações acerca de seus talentos e posições sociais. Dito de modo mais claro: nesse contexto, nenhum indivíduo consegue saber, de antemão, qual o seu grau de inteligência, poder e riqueza na sociedade – e assim chega-se ao véu da ignorância de modo espontâneo, natural. O procedimento do véu da ignorância constitui, pois, um método para se chegar aos princípios de justiça, um instrumento para que se explique e justifique moralmente aquela concepção substantiva de justiça proposta por Rawls.

A igualdade das partes na situação original – em que todos podem apresentar razões para a aceitação de suas proposições – é a “igualdade entre os seres humanos como pessoas morais, como criaturas que têm uma concepção do próprio bem e estão capacitadas a ter um senso de justiça. Considera-se que o fundamento da igualdade é a similaridade nesses dois aspectos” (RAWLS, 2008, p. 23).

Com esse estado de coisas dado, é hora de indagar quais seriam os princípios de justiça escolhidos para uma tal sociedade. Antes, vale retomar brevemente o que se assentou até aqui: na posição original, ao deliberar sob o véu da ignorância acerca de quais princípios deverão nortear a sociedade, as partes moralmente iguais e livres decidem racionalmente quais serão os



princípios da justiça. Ao fazê-lo, sendo as partes racionais e almejando um acordo razoável, elas só poderão ser conduzidas, diz Rawls, aos princípios da equidade e da diferença.

Aquele significa igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais. Este revela que a razão funciona com a estratégia maximin, pela qual se deve elevar ao máximo a pior posição possível de uma determinada sociedade, uma vez que as condições do véu da ignorância impõem a todos igualmente o risco de integrar qualquer uma das posições sociais existentes (ou seja, as desigualdades sociais e econômicas só serão consideradas justas se resultarem em vantagens recompensadoras para todos e, em especial, para os membros menos favorecidos da sociedade).

Em *O liberalismo político*, Rawls fornece a versão mais madura dos dois princípios de justiça:

- a. Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de direitos e liberdades iguais, sistema esse que deve ser compatível com um sistema similar para todos. E, neste sistema, as liberdades políticas, e somente estas liberdades, devem ter seu valor equitativo garantido.
- b. As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas exigências: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; em segundo lugar, devem se estabelecer para o maior benefício possível dos membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 2011, p. 6).

Rawls sustenta a escolha do princípio da diferença – e não de outro qualquer, como por exemplo, o da utilidade média – na hipótese intuitiva de que todos nós somos comprometidos com o ideal da boa vida, e por isso devemos perseguir os bens primários (naturais e sociais). Na lição de Nagel: “Rawls’s difference principle is based on the intuitively appealing moral judgment that all inequalities in life prospects dealt out to people by the basic structure of society and for which they are not responsible are prima facie unfair” (NAGEL, 2003, p. 71).

Ao tentar realizar um acordo nas condições restritivas do véu da ignorância, somos impelidos a escolher as situações de um ponto de vista imparcial no que diz respeito à moral (ou de uma perspectiva universal). Desta forma, Rawls argumenta que nem a igualdade total e nem o princípio da utilidade média seriam racionais, pois que a estratégia de escolha na condição de incerteza selecionaria como melhor mecanismo o princípio da diferença, uma opção que maximiza a posição mínima em que alguém pode se encontrar em uma dada sociedade.

É importante sublinhar que Rawls conclui a seção sobre a posição original afirmando que ela pode ser encarada de duas formas: ou como um “recurso expositivo que resume o significado dessas condições e nos ajude a deduzir suas consequências”, ou como uma “ideia intuitiva que indica sua própria elaboração, de forma que, conduzidos por ela, somos levados a definir com mais clareza o ponto de vista do qual podemos interpretar melhor as relações morais” (RAWLS, 2008, p. 26).

Pelo recurso ao véu da ignorância, o artifício da posição original permite que cada uma das partes seja “responsável pelos interesses essenciais de um cidadão livre e igual, situadas de forma equitativa e devendo alcançar um acordo, sujeitas a condições que limitam de modo apropriado o que podem apresentar como boas razões” (RAWLS, 2011, p. 29)².



Na visão de Kymlicka, outros modelos de se chegar à mesma conclusão poderiam ser aventados, como, por exemplo, o de supor a solidariedade ideal entre as partes, ou o de exigir que as partes levem em consideração os outros. A ênfase dele vai na direção de que:

O dispositivo do contrato acrescenta pouco à teoria de Rawls. O argumento intuitivo é o argumento primário, e seja o que for que Rawls diga em sentido contrário (na melhor das hipóteses) apenas ajuda a expressá-lo. Não está claro, porém, que Rawls necessite de um argumento contratual independente (KYMLICKA, 2006, p. 89).

Outrossim, a demasiada atenção a este dispositivo pode prejudicar a inteligibilidade do que realmente interessa em uma teoria normativa, a saber: suas premissas morais normativas e sua concepção de justiça. Nesse sentido Vita afirma que o maior problema do procedimento da posição original é que “ele mascara as premissas morais das quais um contratualismo como o de Rawls não tem como se afastar. É claro que Rawls está cômico das premissas morais substantivas sem as quais seu procedimento não faz sentido” (VITA, 2007, p. 179), que são em primeiro lugar uma noção forte de igualdade moral, e depois uma suposição motivacional de que as pessoas são capazes de agir a partir de um senso de justiça.

Em *O liberalismo político*, o próprio Rawls admite os riscos de uma ideia como a da posição original, na medida em que como “um artifício de representação que é, seu nível de abstração provoca mal-entendidos” (RAWLS, 2011, p. 31).

Com isso se chega a mais um problema importante e que é necessário ao menos formular aqui, o da estabilidade de uma sociedade real bem ordenada pelos princípios de justiça. O que aparece como questão é saber se os indivíduos *reais* seguiriam os princípios depois de saírem da posição inicial. Enquanto na teoria da escolha racional o que se leva em conta é somente a maximização do bem-estar, em Rawls a segunda premissa moral substantiva parece indicar outra solução. Para o filósofo, diz Vita:

O senso de justiça não desempenharia nenhum papel na deliberação das partes na posição original. O senso de justiça só entraria em cena quando você e eu, habitantes do mundo real e não do dispositivo contratualista, nos perguntássemos: “Por que deveríamos conformar nossa conduta e as instituições sob as quais vivemos aos princípios de justiça que são os mais justificados do ponto de vista da posição original?” (VITA, 2007, p. 180).

Se é assim, então na posição original as partes de fato agem segundo seus impulsos egoísticos de busca de maximização do bem-estar e tentando conseguir o máximo de bens. Contudo, quando o véu da ignorância vem abaixo o senso da justiça passa a ser também uma referência às ações dos homens, um importante fiador da estabilidade da sociedade bem ordenada pela observância dos princípios a ele vinculados.

Conclusão

Seja como for, o argumento da posição original evidentemente cumpre um papel prático de relevo no contexto dos atuais Estados democráticos e sociais de direito. Interessante notar que a teoria de Rawls não recusa o individualismo moderno³, eis que entende que a desigualdade é intrínseca à vida em sociedade e que o ser humano é tipicamente auto interessado, uma espécie de egoísta racional.



Mesmo assim, entende o filósofo, o homem pode ir além dessa condição ao se associar a outros homens para deliberar acerca dos princípios da vida em comunidade. Com o escopo de que a seleção de tais princípios não seja distorcida por esses interesses egoísticos, viu-se, tal opção se realiza por detrás de um véu de ignorância, ou seja, de um contexto imaginativo no qual os agentes ignoram sua posição atual bem como suas chances futuras na sociedade, assim como as dos demais. Essa é, em resumo, a situação que denominamos de posição original.

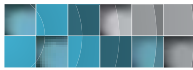
Deduziu-se como princípios de justiça, nesse ínterim, os princípios da equidade e da diferença. O primeiro consiste na igualdade na atribuição dos direitos e dos deveres fundamentais. Mas tal igualdade de oportunidades, a história mostra, só se concretiza efetivamente se todos fizerem jus às mesmas condições iniciais de alimentação, educação, moradia e saúde, dentre outros bens tidos como elementares.

Ora, a função performativa do primeiro princípio de justiça de Rawls, derivado do argumento da posição original, é cumprida exatamente pelas políticas de distribuição de renda e, mais particularmente, pelo estabelecimento do direito à renda mínima⁴.

No Brasil, sabe-se, esse tipo de medida é atualmente adotado em diversas instâncias federativas e através de diferentes modelos, valendo mencionar, a título de conclusão e como referência exemplificativa concreta, a Lei nº 10.836/04, que criou o Programa Bolsa Família.

Referências bibliográficas

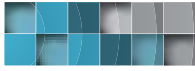
- HABERMAS, Jürgen. 1989. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- HABERMAS, Jürgen. 1995. “Reconciliation through the public use of reason: remarks on John Rawls’s political liberalism” in *The journal of philosophy*, vol. 92, nº 3, p. 109-131.
- KYMLICKA, Will. 2006. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes.
- MAQUIAVEL, Nicolau. 2010. *O príncipe*. São Paulo: Penguin Companhia.
- NAGEL, Thomas. 2003. “Rawls and liberalism” in *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 62-85.
- PLATÃO. 1980. *Leis*. Belém: Editora UFPA.
- PLATÃO. 2011. *O banquete*. Porto Alegre: L&PM.
- RAWLS, John. 2008. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes.
- RAWLS, John. 2011. *O liberalismo político*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- VITA, Álvaro de. 2007. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- VITA, Álvaro de. 2008. *O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional*. São Paulo: Martins Fontes.
- VITA, Álvaro de. 2008. “Apresentação da Edição Brasileira” in *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes.



Notas

¹ Investigando a história da filosofia, pode-se encontrar no imperativo categórico de Kant a inspiração para que Rawls formule o seu próprio procedimento de universalização moral (o da posição original, que tem seu ponto alto na concepção do véu da ignorância). O imperativo categórico é a “fórmula do mandamento”, ou a “representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para uma vontade” (KANT, 2007, p. 48). Em outras palavras, o imperativo categórico expõe um princípio objetivo da razão, princípio este que deve ser seguido por todos aqueles que são dotados de razão. O ser racional, por ser o único que “tem a capacidade de agir segundo a representação de leis”, é também o único verdadeiramente dotado de vontade. Sabendo disso, Kant enuncia o imperativo categórico da seguinte maneira: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (KANT, 2007, p. 59). Assim, o imperativo categórico se revela um mandamento que obriga a nós humanos, como seres racionais, sempre agir segundo as máximas que em avaliação racional concluímos serem passíveis de realização pelos outros. É o teste da máxima – “princípio subjetivo da ação” (KANT, 2007, p. 69), ou das regras de vida que expressam que tipo de ser humano eu quero ser – levado a cabo por esse procedimento do imperativo categórico que permite discernir entre as leis imorais e leis morais (ou seja, máximas que passaram ou não no teste). As máximas que não se possa, por um motivo ou por outro, querer que sejam transformadas em leis universais são necessariamente imorais. Diversamente, todas as máximas que se possa querer que sejam transformadas em leis universais são “aprovadas” pelo teste do procedimento e podem ser, pois, aceitas socialmente. O imperativo categórico é, enfim, um procedimento que coloca o dever do homem enquanto ser racional. É irrelevante para a sua formulação ou para a sua prática se existe alguém que de fato o siga, ou mesmo se já houve na história pelo menos alguém que o seguiu. O que é fundamental é que todos os seres racionais deveriam obedecê-lo e utilizá-lo.

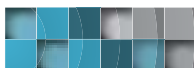
² Recuperando o que se viu sobre o procedimento de Rawls: com o argumento da posição original, Rawls sugere uma situação na qual os homens simulam um caso de inauguração de uma sociedade na qual a situação específica de cada um não poderia ser de antemão conhecida; nesse ínterim, eles seriam instados a refletir sobre quais princípios de justiça aceitariam ao contratar com pessoas em igual situação (ou seja, na mesma posição original que precede o contrato), bem como quais não poderiam tolerar por não serem justos, ao menos enquanto se entende justiça como equidade. Ora, princípios em consonância com a posição original, ou seja, princípios que são aprovados pelo teste que o procedimento do véu da ignorância opera, são também necessariamente justos, uma vez que são princípios igualmente válidos para todos: não faria sentido, em uma posição na qual não se conhece os aspectos particulares de cada um em relação aos outros que estão a formar uma sociedade, utilizar princípios que não se revelem válidos para todos (isso talvez fosse razoável se houvesse uma forma de, na posição original, distinguir os homens que desejam formar a sociedade). O procedimento do véu da ignorância é utilizado, portanto, para se determinar, de acordo com uma concepção de justiça (que é a concepção de justiça como equidade, cujo significado fundamental aponta para uma adequada distribuição de deveres e direitos), que princípios podem ser aceitos e aplicados em uma sociedade, e igualmente para todos que pertencem a essa sociedade (consideradas as restrições impostas pela posição original). Pelo que foi assentado, resta claro que o que há de mais essencial que Rawls utiliza de Kant é a ideia do procedimento. Tanto em um como em outro, as leis morais ou princípios de justiça não são dados a não ser indiretamente e por meio do procedimento; mais importante do que qual lei moral ou princípio de justiça deve ser seguido é qual o procedimento que reveste de autenticidade uma lei moral ou um princípio de justiça. Não ocorre, em qualquer dos casos, uma determinação arbitrária das leis morais ou dos princípios de justiça: qualquer um é capaz, por meio do procedimento, de realizar tal tarefa. Não obstante, os procedimentos se diferenciam um do outro. O imperativo categórico, enquanto serve para testar qualquer máxima e determinar leis morais, é bastante mais abrangente que o véu da ignorância, que só se preocupa com um aspecto particular da justiça, o da justiça social. Assim sendo, o imperativo categórico pode, por exemplo, determinar se ações, instituições sociais e pessoas são justas ou injustas, bastando para isso avaliar a possibilidade de ação de acordo com uma máxima que se possa querer universal. É certo que o véu da



ignorância tem um alcance limitado, em relação ao imperativo categórico, e isso por intenção do próprio Rawls, que considera arriscado manter tamanha abrangência de aplicação.

³ O “espírito” que anima o homem moderno já pode ser encontrado, por exemplo, em *O príncipe*, de Maquiavel, publicado em 1532, onde se lê: “(...) pode-se dizer que os homens são ingratos, volúveis, fingidos e dissimulados, avessos ao perigo, ávidos de ganhos” (MAQUIAVEL, 2010, p. 102).

⁴ Muito embora a contribuição de Rawls seja central para o nosso tempo, não se pode deixar de anotar que já em Platão já está colocada a preocupação com algo como uma renda mínima. No Livro V de sua última obra, *Leis*, o autor defende que cada indivíduo deve ter acesso a uma porção patrimonial mínima, sendo inadmissível a penúria (PLATÃO, 1980, p. 542).



O acesso à justiça e a Defensoria Pública sob a perspectiva do mínimo existencial

Access to justice and the Public Defense from the perspective of the existential minimum

Hellen Cristina do Lago Ramos

Defensora Pública do Estado de São Paulo

Mestranda em Direito Constitucional – PUC/SP.

Especialista em Direito Público – Universidade Salesiano de São Paulo.

hcramos@defensoria.sp.gov.br

Tamara de Padua Capuano

Defensora Pública do Estado de São Paulo

Mestranda em Direito Constitucional – PUC/SP.

Especialista em Direito Processual Civil – PUC/SP.

tcapuano@defensoria.sp.gov.br

Resumo

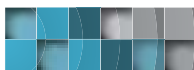
Para além de uma visão puramente instrumental do acesso à justiça, o presente trabalho tem por objetivo analisá-lo em seu aspecto material, sob a ótica de um direito fundamental. Para tanto, o estudo ancora-se no princípio da dignidade da pessoa humana e em seu núcleo essencial, o chamado mínimo existencial. É, portanto, sob a ótica do mínimo existencial, do núcleo sindicável do princípio da dignidade da pessoa humana, que serão analisados os instrumentos de acesso à justiça, a fim de verificar quais dos inúmeros instrumentos constitucionais e legais disponíveis para a promoção do acesso à justiça são imprescindíveis a ponto de serem exigíveis independentemente de qualquer entrave estatal.

Palavras-chaves: Acesso à justiça. Mínimo existencial. Defensoria Pública.

Abstract

In addition to a purely instrumental view of access to justice, this paper aims to analyze it in its material aspect, from the point of view of a fundamental right. For this, the study is anchored in the principle of the human dignity and in its essential core, the so-called existential minimum. It is, therefore, from the point of view of the existential minimum, of the syndicable nucleus of the principle of the human dignity, that the instruments of access to justice will be analyzed in order to verify which of the numerous constitutional and legal instruments available to promote access to justice are essential to the extent that they are enforceable regardless of any state obstacle.

Keywords: Access to Justice. Existential minimum. Public Defense.



Introdução

Ao discorrer sobre a eficácia dos direitos humanos, Norberto Bobbio explica que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. (BOBBIO, 1992, p.24) Tal assertiva coaduna-se com o movimento pós-positivista do direito, cujo fundamento principiológico ganha maior relevo na busca pela efetividade dos direitos fundamentais. Para além de enunciar os direitos fundamentais, o principal desafio dos Estados Democráticos situa-se na efetivação desses direitos, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais sociais, cuja implementação, por vezes, é condicionada à atuação legislativa e à reserva orçamentária estatal.

A Constituição Federal de 1988 apresentou ao ordenamento jurídico um extensivo e detalhado rol de direitos fundamentais, compostos por direitos individuais, políticos e sociais, os quais, em sua maioria, são destinados à preservação e proteção da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, a doutrina constitucional contemporânea atribui aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva, o que significa o reconhecimento de seu conteúdo normativo e implica, conseqüentemente, deveres por parte do Estado de assegurá-los e implementá-los.

Todavia, o que se tem observado com frequência é uma espécie de “deslocamento” dessa competência estatal para o Poder Judiciário, que frequentemente é instado a se manifestar sobre questões afetas à efetivação de políticas públicas, implementação de direitos sociais e alocação de recursos públicos. Nesse contexto, em meio à maciça judicialização de direitos sociais, emerge a importância da promoção de mecanismos efetivos de acesso à Justiça que, antes relegado à mera garantia formal, atualmente é concebido pela doutrina contemporânea como direito fundamental e instrumento indispensável à efetivação de direitos.

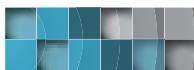
É verdade que o direito fundamental de acesso à Justiça, extraído no artigo 5^o, incisos XXXV e LXXIV da Constituição Federal, não se resume à mera possibilidade de o indivíduo apresentar uma demanda perante o Poder Judiciário. Tal direito implica uma série de obrigações positivas por parte do Estado, no sentido de eliminar os obstáculos que impedem seu efetivo exercício.

Portanto, o acesso à Justiça, mais do que uma garantia, apresenta-se como um direito fundamental e instrumento indispensável para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Por isso, ainda, parte da doutrina sustenta que o direito de acesso à Justiça compõe o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, o mínimo existencial, ao lado da educação básica, da saúde básica e da assistência aos desamparados.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho, cujo objetivo é relacionar o princípio da dignidade da pessoa humana com o direito fundamental de acesso à justiça, especificamente sob o seu ângulo sindicável, que compõe o chamado mínimo existencial.

A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial

Considerada a complexidade e amplitude do tema, não se pretende, em poucas linhas, discorrer com a profundidade necessária a respeito do princípio da dignidade da pessoa



humana. Objetiva-se tão-somente pontuar a importância do sobreprincípio da dignidade humana na interpretação e eficácia das normas de direitos fundamentais.

O significado de dignidade humana não é simples, ao contrário, o termo é essencialmente indeterminado e sua delimitação exige complexa análise interpretativa. Todavia, não há como buscar um conceito de dignidade humana sem antes refletir sobre a visão de Kant a respeito de tal princípio, que o enuncia na forma de um imperativo categórico como um valor absoluto e intrínseco à própria existência humana, na medida em que “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. (KANT, 1960, p.68)

Para Kant, qualquer forma de instrumentalização que desconsidere o ser humano como um fim em si mesmo ofende sua dignidade, pois trata-se de valor intrínseco, irrenunciável e inalienável, integrante da própria condição humana.¹

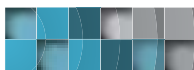
É interessante anotar que a dignidade, como valor inerente ao ser humano, deve ser respeitada independentemente de circunstâncias externas, na medida em que todas as pessoas são iguais em dignidade, ainda que não se portem de forma digna em relação aos seus semelhantes. (SARLET, 2012, p.54)

Deve-se pontuar, ainda, que a noção de dignidade enunciada por Kant não se restringe ao âmbito interno do ser humano, ou seja, a dignidade humana reflete também na esfera intersubjetiva e comunitária do indivíduo, implicando o dever de todos de respeitá-la e preservá-la. É nesse sentido, inclusive, o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet ao mencionar que:

Por outro lado, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo. O próprio Kant – ao menos assim nos parece – sempre afirmou (ou, pelo menos, sugeriu) o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. (SARLET, 2012, p.64)

Norteando-se também pelo caráter intersubjetivo da dignidade humana, Hannah Arendt relaciona a dignidade com a noção de cidadania. Entende que o indivíduo privado de cidadania não é reconhecido em seu meio social como um semelhante, dotado de igual dignidade; por isso, a privação da cidadania afeta, de forma substancial, a condição humana. Assim explica Celso Lafer:

A reflexão arendtiana, no entanto, vai mais além. O que ela afirma é que os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornando pura substância, perde sua qualidade substancial, que é ser tratado pelos outros como um semelhante. (LAFER, 1988, p.151)



Nesse sentido, a dignidade humana, para além de um valor inerente ao indivíduo, deve ser reafirmada e reconhecida em seu âmbito intersubjetivo. Consequentemente, há um dever de todos os indivíduos, e também do Estado, de respeitar, proteger e promover a dignidade humana em todas as esferas sociais.

Sobre o conceito de dignidade humana, Vidal Serrano Nunes Junior, com peculiar clareza, destaca que:

Destarte, podemos conceituar dignidade humana como o postulado ético que, incorporado ao ordenamento jurídico, consubstancia o princípio segundo o qual o ser humano, quer nas suas relações com seus semelhantes, quer nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e não como um meio, o que o faz dignatário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que apresenta uma feição negativa e uma positiva. A primeira impõe aos demais e ao Estado o dever de respeito à sua incolumidade física, psíquica e social (entendida aqui como a liberdade para se autodeterminar e para, com os demais, participar da autodeterminação da comunidade na qual se integra). A segunda consubstancia a exigência de prestações do Estado que afiancem os pressupostos materiais mínimos para a preservação da vida e a inclusão na sociedade, bem como a proteção em relações privadas, em que se saliente sua situação de vulnerabilidade (por ex., relações de trabalho, consumo etc). (NUNES JR., 2009, p.114)

Nessa mesma linha de raciocínio, Sarlet sublinha que a dignidade humana possui caráter multidimensional, porque, além da noção de valor intrínseco (dimensão ontológica), há ainda sua faceta intersubjetiva (relacional) e sua dupla dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional). (SARLET, 2012, P.72)

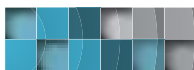
Na atual Carta Política, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF) e vetor interpretativo de todo ordenamento jurídico, especialmente no que se refere à eficácia dos direitos fundamentais sociais, cuja implementação, por vezes, é condicionada ao arbítrio legislativo.

Além disso, há um conteúdo normativo que permeia o princípio da dignidade humana, que impõe aos demais indivíduos, e principalmente ao Estado, uma atuação positiva direcionada à sua proteção e implementação.

É justamente nesse aspecto positivo da dignidade humana que se situa o estudo do chamado mínimo existencial, pois, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direito e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2012, p.71)

Não há consenso na doutrina acerca do conceito de mínimo existencial. Alguns autores entendem que seria um conjunto de direitos mínimos capazes de assegurar uma vida digna, contudo, sem conteúdo definido. Outros sustentam que a aferição do mínimo existencial deva ser concebida diante do caso concreto. Há ainda aqueles que defendem que o mínimo



existencial consubstanciaria determinados direitos, previamente etiquetados, componentes do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Ricardo Torres Lobo, precursor do estudo da teoria do mínimo existencial no direito brasileiro, todos os direitos fundamentais possuem um núcleo essencial, sedimentado nos princípios da dignidade da pessoa humana, no Estado Democrático de Direito e na busca da felicidade. Esse núcleo essencial, na concepção do referido autor, é que garante a igualdade de chances, a cidadania reivindicatória e o exercício da democracia deliberativa, valores indispensáveis para alcançar os direitos sociais prestacionais em sua extensão máxima, os quais devem ser implementados pelo legislador, sem a intervenção do judiciário. (TORRES, 2009, p.IX)

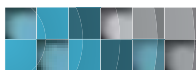
Assim, para o mencionado doutrinador, a jusfundamentalidade dos direitos sociais restringe-se ao mínimo existencial e os direitos sociais assegurariam tão-somente esse núcleo essencial. O que suplantá-lo deverá ser concedido pelo legislador, sem o controle do Judiciário. (TORRES, 2003, p.11 e ss.)

Luis Roberto Barroso posiciona-se de forma diversa no que tange à efetividade das normas constitucionais de caráter programático, ao afirmar que os direitos sociais são dotados de potencialidade jurídica, ainda que se trate de normas programáticas. (BARROSO, 2000, p.154) Por outro lado, também aponta que o mínimo existencial estaria incluído no âmbito de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo-se um “conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”. (BARROSO, 2000, p.154)

No que se refere especificamente ao conteúdo de direitos que compõem o mínimo existencial, Barroso reconhece que as prestações correspondentes a esse núcleo essencial são variáveis, embora, para ele, haja consenso sobre as seguintes: i) renda mínima, destinada à manutenção das necessidades básicas, como alimentação, moradia e vestuário; ii) saúde básica; iii) educação fundamental e iv) acesso à Justiça, este enquanto elemento instrumental indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Nessa mesma linha é o entendimento de Ana Paula de Barcellos, quem defende que o mínimo existencial compõe o núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana, dotado de eficácia positiva e exigibilidade imediata. Segundo Barcellos, esse núcleo é tão fundamental que deve ser reconhecido como regra e não como princípio, consoante conclui:

[...] há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco e não como um princípio. Ou seja, se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, o enunciado mantém a sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico. (BARCELLOS, 2011, p.243 e 244)



Para a citada autora, atribuir ao legislador e/ou administrador o total poder de determinar a implementação de direitos sociais mínimos, esvazia inteiramente a fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor na interpretação constitucional. Ao depender exclusivamente desses poderes a efetivação desses direitos, as cláusulas constitucionais tornam-se vazias de efetividade e perde-se o sentido da proteção, subvertendo-se a relação hierárquica existente entre a Constituição e a ordem jurídica em geral. Daí dizer que há um consenso no sentido de que, desrespeitadas determinadas condições que compõe o mínimo, resta violado o princípio da dignidade humana. (BARCELLOS, 2011, p.242)

Seguindo o entendimento de Barcellos, o mínimo existencial é conceituado como um:

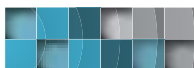
[...] conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento. (BARCELLOS, 2011, p.246)

No que tange especificamente ao conteúdo do mínimo existencial, a mencionada autora defende que este é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: i) a educação fundamental; ii) a saúde básica; iii) a assistência aos desamparados e iv) o acesso à Justiça. (BARCELLOS, 2011, p.302)

A importância de reconhecer a existência desse conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que constitui condição mínima para a preservação da dignidade humana, reside necessariamente na questão da efetividade das cláusulas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

É dizer, quando se está diante de direitos fundamentais de cunho essencial, que envolve a preservação da vida e a integração mínima do indivíduo ao convívio social, sua negação ou ineficácia afronta de forma tão atroz os direitos humanos que a Constituição os positivam como direitos subjetivos, exigíveis independentemente de escolhas políticas. (NUNES, 2009, p. 75) Isso porque, “o sistema de diálogos democráticos não tem como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna”. (BARCELLOS, 2011, p. 362)

É por essa razão que parte da doutrina afirma que os direitos correspondentes ao mínimo existencial devem ser tratados como direitos subjetivos, assim como os direitos fundamentais relacionados à liberdade. Isso implica sua imediata exigibilidade e os deixam a salvo do arbítrio estatal (administrativo e legislativo) na escolha de sua implementação; ao contrário do que ocorre com as normas constitucionais programáticas que instituem direitos sociais.



O direito fundamental de acesso à justiça

A eficácia dos direitos fundamentais se revela esvaziada se não houver à disposição de seus destinatários um efetivo aparelhamento dos instrumentos de acesso à justiça. Tais instrumentos são os órgãos destinados a esse fim, como as Defensorias Públicas e os Juizados Especiais, e os mecanismos de difusão da educação em direitos.

O direito fundamental de acesso à justiça, extraído do artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição Federal, não se restringe à mera possibilidade de o cidadão ter acesso ao Poder Judiciário. Tal direito implica a obrigação de criação e implementação de uma série de mecanismos fáticos, legais e estruturais que viabilizem o efetivo acesso à Justiça. Sem a implementação desses mecanismos, é certo que o acesso à justiça resumir-se-ia a uma simbólica garantia constitucional, inatingível para a maior parte da população brasileira.

Diante dessa perspectiva, é possível afirmar que o acesso à justiça, para além de uma garantia, revela-se como um direito fundamental, na linha do que ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

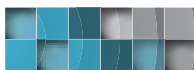
[...] A própria distinção entre direitos e garantias, por sua vez, não pode mascarar a circunstância de que, em termos gerais, as garantias, embora evidentemente tenham uma função de natureza assecuratória e, nesta perspectiva, instrumental, atuam também como direitos (tanto na dimensão subjetiva, quanto na objetiva), pois investem o seu titular de uma posição subjetiva no sentido de invocar a garantia a seu favor. É por esta razão que muitos preferem utilizar, em relação às garantias, a expressão “direitos-garantia”, ou mesmo, a depender da estrutura normativa, “princípio-garantia”. (SARLET *in* CANOTILHO *et al*, 2013, p.187)

Com efeito, o acesso à justiça é um meio, um instrumento que garante a efetividade de todos os direitos fundamentais. Além de uma garantia, o acesso à justiça deve ser considerado também um direito fundamental, exigível por todos aqueles que de algum modo veem-se impedidos de alcançar o Poder Judiciário, seja em razão da completa desinformação sobre seus direitos, seja em decorrência do elevado custo que implica uma demanda judicial ou pela falta de estrutura física do Poder Judiciário.

É nesse sentido, inclusive, que Cappelletti e Garth, ao analisarem os obstáculos que impedem o acesso ao Poder Judiciário, enumeram três instrumentos principais, ou, como mencionado pelos referidos autores, três “ondas renovatórias”, que viabilizam o efetivo acesso à Justiça, quais sejam: i) a promoção da assistência judiciária; ii) a criação de mecanismos efetivos para tutela de direitos difusos e coletivos; e iii) o próprio acesso à Justiça, que pode ser compreendido como a promoção de meios alternativos de resolução de conflitos, a simplificação dos procedimentos e a educação em direitos. (Cf. GOMES NETO, 2005)

Ressalvada a análise processual que envolvem as referidas “ondas renovatórias” de acesso à Justiça, verifica-se que o constituinte se preocupou em instituir instrumentos que visam eliminar os obstáculos de acesso à Justiça, o que revela a fundamentalidade desse direito.

Note-se que até mesmo em relação à forma como a Constituição Federal positivou os meios de acesso à justiça demonstra tratar-se de um direito de cunho fundamental. Isso porque, além das previsões constantes do artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição Federal,



que proclamam a inafastabilidade do Poder Judiciário e a prestação de assistência jurídica, a Constituição também prevê um aparato de acesso à justiça. Seriam eles a Defensoria Pública, que garante a assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes (art. 134, da CF); os juizados especiais, como instrumento de simplificação e barateamento do acesso à justiça (art. 98, I, da CF); e o próprio direito à educação, que envolve também a educação em direitos.

Observe-se que essa forma de positivação irradia a importância que a Constituição confere ao referido direito, especialmente, ao vincular o Poder Público na sua implementação.

Sobre as diversas técnicas de positivação de direitos fundamentais sociais utilizada pela Constituição e sua relevância para a efetividade dos referidos direitos, Vidal Serrano Nunes Junior pontua que:

[...] se existe um direito que a Constituição deseja garantir sua efetividade, sua concreta aplicação social, da maneira mais ampla possível, é compreensível que o constituinte o formule por mais de um caminho, plasmando, portanto, estratégias diferentes, mas que sejam conducentes de um mesmo objetivo. (NUNES JR., 2009, p.75)

Pode-se pontuar, assim, que o constituinte, ao preocupar-se em positivar o acesso à justiça de diversas formas, revela não apenas a fundamentalidade desse direito, como também sua essencialidade.

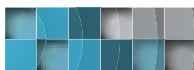
Necessário questionar, porém, sobre qual seria o núcleo essencial do direito de acesso à justiça; o que seria exigível do Estado, independentemente de circunstâncias orçamentárias ou entraves administrativos. É dizer, o que constituiria o mínimo existencial do direito fundamental de acesso à justiça?

É certo que a definição do núcleo essencial de um direito fundamental não é tarefa simples, tal conclusão, evidentemente, exige profundo estudo e reflexão. Todavia, em uma tentativa, ainda que superficial, de definição desse núcleo essencial, é interessante considerar dois aspectos que se revelam como verdadeiros entraves de acesso à justiça.

O primeiro deles é a desinformação quanto aos direitos. O maior obstáculo de acesso à Justiça é justamente a ignorância no que diz respeito aos próprios direitos. Na sociedade brasileira, principalmente, onde o acesso à educação básica já é extremamente deficitário, não é difícil concluir que o conhecimento de direitos, ainda que fundamentais, é completamente obscuro para a maioria da população. Aliado à extrema burocracia e formalidade de nosso ordenamento jurídico, o simples fato de não se conhecerem os direitos mostra-se como uma verdadeira muralha que impede o acesso à Justiça.

Outro aspecto que deve ser considerado é o elevado custo do acesso à justiça, que a torna impermeável para grande parte da população carente, hipossuficiente e socialmente vulnerável. Daí entender-se que a implementação da Defensoria Pública, como instrumento que viabiliza o acesso à Justiça para o hipossuficiente econômico e social, é considerada como uma faceta essencial do direito fundamental de acesso à Justiça.

Ademais, a Defensoria Pública tem como função precípua prestar assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes, o que significa dizer que sua atuação não se restringe



ao âmbito judicial e contencioso, mas alcança, primordialmente, a esfera extrajudicial e a educação em direitos.

Sobre o dever constitucional da Administração Pública de estruturar e implementar a Defensoria Pública, Ana Paula de Barcellos acrescenta que esta obrigação não se encontra no âmbito discricionário de conveniência e oportunidade. Não é possível, diante da omissão estatal, determinar que o particular crie e organize a referida instituição. Logo, o Judiciário, se provocado, poderá fixar prazo para que o Poder Público pratique os atos necessários à instituição da Defensoria, sob pena de responsabilização pessoal do agente por descumprimento de decisão judicial. (BARCELLOS, 2011, p.346 e 347)

Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que a criação de mecanismos de difusão da educação em direitos e a estruturação da Defensoria Pública constituem o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à Justiça. Assim, a exigibilidade de implementação desses mecanismos deve ser imediata.

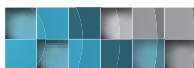
Breve análise sobre os principais instrumentos de acesso à justiça

Viu-se que o direito de acesso à justiça corresponde aos instrumentos que garantem a efetividade de todos os direitos fundamentais. É dizer, o acesso à justiça deve ser considerado um *requisito* essencial para a materialização de todos os direitos, sejam eles individuais ou coletivos. (SADEK *apud* JUNQUEIRA *et al*, 2013, P.17)² E em si também deve ser considerado um direito fundamental, de natureza social prestacional, exigível do Estado por todos aqueles que carecerem de meios próprios para persegui-lo.³

Seguramente, não corresponde apenas ao acesso ao Poder Judiciário, na medida em que a perseguição de um direito pode se dar por meios extrajudiciais, sendo estes, inclusive, mais céleres e menos dispendiosos. A ideia de acesso à justiça abrange a assistência jurídica, que pode ser endoprocessual ou extraprocessual, e a educação em direitos. Nesse sentido, é interessante a lição de Maria Teresa Sadek:

Os demais atores do sistema de justiça arrolados na Constituição, mais que a nobre tarefa de provocar decisões do Poder Judiciário, têm autônoma responsabilidade na prevalência dos valores constitucionais nos conflitos explícitos ou latentes nas relações sociais, para que sejam respeitados os fundamentos e buscados os objetivos impostos pela Constituição, especialmente em seus artigos 1º e 3º. Assim, o Ministério Público e a Advocacia privada ou pública provocam o Poder Judiciário não como um fim em si, mas como meio para que sejam respeitados os ditames constitucionais. Não são funções essenciais ao Poder Judiciário, mas à Justiça. Da mesma forma deve ser compreendido o papel da Defensoria Pública. (SADEK *apud* JUNQUEIRA *et al*, 2013, p. 31)

Adentrando o tema dos principais instrumentos de efetivação do acesso à justiça, é importante esclarecer que os conceitos de assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade da justiça não se confundem, conquanto sejam interligados. Os três conceitos se inserem no âmbito da efetivação do acesso à justiça, mas não a exaure. Pode-se afirmar, ainda, que assistência jurídica compreende a assistência judiciária e outros instrumentos, sendo o conceito mais amplo e que mais se aproxima do conceito de acesso à justiça.



Marcus Vinicius Rios Gonçalves conceitua gratuidade da justiça como o direito de “toda pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios” (GONÇALVES, 2016, p. 161). Esclarece o citado autor que há uma presunção relativa em favor da pessoa natural, bastando, em princípio, que ela declare a insuficiência de recursos para conquistar o benefício. Já a pessoa jurídica deve necessariamente comprovar a alegação para fazer jus à benesse.⁴ Essa é a interpretação do artigo 98 do Código de Processo Civil⁵ que melhor condiz com o direito fundamental em análise, já que ao legislador infraconstitucional é defeso impor requisitos ou obstáculos não previstos na norma fundamental.

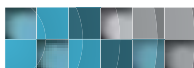
No entanto, havendo elementos que infirmem a alegação de insuficiência de recursos, a presunção relativa deve ser afastada, sendo devido o pagamento das despesas processuais e honorários. Essa presunção há de ser entendida como um facilitador para o exercício do direito à gratuidade de justiça aos seus destinatários, como desdobramento do direito fundamental de acesso à justiça, jamais como a extensão da benesse a todas as pessoas, sob pena de desvirtuamento do instituto.

A assistência judiciária, por sua vez, pressupõe a gratuidade da justiça como meio para o seu exercício – já que se insere em âmbito processual –, mas em si trata de outro aspecto para a efetivação do acesso à justiça, qual seja, o problema de como os pobres irão se defender ou postular em Juízo. Afinal, a lei processual atribui capacidade postulatória, em âmbito particular, em regra, ao advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil⁶, quem exerce atividade profissional qualificada mediante remuneração.

Diante desse quadro, pessoas carentes de recursos financeiros veem-se tolhidas do acesso ao Poder Judiciário, tanto para postular seus direitos quanto para se defender em uma demanda contra si, ainda que lhes sejam garantida a gratuidade da justiça. Assim, a assistência judiciária visa complementar a gratuidade da justiça para assim conferir a todos o acesso ao Poder Judiciário, mediante a intervenção do Estado no sentido de lhes conferir, gratuitamente, profissional habilitado para o ingresso ou defesa em demandas jurisdicionais.

De acordo com a atual Constituição Federal, o Estado deve promover a assistência jurídica – incluindo-se, portanto, a judiciária – por meio de instituição própria e dotada de autonomia funcional e administrativa⁷, criada, aliás, por essa mesma Constituição Cidadã, a Defensoria Pública.

A propósito, conferir *status* constitucional à instituição responsável pela assistência jurídica gratuita aos necessitados implica o reconhecimento irretorquível da essencialidade da prestação desse serviço público social; ainda, como parte integrante do mínimo existencial para a promoção da dignidade dessas pessoas. Além disso, a estabilidade constitucional conferida à Defensoria Pública lhe confere *status* de instituição perene e a coloca como parte essencial do sistema de justiça pretendido para o País, merecedora do mesmo planejamento e atenção conferidos aos demais atores desse sistema (JUNQUEIRA *et al*, p.32). Como já mencionado, a estruturação da Defensoria Pública integra o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça, sendo a sua previsão constitucional e as prerrogativas já referidas prova cabal dessa natureza. Nessa linha, Gustavo Junqueira ressalta que:



Um dos mais relevantes papéis que justificam a formação do Estado moderno é exatamente a solução de conflitos. A Defensoria Pública, alçada ao patamar constitucional, é reconhecida como ferramenta essencial para a pacificação das contendas, mormente no estágio de exclusão e marginalização imposto à grande parte da população (JUNQUEIRA *et al*, 2013, p.31).

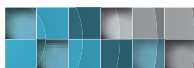
É fora de dúvida que o constituinte optou por um modelo público de assistência jurídica, com organização e estrutura de instituição pública, devendo todos os Estados, sem exceção, seguir esse modelo mediante a instituição, por lei estadual, de suas Defensorias Públicas Estaduais, que devem estar aparelhadas em todas as Comarcas. Infelizmente, porém, ainda se verifica a desobediência de alguns Estados em fazê-lo ao argumento habitual de insuficiência de recursos (reserva do possível), que torna seu modelo de assistência jurídica, privada, inconstitucional. Dado interessante sobre isso é que apenas quatro Estados possuem Defensorias Públicas em todas as comarcas.⁸

No entanto, o caráter de núcleo essencial do direito de acesso à justiça, adrede estudado, sem dúvida franqueia a sindicância judicial visando à instituição das Defensorias Públicas nos Estados omissos. Exemplo disso foi a Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Paraná buscando a necessária implantação da Defensoria Pública nesse Estado, ante a absoluta omissão estatal. O êxito da demanda deu-se nos autos do Agravo de Instrumento n. 598.212 PR, pelo qual, dando-se provimento ao Recurso Extraordinário, condenou o Estado do Paraná à implantação da Defensoria Pública nesse Estado no prazo de seis meses, sob pena de multa diária.

Feita essa digressão, é possível depreender que o benefício da gratuidade da justiça e a assistência judiciária, até agora esposados, conjuntamente, implementam satisfatoriamente a primeira onda renovatória estudada, já que permitem o pleno acesso ao direito de ação e de defesa na esfera jurisdicional.

Já a segunda onda renovatória proposta pelos citados autores, isto é, a criação de mecanismos efetivos para tutela de direitos difusos e coletivos, foi efetivamente implementada pela Constituição Federal de 1988 mediante a atribuição da defesa dos direitos coletivos a duas instituições públicas, o Ministério Público⁹ e a Defensoria Pública¹⁰. Este rol foi ampliado pela Lei Federal n. 7347, de 24 de julho de 1985¹¹, a qual também tratou de regulamentar as especificidades da ação civil pública, já que, a rigor, ela será regida pelo procedimento previsto na lei processual ou especial de cuja pretensão se perquirira (art. 19).

No entanto, é curioso observar que a Defensoria Pública seja a única instituição apta à promoção de todos os direitos coletivos *lato sensu* em prol de pessoas carentes, sejam de natureza disponível ou indisponível, já que sua legitimação para a ação coletiva repousa, exatamente, na promoção dos direitos coletivos dos hipossuficientes no aspecto econômico. Por exemplo, a legitimação do Ministério Público para a propositura de ações coletivas vincula-se à natureza indisponível ou de relevante interesse social do direito sindicado, e a dos demais legitimados à atribuição institucional de cada um deles, vinculando-se sua legitimação ao que se denomina *pertinência temática*. Assim, eventual benefício a pessoas carentes advindo da procedência de ações coletivas promovidas por outros legitimados que não a Defensoria Pública será, em regra, contingencial.



Por isso, é possível concluir que legitimação da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas atende, simultaneamente, às duas ondas renovatórias até então comentadas no tocante a pretensões coletivas, promovendo-se o acesso integral de pessoas carentes a tais direitos, não se limitando apenas a pretensões individuais.

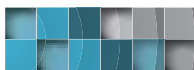
Ao se estudarem os instrumentos de acesso à justiça no País, é interessante notar que todas as ondas renovatórias propostas por Cappelletti e Garth foram efetivamente implementadas. Inclusive, a terceira e última delas, consistente no próprio acesso à Justiça, compreendido como a promoção de meios alternativos de resolução de conflitos, a simplificação dos procedimentos e a educação em direitos. Os instrumentos para essa implementação encontrados na Constituição de 1988 são os juizados especiais (art. 98, I da CF), e a orientação jurídica (art. 134, *caput*¹²).

Os juizados especiais promovem, simultaneamente, a simplificação e o barateamento do acesso à justiça para demandas de menor complexidade, impostos expressamente pela própria lei regulamentadora dos juizados¹³. Isso implica, entre outros aspectos: a possibilidade de o cidadão deduzir suas pretensões de forma oral e sem a necessidade de advogado¹⁴; a participação de conciliadores e de juízes leigos¹⁵ no procedimento, com a consequente diminuição do custo do serviço e uma maior capacidade de absorção das demandas, imprimindo-se efetividade na prestação jurisdicional; a celeridade do trâmite processual, que se desenrola, primordialmente, de maneira oral, sendo reduzidos a termo apenas os atos necessários à validade processual; a proximidade do contato do juiz com as partes e com a prova produzida (princípio da imediação), culminando em prestação jurisdicional mais rápida e eficaz aos objetivos do jurisdicionado.

Importante esclarecer que, na hipótese de a demanda extrapolar o valor de 20 (vinte) salários mínimos¹⁶, ainda sim o cidadão carente poderá deduzir sua pretensão de menor complexidade no Juizado Especial por intermédio da Defensoria Pública, a qual possui, entre suas atribuições institucionais, a atuação nos Juizados Especiais (art. 4º, XIX, da Lei Complementar 80/94).

Sem dúvida, a criação dos Juizados Especiais pela atual Constituição tornou o Poder Judiciário acessível a qualquer cidadão, figurando-se importante instrumento facilitador do acesso à justiça. Por meio desse caro aparato jurisdicional, demandas de menor complexidade, porém não menos perturbadoras da vida do cidadão, passam a ser efetivamente solucionadas e em sua maioria de forma pacífica, ante a proeminência da conciliação nos processos do Juizado Especial, contribuindo-se para a pacificação social. Finalmente, a educação em direitos pode ser compreendida como o mais importante instrumento de acesso à justiça, porque, em sua essência, torna a pessoa capaz, apta a conhecer e a apreender seus direitos em primeiro lugar, para assim cogitar em persegui-los pelos meios aqui estudados. Trata-se nada menos do que a emancipação jurídica da pessoa, a aptidão de afirmar e de reivindicar seus direitos individuais, seja judicialmente, seja extrajudicialmente.

A atual Constituição incumbiu à Defensoria Pública expressamente promoção da educação em direitos aos cidadãos brasileiros, sendo-lhe atribuição institucional da mais alta relevância¹⁷. A orientação jurídica deve ser perseguida pela instituição dentro e fora de suas



Unidades, por meio de programas institucionais próprios, a fim de abranger tanto aqueles cidadãos que já tenham conhecimento ao menos sobre como buscar seus direitos quanto aqueles que, dada a sua vulnerabilidade social, necessitam que a própria instituição lhes busque para orientação e encaminhamento¹⁸. Sobre o tema, assevera o defensor público Gustavo Junqueira que:

A orientação jurídica é, assim, atribuição institucional da Defensoria e de todo defensor público. Para cumprir sua missão institucional, a Defensoria Pública não pode aguardar, de forma reativa, a busca dos serviços, mas sim promover ações de orientação jurídica para a coletividade, por meio de cartilhas, panfletos, eventos, imprensa e toda forma de atingir grandes grupos de carentes de forma proativa (JUNQUEIRA *et al*, 2013, p.35).

Importante frisar que o instrumento de orientação jurídica consiste no esclarecimento do cidadão sobre todos os seus direitos decorrentes da situação fática por ele apresentada ou constatada pelo defensor público, de forma a permitir-lhe a livre tomada de decisão e exercício de seus poderes. É dizer, o defensor público tem o dever de orientar seus assistidos de forma imparcial, conferindo-lhes liberdade de escolha após a devida compreensão da orientação jurídica fornecida, jamais de substituir-lhes a vontade acreditando saber a melhor forma de proceder, já que tal decisão não cabe agente político.

Considerações finais

O objetivo do presente estudo foi trazer uma reflexão sobre o mínimo existencial, entendido como o núcleo material e sindicável do princípio da dignidade da pessoa humana, e o direito fundamental de acesso à Justiça. Buscou-se relacionar o acesso à Justiça com o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de verificar se o referido direito compõe o núcleo mínimo de proteção da dignidade, o chamado mínimo existencial.

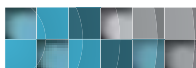
Para tanto, foram analisados alguns aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana, seu valor intrínseco e sua dimensão intersubjetiva, relacionando-o com o estudo do mínimo existencial, seu conceito, características e efeitos práticos.

Uma vez estabelecida uma visão do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, passou-se a analisar o acesso à Justiça, os mecanismos de implementação e sua efetividade para garantia da dignidade da pessoa humana. Especialmente, em favor das minorias e hipossuficientes econômicos, para quem os obstáculos de acesso à Justiça se mostram mais acentuados.

Por fim, trazendo um panorama do direito fundamental de acesso à Justiça, concluiu-se que, dos vários aspectos que envolvem a implementação desse direito, aqueles que se mostram mais sensíveis são a educação em direitos e a assistência judiciária gratuita.

O primeiro porque a desinformação sobre a própria existência de direitos, aliada à extrema formalidade e burocracia do ordenamento jurídico brasileiro, levanta-se como uma verdadeira muralha que impede o acesso à Justiça.

De outro lado, ainda que a informação alcance aqueles que vivem à margem da sociedade, o elevado custo do acesso à justiça apresenta-se como um intransponível obstáculo na busca de efetivação dos direitos por meio do Poder Judiciário. Por isso, em ambos os



casos, criação e estruturação das Defensorias Públicas revela-se como um instrumento essencial para a garantia do acesso à justiça.

Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3º ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 1992.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

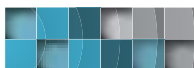
JUNQUEIRA, Gustavo e outros. *Comentários à lei da Defensoria Pública*. São Paulo: Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, LDA, 1960.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 – Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.



SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9.ed. rev. atual. 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais*. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Fundamentação, conteúdo e contexto dos direitos sociais: a metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Notas

¹ Nesse sentido, o art. 1º da Declaração Universal da ONU estabelece que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns com os outros em espírito e fraternidade”.

² O referido autor ainda cita Maria Teresa Sadek: “o direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, qualquer óbice ao direito de acesso tem condições de provocar limitações ou mesmo de impossibilitar a efetivação da cidadania, a realização da igualdade”.

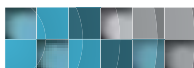
³ Rogério Nunes de Oliveira, ao relacionar o acesso à justiça com a cláusula da inafastabilidade da jurisdição, esclarece que esse direito possui dupla dimensão: uma negativa, correspondente à não imposição, pelo Estado, de óbices jurídicos ao acesso ao Judiciário (v.g. limitações impostas pelo Ato Institucional n. 5 na época da ditadura); e uma positiva, que compreende ao direito prestacional exigível do Estado para que todas as pessoas tenham condições efetivas de acessar o Judiciário. (Cf. JUNQUEIRA, 2013. p. 18)

⁴ Nesse sentido é a Súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

⁵ Anteriormente à edição do atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), a gratuidade da justiça era regulada pela chamada Lei de Assistência Judiciária (Lei. 1.060/50), quase que inteiramente revogada pelo artigo 1.072 do Código de Processo Civil. Atualmente, a gratuidade da justiça é regulada pelos artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil.

⁶ Código de Processo Civil, art. 103. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Parágrafo único. É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal.

⁷ Autonomia funcional é a prerrogativa da Defensoria Pública como instituição de “planejar e escolher os caminhos que devem ser percorridos para que alcance o seu fim, determinado pela



própria Constituição, em termos genéricos, e especificados na Lei Complementar 80/94” (JUNQUEIRA, Gustavo e outros. *Ob. cit.* P. 41). Já autonomia administrativa consiste no poder da instituição de auto-organização, desde que respeitado o limite orçamentário, incluindo-se a iniciativa de sua proposta orçamentária, a destinação dos recursos existentes, como a ampliação, a manutenção das unidades de atuação e o provimento de novos cargos, e a regulação da atividade interna da carreira.

⁸ <http://www.conjur.com.br/2016-jan-21/apenas-quatro-estados-defensoria-todas-comarcas>.

⁹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

¹⁰ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

¹¹ Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)

¹² A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

¹³ Lei 9099, de 26 de setembro de 1995, Art. 2º: O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

¹⁴ Para pedidos de até 20 (vinte) salários mínimos.

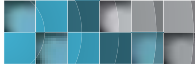
¹⁵ Art. 7º da Lei 9099/95: Os conciliadores e Juízes leigos são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de cinco anos de experiência.

Parágrafo único. Os Juízes leigos ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto no desempenho de suas funções.

¹⁶ Até o valor máximo de quarenta salários mínimos, cf. art. 3º, I, da Lei 9099/95.

¹⁷ Art. 4ª da Lei Complementar 80/94: São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I – prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; [...] III – promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico.

¹⁸ Exemplos de atuação de busca da instituição por pessoas em situação de vulnerabilidade é a parceria com o programa “de Braços Abertos” implementado pelo município de São Paulo



(http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/trabalho/decreto_pot_29.pdf), e a pontual atuação itinerante de defensores públicos designados para a atividade de atendimento à população de rua (<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Noticias/NoticiaMostra.aspx?idItem=63004&idPagina=3086>).



O acesso à justiça e as mulheres em situação de violência

Access to justice and women in situations of violence

Paula Sant'Anna Machado de Souza

Defensora Pública do Estado de São Paulo

psamsouza@defensoria.sp.gov.br

Resumo

Trata-se de artigo no qual é discutida a dificuldade do acesso à justiça pelas mulheres que estão em situação de violência. Foi elaborado um pequeno histórico acerca dos diplomas legais que preveem e respaldam o acesso à justiça e que culminaram na criação da Defensoria Pública. Foi retratado qual é o papel dessa instituição para a concretização dos direitos fundamentais de assistência judiciária e acesso à justiça. Por fim, foram elencados alguns obstáculos que ainda impedem que as mulheres em situação de violência tenham suas demandas apreciadas e julgadas pelo sistema de justiça, tais como a descrença, revitimização institucional, ausência de instituições e operadores especializados e de políticas públicas.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Mulheres em situação de violência. Obstáculos.

Abstract

In this an article not what is a difficulty of access to justice by women who are in a situation of violence. A small history was elaborated on the legal diplomas that predict and support the access to justice and that resulted in the creation of the Public Defender. It was described the didactic role for the realization of the fundamental rights of legal aid and access to justice. Finally, a number of obstacles have been identified that still prevent women as their demands are appreciated and judged by the justice system, such as a description, institutional revictimization, absence of specialized institutions and operators and public policies.

Keywords: *Access to justice. Women in situations of violence. Obstacles.*



Da previsão legal do direito ao acesso à justiça

A criação de normativas para o enfrentamento da violência baseada no gênero tem sido a via eleita para concretizar o acesso à justiça para mulheres em situação de violência.

No plano internacional os avanços ocorreram principalmente a partir da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos - São José da Costa Rica¹ e de duas importantes convenções internacionais de direitos das mulheres: a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – CEDAW (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994).

No plano nacional o acesso à justiça está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 que dita: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Esta Carta Magna criou a Defensoria Pública como o órgão que busca dar efetividade ao acesso à justiça, na forma do inciso LXXIV do art. 5º:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados desta Constituição²

A Defensoria Pública surge então como órgão fundamental para a consolidação do direito do acesso à justiça.

Maria Tereza Sadek em seu artigo denominado "A Defensoria Pública no Sistema de Justiça Brasileiro", sobre a instituição, conclui:

Nesta acepção mais ampla sobressai o papel da Defensoria Pública, como instituição absolutamente primordial. Não se trata apenas de um organismo incumbido de defender aqueles que não têm meios materiais de se fazer representar junto à Justiça estatal, mas de instituição com potencial de atuar em todo processo de construção da cidadania: da concretização de direitos até a busca de soluções, quer sejam judiciais ou extrajudiciais.³

A assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública vai muito além da judicialização de ações. A atuação tem como objetivo também a educação em direitos, resolução extrajudicial de conflitos, promoção dos direitos humanos, proporcionar a igualdade de armas no deslinde processual e a busca por decisões justas, fundamentadas e livres de preconceitos.

Devemos por em destaque o ensinamento do mais conhecido estimulador do acesso à justiça no mundo, Mauro Cappelletti,⁴ para quem a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.



Cabe lembrar que o acesso à justiça nem sempre foi defendido pelo Estado como um direito inerente de toda e qualquer pessoa, já que inicialmente se entendia que a justiça só poderia ser obtida por aqueles que tivessem condições financeiras para enfrentar seus custos.

No decorrer do século XX a legislação pátria apresentou normas com tendências sociais e de política intervencionista estatal a partir da transformação da sociedade e surgimento do Estado Social, buscando-se, nesse momento, não mais uma igualdade formal, mas sim uma igualdade material que possibilitasse a todos o acesso a seus direitos. A garantia de acesso à justiça passa então a ser considerada como direito social fundamental básico.⁵

Em 2006 foi criada a Lei Maria da Penha, uma lei que nasce a partir da omissão do Estado que nega o acesso à justiça para a Sra. Maria da Penha. Ela sofreu dupla tentativa de homicídio por parte de seu então marido dentro de sua casa e, passados 15 anos da agressão, ainda não havia uma decisão final prolatada pelos tribunais nacionais.

Diante desse grave panorama, a Comissão Interamericana de Direito Humanos condenou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres. Uma das punições foi a recomendação que determinava a criação de uma legislação adequada a esse tipo de violência.

As medidas previstas na Lei Maria da Penha abordam além do enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher de forma integral, a proteção dos direitos das mulheres e a promoção do seu acesso a seus direitos.

Em que pese todo esse aparato legal, segundo os dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), a taxa de feminicídios no Brasil é de 4,8 para 100 mil mulheres – a quinta maior do mundo. Essa taxa só é maior em El Salvador, na Colômbia, na Guatemala e na Rússia.

Desse modo, é importante desnudar os obstáculos impostos às mulheres para tentar criar condições igualitárias, ampliar o acesso à ordem judicial e erradicar a violência ao qual elas estão submetidas rotineiramente.

Do devido acesso à justiça das mulheres em situação de violência doméstica e familiar

Em sua reconhecida obra, *O Acesso à Justiça*, Mauro Cappelletti consagrou os principais obstáculos a serem transpostos para que se alcançasse o efetivo ingresso à Justiça, bem como propôs soluções para quebrar essas barreiras. São eles: as custas judiciais, a possibilidade das partes e questão dos interesses coletivos *latu senso*.

Por outro lado, Mauro Cappelletti entende que o acesso eficaz à justiça se dá por meio do entendimento de três "*grandes ondas*": a assistência judiciária; a representação jurídica para os interesses difusos e enfoque de acesso à justiça.⁶

Assim, a Defensoria Pública navegaria por várias das ondas de acesso à justiça. Na primeira delas, como assistência judiciária voltada para os pobres. Nas outras ondas, integrando



a ampla gama de reformas cujo objetivo central é a simplificação dos procedimentos, com a finalidade de garantia de direitos e de solução de forma eficaz de conflitos.⁷

Focando no acesso à justiça pelas mulheres que estão em situação de violência, a concretização desse direito fundamental torna-se ainda mais complexa pelos fatores históricos e culturais que consideram a violência como um assunto privado.

O desconhecimento real por parte das mulheres acerca dos direitos de que é detentora é um dos fatores que as afasta das informações que poderiam possibilitar uma reação diante de uma violação de direito.

O instituto Data Senado constatou em 2013 que, por todo o país, 99% das mulheres já ouviram falar na Lei Maria Da Penha. Mulheres de todas idades, níveis de renda e escolaridade, credo ou raça sabem da existência da lei criada para coibir a violência doméstica e familiar.⁸

Por outro lado, a pesquisa realizada pela Agencia Patricia Galvão no mesmo ano aponta apenas que 9% das mulheres “sabem muito” sobre a Lei Maria da Penha⁹, o que mostra que ainda há muito a ser feito em relação a educação em direitos.

Certamente a violência vivenciada cotidianamente por essas mulheres muitas vezes acaba por afastá-las também das informações que poderiam possibilitar uma reação ao seu direito lesionado.

Um outro empecilho que mantém as mulheres distantes de todo o sistema de acesso à justiça é a descrença em relação a ele. O aparato judicial é muito complicado na visão dessas mulheres que se deparam com prazos, muitas formalidades e demora cada vez maior para a obtenção de uma decisão judicial. Elas acabam tendo a sensação de que a justiça não é eficiente e que não será por essa via que ela conseguirá ter acesso a uma decisão justa e favorável.

Essa descrença também é alimentada pelo Judiciário enquanto poder historicamente masculino, que ainda não se capacitou para receber e atuar nos casos em que há violações decorrentes da discriminação de gênero e continua com uma visão conservadora e antiquada sobre os papéis das mulheres na sociedade atual.

Ademais, a falta de empatia, que nos impede de nos colocar no lugar da vítima, tem sido também responsável pelas mais graves ocorrências de violência institucional contra mulheres que recorrem ao sistema de justiça, que é composto não apenas pelo Judiciário, mas também pelas Delegacias, Defensorias, Ministérios Públicos e Segurança Pública.

Não é incomum também os relatos de mulheres que sentem que sua palavra é colocada “à prova” a todo momento no sistema de justiça, o que as desmotiva de acessá-lo. Um exemplo prático dessa situação ocorre quando as vítimas de violência doméstica procuram o Distrito Policial para registrar a ocorrência e expressam a intenção de representar o investigado e elas, posteriormente, são chamadas em Juízo para dizer, uma vez mais, se desejam mesmo a continuidade do processo contra o réu.

Essa presunção contrária, além de fragilizar aquela mulher que procura a proteção judicial, também cria requisitos que são, muitas vezes, difíceis de transpor, tal como a lavratura de boletim de ocorrência e instauração de inquérito policial para a concessão de medidas protetiva. A exigência de tais requisitos inquérito policial para a concessão das medidas



protetivas de urgência não tem fundamento na legislação vigente. As medidas protetivas em caráter de urgência se tratam de medidas totalmente autônomas do inquérito/ação penal ((REsp 1419421/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 07/04/2014). Afinal, como preleciona Maria Berenice: *O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas*".¹⁰

Outro entrave ao efetivo acesso à justiça pelas mulheres é o descumprimento do que preleciona o artigo 14 da Lei Maria da Penha, o qual estabelece que os Juizados de Violência Doméstica detem competência civil e criminal, o que evita decisões conflitantes entre si e que a mulher em situação de violência tenha que expor sua situação por diversas vezes. Contudo, na prática forense, as demandas de família são julgadas nas Varas de Família.

Assim, as mulheres acabam tendo que acompanhar diversos processos com juízes diferentes, lidando com profissionais que não tem capacitação em gênero e nem contato na sua rotina com questões de violência doméstica. O aparato judicial não reconhece a desigualdade de fato que existe elas e os homens; e, portanto, não possui mecanismos que contemplem e superem essa desigualdade.

A inexistência dos órgãos especializados no enfrentamento à violência doméstica, que atuam com políticas de não revitimização institucional, também afastam as mulheres do acesso aos órgãos que fazem parte do sistema de justiça.

Somam-se a esses empecilhos a ausência de políticas sociais nas áreas de transporte público, educação (principalmente creches), saúde e insuficiência de programas de habitação e de renda.

A recomendação do comitê CEDAW¹¹ aponta outros fatores que também dificultam o acesso à justiça: analfabetismo, tráfico de mulheres, conflito armado, busca de asilo, deslocamento interno, apátrida, migração, chefia da família elas mulheres, viuvez, mulheres vivendo com HIV, privação de liberdade, criminalização da prostituição, afastamento geográfico, estigmatização das mulheres que lutam por seus direitos.

Das Considerações Finais

O acesso à justiça trata-se de direito fundamental que já está amplamente amparado na legislação nacional e internacional, mas que, na prática, demanda uma série de medidas para sua efetiva concretização.

O papel da Defensoria Pública ganha relevo diante desse cenário já que é a instituição que tem como papel constitucional concretizar a efetividade dos direitos e da cidadania das mulheres que estão em situação de violência.

Podemos concluir que ainda estamos longe da substancial diminuição das barreiras que as mulheres em situação de violência doméstica enfrentam no acesso à justiça.



No entanto, vislumbramos que algumas medidas auxiliariam nesse sentido, tais como a implementação global da Lei Maria da Penha pelas Varas de Violência Doméstica e Familiar; criação de instituições especializadas no atendimento das mulheres em situação de violência, bem como aumento do quadro funcional onde já existir esse atendimento; a qualificação dos operadores do direito que devem realizar tratamento justo e igualitário e compreender as especificidades da violência baseada em gênero, sendo despidos de preconceitos e estereótipos de gênero; o reconhecimento da condição peculiar da mulher enquanto sujeito de direitos; educação em direitos; criação e efetivação de políticas pública estruturadas que tenham como diretriz a perspectiva da igualdade de gênero.

Referências bibliográficas

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SADEK, Maria Tereza. *A Defensoria pública no Sistema de justiça brasileiro*. APADEP em Notícias Separata.

http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf

<http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

https://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa_Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf



Notas

¹ Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (artigo 8. Garantias Judiciais)

² BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 de fev. 2014.

³ SADEK, Maria Tereza. A Defensoria No Sistema de justiça brasileiro (...), p. 2

⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 8

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 11-12.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p.31..

⁷ SADEK, Maria Tereza. A Defensoria No Sistema de justiça brasileiro (...), p. 3

⁸ https://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-PesquisaViolencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf

⁹ http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf

¹⁰ (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

¹¹ <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>



A discriminação da mulher negra, (não) repressão ao racismo e acesso à justiça: uma proposição ao direito interno

The discrimination of black women, (no) repression of racism and access to justice: a proposal for domestic law

Thais Helena de Oliveira Costa Nader

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Defensora Pública atuante na área de violência doméstica

em favor da mulher em situação de violência

Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus

Pós-graduada em Direito Processual Civil pela PUC/SP

Pós-graduada em Direitos Humanos e Acesso à Justiça pela FGV/SP

tnader@defensoria.sp.def.br

Resumo

O artigo trata, a partir da análise do Caso n. 12.001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da questão do racismo e sua transversalidade quando se trata de mulher negra e pobre, com uma visão da tripla discriminação da mulher brasileira neste cenário socioeconômico.

Além disso, traz a questão do papel da vítima no processo criminal e a necessidade de garantir os meios necessários para que ela deixe de ser um objeto ou meio de prova para assumir o papel de protagonista. Para tanto, foram utilizadas normativas de direito internacional para implementação do acesso à justiça no direito interno, que pouco ou nada legitima a participação da pessoa ofendida na ação penal.

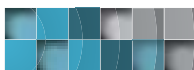
Palavras-chave: Discriminação transversal. Mulher negra e pobre. Acesso à justiça às vítimas.

Abstract

From the analysis of Case n. 12.001 of the Inter-American Commission on Human Rights, of the issue of racism and its transversality when it comes to black and poor women, with a view of the triple discrimination of Brazilian women in this socioeconomic scenario.

In addition, it raises the question of the role of the victim in the criminal prosecution and the need to guarantee the necessary means so that it ceases to be an object or means of proof to assume the role of protagonist. For this purpose, international law norms were used to implement access to justice in domestic law, which legitimizes the participation of the offended person in the criminal action.

Keywords: *Cross-sectional discrimination. Black and poor woman. Access to justice for victims.*



“Para saber o que é ser negra, fique 24 horas negra.
Ainda hoje, recebo uma chibatada de manhã,
outra ao meio-dia, e a da noite já fica pronta.”

*"To know what it's like to be black, stay black 24 hours.
Even today, I get a whip in the morning,
another at noon, and the night is ready. "*

Luislinda Dias de Valois Santos¹

Caso 12.001 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos²

A denúncia foi oferecida nos dias 07 e 10 de outubro de 1997 à Comissão por três instituições em defesa de Simone André Diniz contra o Brasil por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos, 1, 8, 24 e 25) e à Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (artigos 1, 2 “a”, 5 “a” e I e 6).

Revela a petição que a vítima Simone teria sofrido preconceito racial ao tentar se candidatar à vaga de empregada doméstica disponibilizada por anúncio em jornal de grande circulação pela Sra. Aparecida Gisele Mota da Silva, fazendo constar a informação da preferência por pessoa branca. Ao ligar para o telefone informado, foi prontamente questionada sobre sua cor e, ao responder ser negra, recebeu a informação de que não preenchia os requisitos para a vaga.

Os fatos ocorreram em 02/03/1997. Foi instaurado inquérito policial em 05/03/1997 para apuração da existência de crime de racismo previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89³. Foram ouvidas a vítima e sua testemunha (Paula Ribeiro da Silva), além da suposta indiciada, seu marido (Jose Honorário da Silva) e Maria, pessoa que atendeu ao telefonema e passou a determinação discriminatória de não-aceitação de pessoa negra para a função. Os fatos foram confirmados pelas pessoas envolvidas, tendo Aparecida justificado a discriminação por ter tido uma funcionária negra que maltratou seus filhos. Ainda, afirmou não ser preconceituosa, já que seu marido é negro.

Após relatório final da autoridade policial, o Ministério Público ofertou promoção de arquivamento do inquérito policial em 02/04/1997 sob os fundamentos da inexistência do crime de racismo e falta de base para oferecimento da denúncia, sendo ratificado por decisão judicial em 07/04/1997.

Diante do arquivamento do inquérito policial, que impede a persecução penal⁴ e, conseqüentemente, dificulta eventual tentativa de indenização por dano moral, os Peticionários ofereceram a denúncia à Comissão entendendo que o Estado foi negligente na apuração e repressão do crime de racismo, através de atos de agentes públicos personificados no *parquet*, que se manifestou pelo arquivamento e no magistrado, que concordou com o pedido, mesmo não estando obrigado a aceita-lo.



Afirmaram também que havia elementos suficientes para o oferecimento da denúncia já que a prova da materialidade do crime estava na própria publicação em jornal e na negativa de emprego diante de sua cor, bem como a autoria era certa, pois Aparecida Gisele não negou ser autora do anúncio e da discriminação de cor para a função.

Diante da ratificação da Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial⁵ e da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶, o Brasil obrigou-se em condenar a discriminação racial, além de garantir a igualdade entre todos e o acesso da vítima ao Poder Judiciário quando violados os seus direitos fundamentais.

Em sua primeira manifestação datada de 12/05/1998, o Brasil teceu algumas considerações⁷ e ainda solicitou prorrogação de prazo para complementar as informações. Somente em 2003 as partes manifestaram-se favoravelmente à solução amistosa mas, em virtude de ausência de proposta pelo Brasil, esta não se concretizou. O Estado, ainda, pediu o adiamento do julgamento do caso nas 119^a e 120^a sessões da Comissão. O caso somente foi julgado em 21 de outubro de 2006, com a condenação do Estado Brasileiro e recomendações a ele impostas diante de sua omissão em impedir e reprimir a discriminação racial.

Breve histórico do racismo no Brasil e a sistemática violação ao direito à igualdade

O Brasil foi colonizado por portugueses que, frustrados com sua tentativa de dominação dos índios nativos, passaram a trazer escravos negros advindos de vários países do continente africano. A escravidão dos negros⁸ não ocorreu apenas em nosso país, sendo uma característica de todo continente americano, formado por países colonizados pelos europeus. A escravidão é, portanto, uma característica da população americana como um todo, mas com consequências diversas em cada país por conta do movimento de independência, abolição e igualdade de direitos específicos de cada local.

Traçando um panorama da realidade brasileira na época escravagista, transcrevo trecho do livro de Luislinda Dias de Valois Santos (2014, p. 13/5), juíza de direito negra, autora da primeira sentença indenizatória por discriminação racial:

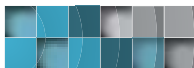
Nosso país trouxe da África aproximadamente 4 (quatro) milhões de escravos. Por isso, podemos afirmar que o Brasil foi fundado e teve o seu desenvolvimento e sua economia com base no trabalho do escravo.

Entre 1790 e 1830, chegaram ao Rio de Janeiro cerca de 700 mil escravos, amontoados em 1.600 navios. Nesse mesmo período, Salvador, o 2º maior importador de escravos africanos, tinha em média 42% de trabalhadores escravos dentre a sua população.

(...)

A triste página da escravidão brasileira teve início quando D. João III decidiu colonizar o Brasil e mandou a expedição comandada por Martim Afonso de Souza, que aportou na Bahia no dia 13.03.1531. Foi também Martim Afonso quem levou escravos para a vila de São Vicente e lá introduziu a cultura da cana-de-açúcar.

Em 1590, eles já eram 36.000 escravos e passaram a ser usados também na lavoura do café.



Brasileiros e portugueses fizeram do africano uma mercadoria de alto valor lucrativo.

Os então traficantes se abasteciam da valiosa mercadoria na região do Congo, Angola e, por fim, em Moçambique.

Em 1807, a Inglaterra aboliu a escravidão e iniciou uma pressão para que outros países procedessem da mesma maneira.

Assim os ingleses começaram a vigiar periodicamente os mares, procurando as embarcações oriundas da costa africana. Durante essa vigilância, quando encontravam escravos, soltavam os presos (mercadoria) e afundavam as embarcações.

Os portugueses, que não tinham interesse em parar com tão rendosa atividade, construíam fundos falsos nas embarcações. Em cima, eram colocadas mercadorias e camuflavam, desse modo, o transporte de escravos.

Assim surgiu o adágio popular ‘é para inglês ver’. O que o inglês via era outra coisa, porém a mercadoria lucrativa viajava sob o fundo falso: o negro africano.

A Lei Áurea, assinada em 13.05.1888 pela Princesa Isabel, foi, para a maioria dos negros, uma farsa.

Muitas normas foram promulgadas com o objetivo de dar uma destinação à população negra brasileira.

Em virtude da abominável escravidão, as relações sociorraciais foram contaminadas, e, até, os dias atuais, pagamos pelos malefícios causados à comunidade negra.

A Lei Áurea, tida como libertadora dos negros, foi assinada quando apenas 5% dos negros ainda viviam em regime de escravidão. Não se tratou de bondade ou conscientização da sua subscritora/ hoje sabemos que a Inglaterra impôs ao Brasil o fim daquela crueldade.(...)

Mesmo diante do princípio da igualdade previsto em nossa Constituição da República, além dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, notória a existência da discriminação racial até os dias de hoje.

Após a Segunda Guerra Mundial o Brasil não se via como uma sociedade racista, colocando-se como um país que abraçava diversas etnias, raças e grupos religiosos, prevalecendo a tolerância e a diversidade social⁹. Somente após os efeitos da ditadura passamos a assumir que nossa sociedade é preconceituosa, apesar de muitos entenderem que o racismo é “velado”.

Ela pode ser velada para brancos que, com discursos politicamente corretos, não se entendem como racistas em suas atitudes cotidianas. Ela é sentida realmente pela população negra e comprovada com estatísticas, dados históricos e inúmeros textos normativos que tentam extirpar e reprimir a discriminação, seja qual for sua espécie.

Carlos Bacila traz a ideia de “visibilidade embaçada”, dizendo “é interessante como não conseguimos nos concentrar na pessoa do estigmatizado e vê-la como efetivamente ela é. Os nossos conceitos do passado em conjunto com expectativas do futuro geram focos que não representam o que o ser humano verdadeiramente é. Não vemos a pessoa, o que ela está falando ou as emoções que está sentindo. A visão está embaçada. Vemos projeções mentais e até mesmo deixamos de ver alguém” (2014, p. 31).



Fingimos não existir o racismo, tentamos esconder nosso preconceito, mas nas atitudes e nos fatos eles aparecem de maneira indubitável, nos levando a pensar, não mais nas causas, mas nas medidas para diminuir a desigualdade gerada pela discriminação.

Somente tivemos um Presidente da República negro, que assumiu após a morte de Afonso Pena, governando entre 1909 e 1910. Nilo Procópio Peçanha era vice-presidente à época e não houve solenidade de posse. Na biblioteca virtual da Presidência da República a justificativa dada para a não realização da solenidade foi a “atmosfera de luto nacional”¹⁰. Joaquim Barbosa foi o único Ministro do Supremo Tribunal Federal negro, tomando posse em 22/01/2012 e aposentando-se em 30/07/2014¹¹. Nas eleições de 2014, os candidatos eram 55,64% brancos; 34,46% pardos; 9,09% negros; e 0,8% amarelos ou indígenas.

A população negra, composta de pessoas que se declaram pretos ou pardos¹², foi estimada em 53%, segundo o PNAD 2013. No mesmo ano, o IBGE divulgou que a diferença salarial entre branco e negro é de até 36%, chegando o negro a receber até 57% do salário de um branco¹³. Já em relação à população carcerária, temos 67,1% de negros ou pardos e 31,3% de brancos¹⁴.

Portanto, a discriminação dos negros gerou como consequência a sua marginalização social, já que muitos foram os obstáculos impostos para que eles pudessem ascender em sua vida pessoal, profissional e social. Para além disso, ficaram estigmatizados e criminalizados, como se o perfil de pobre, preso e sem capacidade produtiva intelectual fossem qualidades inatas à pessoa negra.

A presença formal do princípio constitucional da igualdade e a realidade da população negra nos revelam o quanto precisamos avançar em políticas públicas para uma verdadeira e real equidade de direitos. A sociedade brasileira tem uma dívida histórica com essa população, que foi trazida à força para esta terra como se mercadorias¹⁵ fossem, abandonadas depois de libertas e agora marginalizadas e estigmatizadas por preconceitos de cor, credo, condição social e sexo.

Diante da sistemática violação de direitos humanos e a inexistência de sua prevenção e repressão que a Corte Interamericana de Direitos Humanos passou a entender que o Estado se torna responsável pelos atos praticados, ainda que entre particulares, pela omissão de seus agentes públicos¹⁶.

Sobre o tema, Isabel Penido Machado (OLIVEIRA, 2007,p. 144) chega à seguinte conclusão:

Por todo o exposto, torna-se claro que o direito à igualdade, sob a perspectiva material, não se incompatibiliza a priori com a adoção de medidas distintas, por parte dos Estados e dos demais atores da sociedade.

Se, por um lado, a existência de um tratamento diferenciado para determinados indivíduos ou grupos sociais, sinaliza para a existência de um tratamento discriminatório, por outro, é necessário que o fato seja analisado sob a perspectiva dos critérios desenvolvidos e já consagrados no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁷.

Vale ressaltar que o conceito de discriminação deve ser compreendido não apenas em sua manifestação externa, que é a diferenciação, mas também em sua perspectiva interna, isso é, a partir do complexo de suas características



mais peculiares, relacionadas à sua origem, finalidade e modo de manifestação. Aliás, insta salientar que, muitas vezes, são necessárias a adoção de medidas positivas (ações afirmativas) que estabeleçam um tratamento diferenciado para determinada parcela da população a fim de esta consiga superar sua condição de vulnerabilidade social. Isso porque, num contexto de desigualdade estrutural, a mera abstenção do Estado não é suficiente para coibir, nem tampouco corrigir, a desigualdade de fato (que gera a situação de discriminação *ipso factum*).

Por fim, resta inequívoco que os Estados americanos, incluindo o Brasil, ainda não compreenderam a verdadeira dimensão do avanço jurisprudencial e doutrinário sobre a matéria, ou então, o que ainda é pior: não se comprometeram verdadeiramente com a promoção, respeito e implementação da igualdade material e ao combate à discriminação. Neste ínterim, conclui-se, parafraseando Cançado Trindade¹⁸, que o aumento significativo da pobreza e das desigualdades sociais não significa a ausência de normas jurídicas ou que o Direito não exista. Resulta, ao contrário, da constatação de que o Direito vigente está sendo ostensivamente violado, em detrimento de milhões de seres humanos.

O racismo como crime no Brasil e sua dificuldade de tipificação penal

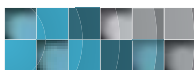
No próprio relatório do caso, a Comissão Interamericana traz, quando da análise do direito à igualdade perante a lei e à não discriminação (item IV, C), a problemática da tipificação do crime de racismo no Brasil. Explícita, também, outros casos de arquivamento de inquéritos policiais em situações análogas de recrutamento para emprego, além de trazer pesquisa sobre a discriminação racial como prática velada nas seleções de trabalho (§§ 56, 57 58 e 59).

Fazendo uma digressão histórico-normativa, a primeira lei brasileira contra o racismo foi a de nº 1.390/1951, mais conhecida como Lei Afonso Arinos¹⁹, que tratava o racismo como contravenção penal. Diante de suas imperfeições e do rol taxativo de condutas, não houve nenhuma condenação criminal. Tem seu valor histórico por desvelar o mito da “democracia racial” propagada naquela época.

Após, vieram ratificações de convenções internacionais no combate ao racismo, a saber: Convenção nº 111 da OIT relativa à discriminação com respeito ao emprego e à ocupação (Decreto nº 62.150/1968); Convenção da UNESCO relativa à luta contra a discriminação no campo de ensino (Decreto nº 63.223/1968); e Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto nº 65.810/1969)²⁰.

Com a redemocratização brasileira e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o racismo deixou de ser contravenção penal, alçando *status* de crime imprescritível e inafiançável (artigo 5º, XLII²¹), necessitando de regulamentação, que ocorreu com a edição da Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, trazendo os tipos penais de racismo.

A Lei nº 7.716/89 sofreu alterações legislativas, com a inclusão do crime de injúria racial²² no Código Penal pela Lei nº 9.459/97, com redação do crime alterada pela Lei nº 10.71/2003; inclusão de novos tipos penais pela Lei nº 12.288/2010; e inclusão de mídia digital e eletrônica como meio de difusão passível de sanção pela Lei nº 12.735/2012.



Em 2013 o Brasil assinou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, ambas sem ratificação no direito interno.

Norma jurídica não falta para tratar do tema e das medidas para eliminação e sanção de todas as formas de preconceito, especialmente o de cor. Pergunta-se, então, do porquê o índice de condenação por tais crimes ser tão baixo (vide itens 75 e 90 do relatório do caso Simone Diniz X Brasil).

A comissão concluiu que são três as causas de ineficácia punitiva pelo crime de racismo: necessidade de provar o ódio racial ou a intenção de discriminar (prova diabólica para a vítima); racismo institucional (os agentes estatais, especialmente da polícia e do judiciário não reconhecem a conduta do agressor como crime de racismo, entendendo se tratar de mal entendido ou caso de injúria); e desclassificação para o crime de injúria racial (vide itens 77 a 94 do relatório).

Em pesquisa realizada pelo Núcleo de Direito e Democracia da CEBRAP – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, que analisou decisões judiciais sobre discriminação racial de todos os tribunais do país²³, temos os seguintes dados alarmantes: 55,1% das condenações são de injúria racial/ 28,7% são de outros crimes contra honra; e 8,1% por crime de racismo previsto no artigo 20 da Lei nº 7716/89. As rejeições de denúncia ou queixa-crime são na ordem de 36,7% para injúria qualificada e 26,7% para o crime de racismo, sendo que 50% das decisões judiciais tem por fundamento a atipicidade penal.

A dificuldade da subsunção do fato à norma reside, muitas vezes, na incompreensão dos conceitos de preconceito, discriminação, racismo e injúria qualificada pelo racismo. Preconceito é o juízo prévio que a pessoa tem sobre algo ou alguém. Ele, por si só, não é crime e todos podem assim se manifestar, desde que no limite da sua liberdade de manifestação e podendo ser responsabilizado acaso faça apologias contra determinada raça/etnia, fomentando a cultura do ódio.

Discriminação é a diferenciação de pessoas, tratamento diferenciado, que pode ser criminosa ou não a depender de seu motivo. Se a motivação é por preconceito, torna-se crime; se para garantir a equidade, é válida (tratamento desigual aos desiguais de modo a igualá-los, sendo o verdadeiro sentido do princípio da equidade/isonomia).

Racismo é a ofensa genérica em razão da raça/etnia; não serve a uma pessoa determinada, mas àquele grupo em geral. Injúria qualificada pelo racismo é a ofensa a um indivíduo em razão de sua condição.

Portanto, para que se tenha racismo, a ofensa deve vir exarada contra aquela raça/etnia. Sendo difícil tal comprovação, os aplicadores do direito preferem o enquadramento na injúria racial, residindo aqui, um dos maiores motivos para a absolvição, arquivamento ou rejeição da denúncia: a pessoa que foi injuriada deve se sentir ofendida. Por vezes, uma injúria racial não ofende aquele que foi alvo dela, mas atinge toda aquela comunidade; como também o contrário pode ocorrer: a ofensa é genérica, mas uma pessoa sente-se ofendida e decide dar início à persecução penal, sem êxito.



É o caso de Simone Diniz contra o Estado Brasileiro. O preconceito de cor externado no anúncio não se dirigiu apenas à pessoa de Simone, que se candidatou para o cargo de empregada doméstica, mas para todo e qualquer negro que se alistasse para a função. Ela, como mulher negra, sentiu-se ofendida e buscou a punição pelo crime de racismo, que não foi reconhecido internamente, necessitando de decisão internacional neste sentido, com a condenação do Brasil pelo não-reconhecimento da existência do delito e recomendações para minimizar as três causas apontadas como impeditivas de punição de crime, que fere a igualdade entre todos.

Andre de Carvalho Ramos (2015, p. 35) afirma que o Brasil se utiliza do “truque de ilusionista” para justificar que não viola os direitos humanos no caso em concreto porque entende que bem aplicou sua normativa interna, mesmo que em contradição com o tratado internacional ratificado. Sobre o tema, assim discorre:

Esse é o dilema do século XXI da atualidade brasileira, pois ao mesmo tempo em que há a plena adesão brasileira à internacionalização dos direitos humanos não temos o hábito de aplicar a interpretação internacionalista desses mesmos direitos.

Temos mantido, então, uma interpretação nacional, o que torna o regime jurídico de direitos humanos internacionais manco e incoerente: universal no texto, nacional na aplicação e interpretação de suas normas na vida cotidiana.

Essa dicotomia (universalismo na ratificação versus localismo na aplicação) representa o velho ‘truque de ilusionista’ do plano internacional: os Estados ratificam tratados, os descumprem cabalmente, mas alegam que os estão cumprindo. Aplicado o truque de ilusionista aos direitos humanos, veremos os Estados afirmarem que respeitam determinado direito, mesmo que sua interpretação seja peculiar e em cabal contradição com a interpretação dos órgãos internacionais de direitos humanos.

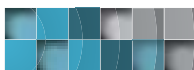
A discriminação da mulher e sua tripla violação de direitos, com discriminação pela cor, sexo e classe social

Thomas Nagel (2001, p. 81) questiona o conceito de justiça baseado nas desigualdades entre pessoas. Considera como injusta a desigualdade baseada na discriminação racial e sexual, entendendo serem estas impostas pela sociedade. Se a discriminação ou diferenciação entre as pessoas se dá por conta de seu talento natural, entende-a como justa, mas que, aliada à sua condição social (por nascer em família rica ou pobre), pode dar maiores ou menores chances de ascensão com esforço mínimo ou maior que o exigido para outros.

Mais do que isso, o filósofo propõe a discussão das causas da desigualdade e os métodos de interferência estatal para sua redução. Assim reflete (2001, p. 85/6):

Precisamos pensar tanto na desigualdade quanto na solução necessária para reduzi-la ou eliminá-la. Com relação à desigualdade, a principal pergunta é: que causas da desigualdade são erradas? Com relação à solução, a pergunta mais importante é: quais são os métodos certos para se interferir na desigualdade?

No caso da discriminação racial ou sexual deliberada, as respostas são fáceis. A causa das desigualdades é errada porque aquele que discrimina está fazendo algo errado. E a solução é simplesmente impedi-lo de fazer isso. Se um senhorio se recusa a alugar seu imóvel a negros, deve ser processado por isso.



Mas em outros casos as questões são mais difíceis. O problema é que as desigualdades que parecem erradas podem surgir de causas que não envolvem pessoas agindo errado. Parece injusto que alguém sofra desvantagens por razões das quais não tem culpa, como nascer mais pobre do que outro. Mas tais desigualdades existem porque algumas pessoas foram mais bem sucedidas que outras em ganhar dinheiro e, assim, deliberadamente excluí pessoas de certa raça das oportunidades de emprego, moradia e educação acessíveis a pessoas de outra raça. E as mulheres podem ser mantidas fora do mercado de trabalho, ou impedidas de desfrutar privilégios a que só os homens têm acesso. Aqui não se trata apenas de uma questão de má sorte. A discriminação racial e sexual é claramente injusta: é uma forma de desigualdade gerada por fatores que não deveriam interferir no bem-estar básico das pessoas. A equidade requer que tais oportunidades sejam abertas aos que têm qualificação, e, sem dúvida, é uma boa coisa quando os governos tentam impor essa igualdade de oportunidade.

Já sabemos que a discriminação pela cor é ilegítima e agora também temos que a discriminação pelo sexo também é assim considerada. Porém, mesmo diante de todas as ciências humanas que relevam não existir motivo para a desvalorização da pessoa em razão de ser mulher, ela existe, sendo clara e cristalina como é o preconceito de cor.

A mulher é diferente do homem no critério biológico, somente. Sob outros aspectos são exatamente iguais, podendo diferenciar-se com base em seus talentos naturais.

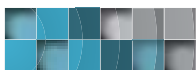
Ocorre que a sociedade impôs à mulher uma posição de submissão frente ao homem, dando margem ao preconceito em relação à sua capacidade, levando-se ao extremo da discriminação de sexo, simplesmente pelo fato de ser mulher.

Temos, pois, que a discriminação se dá nas relações de gênero, sendo conceituada por Maria Amelia de Almeida Teles e Monica de Melo (2002, p. 16) como sendo “desigualdades socioculturais entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados construídos historicamente, e criam polos de dominação e submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens e tornando-as dependentes.”

Já em relação às mulheres negras, a desvalorização é mais perversa, sendo-lhes atribuídos apenas dois papéis: “*trabalhadoras ou objetos sexuais*” (DESOUZA, 2000, p. 486). Nem direito a protagonistas de suas histórias têm. Não há no estudo da história do Brasil a citação de nenhuma mulher negra que lutou pela abolição e outros direitos. Diante desta injusta lacuna, a escritora Jarid Arraes²⁴ resolveu debruçar-se sobre o tema e transformou em cordéis a história de algumas dessas mulheres, como Dandara dos Palmares, esposa de Zumbi; Luisa Mahin, mãe do poeta Luís Gama; Tereza de Benguela, que chefiou o Quilombo Quaritetê, dentre outras. Impossível não transcrever o cordel de Aqaltune²⁵:

Aqaltune era africana/ Era princesa importante/ Rei do Congo era seu pai/
Homem mui preponderante/ E por isso era criada/ Como parte bem Reinante.
(...)

Na disputa dessa guerra/ O seu pai foi derrotado/ E vendidos como escravos/
Foi seu reino humilhado/ Mais de dez mil lutadores/ Também foram enjaulados. (...)



Parou num navio negreiro/ Que ao Brasil foi viajar/ Nos porões do sofrimento/ Muito teve que enfrentar/ Pois não era ele cruzado/ Que alguém fosse desejar. (...)

Foi vendida como escrava/ Chamada reprodutora/ Imagine o pesadelo/ Que função mais redutora/ Pois seria estuprada/ De escravos genitora.

Sua principal função/ Seria a de procriar/ Estuprada na rotina/ Muita dor pra suportar/ Imagine uma princesa/ Isso tudo enfrentar! (...)

Imagine quantos filhos/ Aquilune teve então/ Tudo fruto de estupro/ Fruto de violação/ E ainda eram tomados/ No meio dum sopetão.

Mas na vida de tortura/ Aquilune ouviu falar/ Sobre a pura resistência/ Dos escravos a lutar/ E ouviu sobre Palmares/ O que pode admirar (...)

Junto com outras pessoas/ Negras de muita coragem/ Aquilune fez a fuga/ Mesmo com toda voragem/ Foi parar em um quilombo/ E falou de sua linhagem. (...)

Mas a sua importância/ Muito mais se mostraria/ Não se sabe com certeza/ Mas pelo que se anuncia/ Aquilune teve um filho/ e Ganga Zumba ele seria.

Segundo essa tradição/ Foi avó doutro guerreiro/ De imensa relevância/ Para o negro brasileiro/ Era Zumbi dos Palmares/ Liderança por inteiro.

Aquilune, infelizmente/ Faleceu numa armação/ Planejada por paulistas/ Com fim de destruição/ Do quilombo de Palmares/ E de sua tradição. (...)

Eu só acho um absurdo/ Porque nunca ouvi falar/ Na escola ou na tevê/ Nunca vi ninguém contar/ A história de Aquilune/ E o que pode conquistar. (...)

A história do meu povo/ Nordestino negro forte/ É tão rica e importante/ É vitória sobre a morte/ Pois ainda do passado/ modificam nossa sorte.

Quando Penso em Aquilune/ Sinto esse encorajamento/ A vontade de enfrentar/ De mudar neste momento/ Tudo aquilo que é racismo/ E plantar conhecimento.

Essa discriminação contra a mulher não é velada. Seu salário é 30% inferior ao do homem²⁶; são subalternas em seus cargos, poucas chegando em posições de chefia²⁷.

O paradoxo está quando temos mais mulheres universitárias e como arrimo de família²⁸. Isso conduz ao que chamamos de dupla ou tripla jornada de trabalho da mulher brasileira (emprego, estudo e afazeres domésticos).

Para além disso, Pesquisa do IBGE – Estatísticas de gênero – Uma análise dos Resultados do Censo Demográfico 2010, dá conta que a mulher negra tem porcentagem menor de participação na educação (ensinos fundamental, médio e universitário), mas que, quando estudam, tem o maior índice de aproveitamento escolar em relação ao homem negro²⁹.

Da análise dos demais dados do censo, há a seguinte constatação pelos pesquisadores do IBGE (THORTON, 2014):

Os diferentes recortes utilizados para a análise da taxa de atividade mostram que, embora o crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho brasileiro tenha ocorrido de forma generalizada, seu ritmo foi distinto, ou seja, esteve condicionado as características específicas que permeiam cada recorte analisado. Nesse sentido, cabe destacar que a referida taxa entre as mulheres jovens e as de cor ou raça preta ou parda apresentam comportamento distinto do observado para os demais grupos investigados, o que é um dado importante, pois indica que estes segmentos devem ter



atenção especial nas políticas voltadas para a expansão da autonomia das mulheres.

Vê-se, pois, a tripla discriminação da mulher negra, pois a consequência lógica de sua discriminação pela cor e sexo é seu obstáculo de ascensão profissional, tornando-se, também, discriminada em razão de sua condição social.

Suas discriminações imerecidas levam à discriminação social. E aqui temos o que chamamos de minorias representativas ou qualitativas, já que em termos numéricos, o Brasil é composto por mais mulheres que homens e por mais negros (pretos e pardos) que brancos.

A mulher negra necessita de proteção especial do Estado, sendo necessárias políticas públicas e ações afirmativas para equilibrar seu papel na sociedade, dando-lhe condições de igualdade em relação aos demais brasileiros.

Porém, mesmo diante de todo este cenário de discriminação, o Brasil ainda não é capaz de discutir temas tão caros para a verdadeira igualdade de gênero e cor. É dever do Estado a inclusão do tema de gênero nas escolas³⁰, como também a história cultura afro-brasileira³¹, sem cumprimento pelo Poder Executivo.

A inclusão da temática da violência contra a mulher na redação do ENEM de 2015³² é alvo de protestos e até ameaças de anulação da prova por parlamentares³³. Há projeto de lei para impedir aborto proveniente de crime de estupro (Projeto de Lei nº 5069/2013) já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

Em relação ao acesso à saúde, especialmente da mulher negra, o Ministério da Saúde, ao lançar a campanha SUS Sem Racismo³⁴ em 25/11/2014, foi rechaçado em sua iniciativa, especialmente pela classe médica³⁵, sob a falaciosa argumentação de que não havia racismo no atendimento à mulher negra.

Esses são apenas alguns e poucos exemplos de como a discriminação à mulher negra se dá de forma sistemática e não velada, deixando-a sem qualquer garantia de exercício de seus direitos fundamentais básicos como dignidade, igualdade, saúde e educação.

Para Jose Murilo de Carvalho (2002, p. 229) a cidadania no Brasil está em construção, em ritmo de marcha lenta, o que gera “a incapacidade do sistema representativo de produzir resultados que impliquem a redução da desigualdade e o fim da divisão dos brasileiros em castas separadas pela educação, pela renda, pela cor.” E ainda conclui:

José Bonifácio afirmou, em representação enviada à Assembleia Constituinte de 1823, que a escravidão era um câncer que corroía nossa vida cívica e impedia a construção da nação. A desigualdade é a escravidão de hoje, o novo câncer que impede a constituição de uma sociedade democrática. A escravidão foi abolida 65 anos após a advertência de José Bonifácio.

Falta de proteção judicial e inexistência de recurso efetivo/eficaz para a vítima: Uma proposição para a garantia de acesso à justiça brasileira

Finalizando o eixo da discriminação em razão da cor e do sexo, explicitando suas causas e consequências, precisamos, para além disso, pensar em medidas que viabilizem não só a



diminuição das desigualdades, como também a punição efetiva, seja na esfera cível ou criminal, dos agressores de determinado grupo vulnerável ou minorias sem representação qualitativa.

A proposição que se busca apresentar visa garantir à vítima de violação de direitos humanos o acesso à justiça nacional quando o inquérito policial para apuração do crime for arquivado por decisão judicial.

Neste ponto não queremos impedir o acesso à jurisdição internacional, mas criar um paradigma de interpretação internacional dos tratados de direitos humanos, com aplicação imediata ao direito interno.

Como na legislação penal brasileira não há previsão de recurso do arquivamento do inquérito policial, cabe à vítima, sentindo-se lesada, levar às instâncias internacionais sua denúncia para a garantia de seu direito de acesso à justiça e sua resposta efetiva. Mesmo que haja essa possibilidade, com condenação internacional e seus constrangimentos reflexos, nada muda quanto à responsabilização penal do violador/agressor.

Pensando nisso, proponho que a vítima possa impugnar a decisão judicial de arquivamento através de impetração de mandado de segurança. Vejamos.

Cediço o conhecimento de que não existe no ordenamento jurídico brasileiro a previsão legal de recurso que ataque decisão que determina o arquivamento das peças que dariam início à persecução penal. Tal omissão legislativa é confirmada pela jurisprudência uníssona³⁶.

No entanto, em que pese a inexistência de recurso adequado e a única hipótese de desarquivamento ser aquela prevista pela Súmula 524 do Supremo Tribunal Federal³⁷, a possibilidade da impetração de mandado de segurança será a melhor medida diante da situação concreta que ora se apresenta.

Nosso Constituinte Originário entendeu por bem, por meio do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, fixar a ideia de que todos têm acesso à Justiça, não apenas para a tutela à lesão de direito, mas também em caráter preventivo. Assim, o mencionado artigo, em termos doutrinários, traz o Princípio da Inafastabilidade (ou controle jurisdicional) que, de forma bem sucinta, nos ensina Candido Rangel Dinamarco (2009, p. 157):

O princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (Art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. (...) Nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, excusar-se de proferir decisão.

Tratando-se, pois, de decisão irrecorrível, cabível o mandado de segurança, nos termos do artigo 5º da Lei nº 12.016/2009, que regulamenta tal remédio constitucional. Neste sentido temos também a Súmula nº 267 do Supremo Tribunal Federal, que diz que “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Neste contexto de impossibilidade de recurso contra a decisão de arquivamento de inquérito policial, vale resgatar a historicidade do processo penal brasileiro. A ação penal pública é de competência privativa do Ministério Público, nos termos do artigo 129, I da Constituição da República e artigos 24 e 257, I do Código de Processo Penal. Se o próprio



titular da ação penal entende pela desnecessidade de sua propositura, não haveria razão lógica para previsão de recurso contrário ao arquivamento do inquérito policial.

Este era o pensamento do direito processual clássico³⁸, que não levava em consideração a vontade da vítima direta do crime (ofendido *strictu sensu*). Tourinho Filho (2001, p.253) entendia, inclusive, que a vítima somente pretendia a indenização civil ao ser assistente na ação penal.

Contemporaneamente, a doutrina adjetiva penal vem dando destaque à vítima e seu papel na ação penal. Ela sai do enfoque de instrumento de prova (colaboradora) para sujeito de direitos, tendo, inclusive, direito à informação de atos processuais e direito ao acesso à justiça penal.

Vale a pena transcrevermos os questionamentos trazidos por Flaviane Magalhães Barros (2008, p. 93), que bem demonstram a preocupação com os direitos fundamentais da vítima:

A análise dos institutos de controle e colaboração da vítima no processo de iniciativa pública em face das disposições do Código de Processo Penal e da posição da doutrina brasileira denota a pouca preocupação com a **garantia dos direitos fundamentais à vítima e nos faz proceder a alguns questionamentos:**

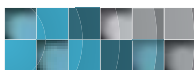
A assistência, nos moldes acima relatados, possui relevância para a vítima? Se formos verificar na praxis forense, raros são os processos com habilitação de assistentes, verificando-se normalmente quando a vítima possui elevado nível social e, portanto, recursos financeiros para custear a assistência ou nos casos em que o crime causou grande comoção social, demonstrando a pouca utilização do instituto no processo penal brasileiro. **A garantia da assistência judiciária por intermédio da Defensoria Pública mostra-se difícil**, haja vista a grande demanda para que esta atue como defensora dos acusados sem defensor constituído, a fim de garantir a defesa técnica obrigatória decorrente do devido processo legal.

A assistência garante a participação da vítima? Somente de forma restrita, como acima analisado, o que pode trazer maior sofrimento à vítima ou, mesmo, **um sentimento de inconformismo e impotência frente à dinâmica do processo jurisdicional.**

Como a vítima deve proceder para habilitar-se como assistente se ela não é intimada do recebimento da denúncia? Muitas vezes, a vítima somente toma conhecimento do processo quando é intimada a prestar declarações, como determina o art. 201 do Código de Processo Penal, momento em que já transcorreu a possibilidade de propor prova testemunhal, de atuar no interrogatório do réu. Como a vítima que não teve interesse em se habilitar como assistente poderá interpor recursos nas hipóteses admitidas por lei se não é intimada da decisão?

Como pode a vítima demonstrar seu inconformismo quanto ao arquivamento do inquérito determinado pelo juiz a pedido do Ministério Público se não é intimada nesta decisão e não possui qualquer meio processual para se insurgir contra a decisão? (Grifos nossos)

Mostra-se, portanto, cabível o mandado de segurança não só pela inexistência de recurso expressamente previsto, como também por se encaixar em hipótese de decisão ilegal/abusiva³⁹.



Na esfera internacional tais direitos das vítimas já são garantidos pela ONU, através da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder⁴⁰. Vejamos o que determina a Declaração em relação ao acesso à justiça:

(...) Acesso à justiça e tratamento equitativo

4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciais e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional.

5. Há que criar e, se necessário, reforçar mecanismos judiciais e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou oficiosos, que sejam rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas dos direitos que lhes são reconhecidos para procurar a obtenção de reparação por estes meios.

6. A capacidade do aparelho judicial e administrativo para responder às necessidades das vítimas deve ser melhorada:

a) **Informando as vítimas da sua função e das possibilidades de recurso abertas, das datas e da marcha dos processos e da decisão das suas causas, especialmente quando se trate de crimes graves e quando tenham pedido essas informações;**

b) **Permitindo que as opiniões e as preocupações das vítimas sejam apresentadas e examinadas nas fases adequadas do processo, quando os seus interesses pessoais estejam em causa, sem prejuízo dos direitos da defesa e no quadro do sistema de justiça penal do país;**

c) **Prestando às vítimas a assistência adequada ao longo de todo o processo;**

d) Tomando medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, bem como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias;

e) Evitando demoras desnecessárias na resolução das causas e na execução das decisões ou sentenças que concedam indenização às vítimas. (grifos nossos)

Na visão de Barros (2008, p. 192, 201 e 205), “fica flagrante a sobrevivitização decorrente do processo penal, que não garante a plena satisfação da vítima no processo, não lhe garantindo nem mesmo o direito à informação.”

Conclui a doutrinadora, especificamente sobre a insurgência da vítima ao arquivamento de inquérito policial:

Mas falta ainda a definição de uma forma de controle da ação do Ministério Público no que tange ao pedido de arquivamento do inquérito policial, que é submetido a controle do juiz, sem, contudo, analisar a posição da vítima do referido ato. Cremos que este controle é necessário, tendo em vista que o inquérito ou outras peças de informação pode ser insuficientes para o oferecimento da denúncia, e a vítima poderá demonstrar fundamentos fáticos para o início do processo, fazendo assim objeção consistente ao pedido de arquivamento.

(...)

Pois é possível, mediante uma interpretação constitucionalmente adequada, garantir à vítima, com base do direito de petição assegurado no art. 5º, XXXIV, da Constituição da República.



(...) Portanto, a vítima é sujeito de direito no processo penal, devendo ser compreendida como parte contraditória, pois é afetada pelo provimento jurisdicional em razão de seus direitos constitucionalmente garantidos, seja o direito à reparação do dano decorrente do ilícito penal, seja em virtude de suas garantias processuais advindas do princípio do devido processo legal que determina a reconstrução fática do fato delituoso.

Por fim, ainda sobre a possibilidade de impetração de mandado de segurança em face de arquivamento do inquérito policial, interessante trazer à baila o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴¹, que concedeu o *mandamus*. Vejamos:

Logo, na hipótese vertente, arquivado o inquérito policial (e-STJ fl. 59) a pedido do representante do Ministério Público (e-STJ fls. 55/58), com base na perspectiva virtual e, inexistindo recurso contra referida decisão, **à vítima restava somente o mandamus para proteção de seu direito líquido e certo ao devido processo legal.**

Podemos, pois, tomar este julgado por analogia⁴² para aplicação nos arquivamentos de inquérito policial em casos que envolvam crimes de racismo. A decisão acima bem contempla os direitos humanos fundamentais da vítima, garantindo-se uma interpretação sistemática e constitucional de seus direitos num Estado Democrático de Direito, em consonância com os novos entendimentos doutrinários e com o direito internacional.

Com a possibilidade de impetração do mandado de segurança, garante-se à vítima a efetiva participação no processo penal, através de uma visão democrática e constitucional das normas jurídicas brasileiras, além do embasamento internacional dado com a Declaração da ONU Dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder.

Andre de Carvalho Ramos (2015, p. 36) almeja a utilização das normas de direito internacional no âmbito nacional, afirmando que deve ser iniciada “*uma fertilização cruzada entre os tribunais internos e os tribunais internacionais*”, com a verdadeira aplicação da “*interpretação internacionalista dos direitos*”, garantindo-se, efetivamente, a responsabilização civil e penal dos violadores de direitos humanos no Brasil.

Referências bibliográficas

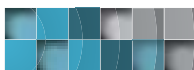
ARRAES, Jarid. **Aqaltune**, Coleção Cordéis Biográficos. edição e impressão da Autora

_____. **Carolina Maria de Jesus**, Coleção Cordéis Biográficos. Edição e Impressão da Autora

_____. **Dandara dos Palmares**, Coleção Cordéis Biográficos. Edição e Impressão da Autora

_____. **Luisa Mahin**, Coleção Cordéis Biográficos. Edição e Impressão da Autora

_____. **Tereza de Benguela**, Coleção Cordéis Biográficos. Edição e Impressão da Autora



_____. **Tia Simoa**, Coleção Cordéis Biográficos. Edição e Impressão da Autora

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas – Um estudo sobre os preconceitos**, Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002

CHIAVENATO, Júlio José. **O negro no Brasil: da senzala à guerra do Paraguai**, São Paulo: Ed. Brasiliense, 1980

DESOUZA, Eros/ BALDWIN, John R./ ROSA, Francisco Heitor da. **A construção social dos papéis sexuais femininos**. Psicologia Reflexão e Crítica, Porto Alegre, v. 13, nº 3, 2000, p. 485-496

DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Ed. Malheiros, 2009

FERNANDES, Scarance Antonio.; GRINOVER, e GOMES FILHO. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998

GIORDANI, Anney Tojeiro. **Violências contra a Mulher**. São Paulo: Yendis Editora, 2006

GOES, Fernanda Lira. e SILVA, Tatiana Dias. **O Regime Internacional de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial – Texto para Discussão 1882**, Rio de Janeiro: IPEA, 2013

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos Humanos das Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013

IBGE, **Estatísticas de gênero: uma análise dos resultados do censo demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/biblioteca-catalogo?id=288941&view=detalhes> Acesso em 22/10/2015)

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1994



LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal – Introdução Crítica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. SANTOS, Natalia Neris da Silva. FERREIRA, Carolina Cutrupi. **Legislação Antirracista Punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelo Tribunais de Justiça Brasileiros**. Artigo publicado na Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 2, n. 1, janeiro/2015, p. 60-92

NAGEL, Thomas. **Uma Breve Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2001

PETRUCCELLI, José Luis. e SABOIA, Ana Lucia. **Características Étnico-Raciais da População. Classificações e Identidades**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013

RAMOS, Andre de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo, Editora Saraiva, 4ª edição, 2015

SANTOS, Luislinda Dias de Valois. **O Negro no Século XXI**. Curitiba: Ed. Juruá, 1ª edição (2009), 2ª reimpressão (2014)

TELES, Maria Amelia de Almeida; MELO, Monica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo, Editora Brasiliense, 2002

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 23ª ed. rev. e atualizada, 2001

Notas

¹ Primeira juíza negra do Brasil (1984). Para saber mais de sua história, consulte: <http://arquivo.geledes.org.br/em-debate/colunistas/1746-e-sempre-o-negro-o-delinquente> (acessado em 22/10/2015)

² Leia a íntegra em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>

³ “Art. 20. *Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.*”

⁴ Não há previsão de recurso contra arquivamento de inquérito policial na legislação brasileira.

⁵ Decreto do Executivo nº 65.810/1969, de 08/12/1969

⁶ Decreto Presidencial nº 678/1992, de 06/11/1992

⁷ Alegou, em síntese, que não havia provas da violação de direitos humanos e das convenções internacionais citadas pelos petionários, entendendo pela não aplicação do princípio *pro homine* por entender ter havido o devido processo legal, com oitiva das partes, parecer do Ministério Público e arquivamento por decisão judicial. (vide item III, B, do Relatório nº 66/06, disponível em: <http://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>, acessado em 20/07/2015)

⁸ Para John Locke, “*a escravidão é um estado de guerra contínuo*”. “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, Ed. Vozes, 1994

⁹ Veja o discurso feito por Juracy Magalhães, à época Ministro das Relações Exteriores do Brasil, na Assembleia Geral da ONU quando da assinatura da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial citado por Fernanda Lira Goes e Tatiana Dias Silva, na



publicação “O Regime Internacional de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial – Texto para Discussão 1882”, Rio de Janeiro: IPEA, 2013, p. 26/7 *apud* SILVA, Silvio José Albuquerque. “Combate ao Racismo”, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008 em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2007/1/TD_1882.pdf, acessado em 19/10/2015

¹⁰ <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/nilo-pecanha>, acessado em 22/10/2015

¹¹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=JoaquimBarbosaPrincipal>, acessado em 22/10/2015

¹² Rafael Guerreiro Osorio, em seu artigo “A classificação de cor ou raça do IBGE revisitada” traz interessante histórico da autodeclaração de raça negra ou parda, sendo ínfima nas primeiras pesquisas do instituto, aumentando consideravelmente por conta da adoção do critério de cor utilizado pelo IBGE para ações afirmativas e política de cotas raciais e sociais. Refere que no passado a declaração de raça estava umbilicalmente ligada à sua condição socioeconômica, sendo motivo de vergonha e, conseqüentemente, negação de sua cor. In PETRUCCELLI, José Luis. e SABOIA, Ana Lucia. “Características Étnico-Raciais da População. Classificações e Identidades”, Rio de Janeiro: IBGE, 2013, p. 87 a 100

¹³ http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2013/sintese_defaultxls.sh, acessado em 22/10/2015

¹⁴ Dados do InfoPen de junho de 2015, segundo Ministério da Justiça. Estatística completa em: <http://infopen.gov.br/>, acessado em 19/10/2015

¹⁵ Chiavenato cita em seu livro “O negro no Brasil: da senzala à guerra do Paraguai”: “*simples mercadoria, os negros eram vendidos por metro e tonelada. A própria forma como se comercializam os negros africanos era reflexo de sua desumanização. (...) Eram examinados como animais: apalpadados, dedos enfiando-se pelas bocas, procurando os dentes para adivinhar a idade ou conferir se o vendedor não mentia.*” (p. 123 e 127)

¹⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, set. 2003, Séria A, n.º 18

¹⁷ *Ressalta-se, contudo, que tal afirmação não significa que os mencionados critérios (razoabilidade, legitimidade, proporcionalidade, e adequação) não tenham se desenvolvido pelos doutrinadores de outros ramos do Direito. No entanto, a partir da consagração universal desses critérios, é possível aplicar uma interpretação uniforme a respeito dos mesmos (nota de Isabel Machado).*

¹⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n.º 18/03: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, voto concorrente do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, set. 2003, par. 88. (Nota de Isabel Machado)

¹⁹ Em homenagem ao deputado autor do projeto

²⁰ GOES, Fernanda Lira. e SILVA, Tatiana Dias. “O Regime Internacional de Combate ao Racismo e à Discriminação Racial – Texto para Discussão 1882”, Rio de Janeiro: IPEA, 2013, p. 23/4

²¹ “Art. 5º. (...) XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

²² “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

(...)§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.”

²³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. SANTOS, Natalia Neris da Silva. FERREIRA, Carolina Cutrupi. “*Legislação Antirracista Punitiva no Brasil: uma aproximação à aplicação do direito pelo Tribunais de Justiça Brasileiros*”, Artigo publicado na Revista de Estudos Empíricos em Direito, vol. 2, n. 1, janeiro/2015, p. 77/80

²⁴ Para saber mais sobre a escritora, seus cordéis e livros, acesse sua página na internet: <http://jaridarraes.com/>

²⁵ ARRAES, Jarid. “Aqualtune”. Coleção Cordéis Biográficos. Edição e Impressão da Autora



²⁶ <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/homens-recebem-salarios-30-maiores-que-as-mulheres-no-brasil/>, acessado em 17/10/2015

²⁷ De acordo com a pesquisa da consultoria de negócios Grant Thornton realizada em 2014, somente 22% dos cargos de direção são ocupados por mulheres. Veja em <http://www.latamwill.org/mulheres-sao-minoria-em-altos-cargos-de-chefia-desequilibrio-entre-horas-dedicadas-ao-trabalho-e-familia-e-um-dos-empecilhos-para-presenca-feminina-nesses-postos-empresas-podem-oferecer-medid/>, acessado em 17/10/2015

²⁸ <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv88941.pdf>, p. 106/7, acesso em 20/07/2015

²⁹ Pesquisa acima, p. 101/2

³⁰ Lei nº 11.340/2006, art. 8º, IX

³¹ Lei nº 10.639/2003

³² http://portal.mec.gov.br/component/content/index.php?option=com_content&view=article&id=31591:e-studantes-tem-de-escrever-sobre-a-violencia-contra-a-mulher-na-sociedade-brasileira&catid=418, acessado em 25/10/2015

³³ <http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2015-10-25/enem-bolsonaro-e-feliciano-dizem-que-abordar-feminismo-e-doutrina-ideologica.html>, acessado em 27/10/2015

³⁴ Veja vídeo em <https://www.youtube.com/watch?v=DuzA6dLPnmE>

³⁵ Veja Nota do Conselho Federal de Medicina de 27/11/2014 em : http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25221:cfm-repudia-campanha-do-governo-sobre-o-racismo&catid=3, acessado em 17/07/2015

³⁶ Veja em STF: HC 74276 e HC 67502.

³⁷ “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”

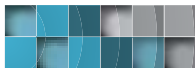
³⁸ Pela doutrina clássica, a vítima somente é “colaboradora do órgão de acusação” quando ingressa como seu “assistente”. Vide: FERNANDES, Scarance Antonio. “O papel da Vítima no Processo Criminal”. São Paulo, Ed. Malheiros, 1995; e GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO. “As Nulidades no Processo Penal”. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

³⁹ Nesta parte, cumpre-se o requisito de decisão teratológica abusiva ou ilegal para o cabimento de mandado de segurança, exigido pelo STJ no julgamento do AgRG no MS 18.995/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16/09/2013

⁴⁰ Aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em sua 96ª Sessão Ordinária, de 29/11/1985, acessado em 31/08/2015. Vide: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>

⁴¹ STJ, ROC em MS nº 44.425- RS, RI. Jorge Mussi, Dt 27/05/2014, 2013/0395188-6

⁴² LICC. “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”



A discriminação nos casos de relação de emprego

Discrimination in cases of employment relationship

Marco Christiano Chibebe Waller

Defensor Público da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

mcwaller@defensoria.sp.def.br

Resumo

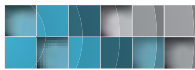
O estudo aqui trazido trará uma análise em como a sociedade ainda traz um ranço da época escravocrata, analisando a evolução - ou não - das relações humanas com relação ao preconceito, seja de cor, raça, religião, dentre inúmeras outras. Essa análise contará com um breve histórico do avanço legislativo internacional e nacional sobre essa matéria, além de quais efeitos práticos esse avanço causou na sociedade. Será discutido até que ponto a iniciativa privada poderá o particular selecionar seus funcionários de acordo com a cor, raça ou religião. Trata-se também de uma discussão sobre a possibilidade de ponderação de princípios quando envolvida a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Discriminação. Relações de Emprego. Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract

The study here will bring an analysis of how society still brings a stalemate of the slave era, analyzing the evolution - or not - of human relations in relation to prejudice, be it color, race, religion, among countless others. This analysis will have a brief history of the international and national legislative progress on this matter, in addition to what practical effects this advance has caused in society. It will be discussed to what extent the private initiative may the individual select his employees according to color, race or religion. It is also a discussion about the possibility of pondering principles when involving the dignity of the human person.

Key words: *Discrimination. Employment Relationships. Dignity of human person.*



Introdução

Trata-se aqui de um trabalho baseado no caso discutido na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o caso Simone André Diniz vs. Brasil.

Primeiramente, expõe-se o caso acima referido, ponto de início de nosso trabalho e discussão, trazendo como o Estado brasileiro se comportou no caso e quais evoluções ocorreram até o presente momento.

O caso diz respeito à senhora Simone André Diniz, brasileira, de cor negra, que na ocasião procurava emprego. No dia 02 de março de 1997, a Senhora Aparecida Gisele Mota da Silva publicou na seção de Classificados do jornal A Folha de São Paulo o seguinte anúncio: “doméstica. Lar. p/ morar no empr. c/ exp. Toda rotina, cuidar de crianças, c/ docum. E ref.; Pref. Branca, s/ filhos, solteira, maior de 21^a. Gisele.”

Interessada no emprego, a Sra. Simone entrou em contato pelo número de telefone informado no anúncio, sendo atendida por uma colega de trabalho da ofertante, tendo a colega indagado à interessada qual a cor de sua pele. Ao afirmar que era de cor negra, Simone, de plano, foi informada que não preenchia os requisitos para o cargo.

Por sentir-se discriminada, a Sra. Simone lavrou Boletim de Ocorrência na Delegacia de Investigações de Crimes Raciais. Em sede de Inquérito Policial, tanto a ofertante do emprego, como seu marido, confirmou os fatos, afirmando que desejariam contratar apenas pessoas de cor branca.

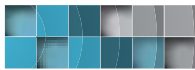
O Ministério Público, após receber o relatório do Sr. Delegado de Polícia, opinou pelo arquivamento do feito, tendo entendimento de que havia falta de base para oferecimento de denúncia. O arquivamento foi acolhido pelo Juiz do Departamento de Inquéritos Policiais, sendo o feito arquivado.

No dia 07 e 10 de outubro de 1997, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), a Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) e o Instituto do Negro Padre Batista, levaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos com uma petição direcionada contra a República Federativa do Brasil, em razão de violação às normas internacionais de proteção de Direitos Humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

A petição apresentada pelos peticionários alegava que o Brasil não garantiu o pleno exercício do direito à justiça e ao devido processo legal, não tendo dado condições de apurar a discriminação racial sofrida pela Sra. Simone André Diniz, não respeitando a garantia de exercício de direitos que constam na Convenção Americana.

O Estado brasileiro, por sua vez, em defesa, alegou que o Poder Judiciário já teria dado sentença definitiva sobre o assunto, uma vez que o caso não apresentava qualquer violação aos direitos humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o Estado brasileiro foi responsável pela violação ao direito à igualdade perante a lei, à proteção judicial e às garantias



judiciais consagradas respectivamente nos artigos 24, 8 e 25 da Convenção Americana. Por fim, a CIDH apresentou recomendações pertinentes ao Brasil.¹

Convenções e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil

Os Direitos Humanos estão - e assim deve acontecer - em constante evolução, tendo a cada dia uma incorporação de novos direitos aos indivíduos. Ponto importante para tal evolução é vedação ao retrocesso social, princípio esse que, segundo ensinamentos de Pedro Lenza (Cf. LENZA, 2012) significa o seguinte: “uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado, consagrando aquilo que a doutrina francesa chamou de ‘effet cliquet’.”

Por esse motivo, as normas de proteção ao direito à igualdade foram aumentando com o passar dos anos. Há que se deixar claro que normas de proteção à igualdade já existiam antes da Declaração Universal de Direitos Humanos, contudo, após a Segunda Guerra Mundial, a criação da ONU, com a consequente Declaração, foi responsável por um novo rumo para proteção de direitos fundamentais.

No ano de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo tal documento a missão de enviar um recado aos Estados para que houvesse uma luta universal contra a discriminação, defendendo a igualdade e dignidade de todas as pessoas do planeta, conforme consta em seu artigo VII “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”²

Nessa mesma linha, foi determinada a proteção do indivíduo contra a discriminação no Pacto Internacional de sobre Direitos Civil e Políticos.

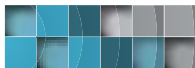
No âmbito de proteção ao trabalhador, em 1958, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) dispôs pela proteção e combate à discriminação no ambiente de trabalho, tendo tal documento sido ratificado pelo Brasil no ano de 1965.

Já no ano de 1963, a ONU instituiu a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, tendo o Brasil ratificado tal documento em 1968.

Os Estados das Américas, no entanto, deviam contar com um documento com maior efetividade, isso porque os Estados americanos foram os maiores destinatários da escravidão do povo de cor negra exercida no mundo, sendo o Brasil o último país do mundo a abolir a escravidão, somente tendo sido feito em razão de uma pressão de outros países.

Assim, em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos previu, da mesma forma da Declaração da ONU, a proteção ao ser humano de toda e qualquer forma de discriminação, dando direito a todos, inclusive o direito de exercer todos seus direitos.

Infelizmente, com décadas de atraso, a Organização dos Estados Americanos aprovou somente em 2013, após 10 anos de discussões, por meio de sua Assembleia Geral, os textos da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância, além da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância.



A Convenção contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância foi o primeiro documento internacional juridicamente vinculante que traz formas de condenação em razão de discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero.

Com tais convenções, o conceito de atos discriminatórios foi bastante abrangente, sendo descrito de forma categórica procedimentos e ou atos que possam caracterizar uma discriminação. A Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância traz em seu artigo 5º uma determinação a todos os Estados partes para que adotem políticas especiais ou ações afirmativas para garantir o gozo a direitos e liberdades fundamentais. O documento também traz mecanismos de procedimentos dentro do Sistema Interamericano para denunciar Estados membros pelas violações feitas pelos países.

As convenções trouxeram um novo mecanismo de monitoramento, sendo o Comitê Interamericano para Eliminação do Racismo, Discriminação Racial e Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, comitê esse que tem o objetivo de acompanhar a implementação das convenções.

Apesar das Convenções Americanas acima expostas serem de extrema importância para o fortalecimento do combate à discriminação, além de trazer determinações aos Estados para que se tenha incentivo ao combate à discriminação, a sociedade, com a inércia dos governantes, ainda não traz elementos importantes para a consolidação de tais determinações.

Avanços Legislativos

A Constituição Federal de 1988 teve o intuito de trazer inúmeras garantias e deixar expressa a igualdade entre as pessoas, onde todas têm seus direitos e devem ter a possibilidade de exercê-los sem qualquer oposição.

O artigo 5º da Carta Magna traz o princípio da igualdade, igualdade esta não apenas em seu aspecto formal, mas também uma igualdade substancial, levando em consideração que o Brasil adotou a ideologia de um Estado Social ativo, ao qual cabe ao Poder Público ser um efetivador de direitos humanos, devendo, inclusive, dar oportunidade a todos, independentemente de cor, raça, gênero, religião, classe social ou qualquer outra diferença existente entre as pessoas.

Levando em consideração que cabe primeiramente ao Estado ser o pacificador social e o grande operador para eliminação de desigualdades, gerando a todos as mesmas oportunidades, houve alguns avanços legislativos, conforme será demonstrado.

Em 13 de abril de 1995, o Senhor Presidente da República do Brasil, na época, Fernando Henrique Cardoso, sancionou a Lei 9.029 de 1995, a qual proibia a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência de relação jurídica de trabalho.

Tal lei teve como intuito disciplinar os casos em que envolviam discriminação na contratação de pessoas para trabalho. Logo no artigo 1º há a seguinte disposição:



Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.³

Em 20 de julho de 2010, foi sancionado o Estatuto da Igualdade Racial, lei essa que alterou dispositivos na Lei 9.025/1995, e trouxe um viés voltado a garantir à população negra o exercício de seus direitos.

O artigo 38 e seguintes do referido Estatuto tratam especialmente das relações de trabalho, dando um comando ao Estado para que implemente políticas voltadas para a inclusão da população negra no mercado de trabalho.

No artigo citado, há referências expressas às Convenções e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para redução da discriminação e desigualdade.

Em que pese a atuação legislativa para coibir as práticas discriminatórias, verifica-se que a evolução desde 1995 não são relevantes, muito porque a apuração e punição de tais atos não eram fortes a ponto de trazer uma preocupação para aqueles que discriminavam.

Trata-se aqui de mais uma legislação simbólica. Seguindo entendimento de Pedro Lenza (CF. LENZA, 2012), legislação simbólica tem o seguinte significado:

O legislador assume uma posição em relação a determinados conflitos sociais e, ao consagrar um certo posicionamento, para o grupo que tem a sua posição amparada na lei, essa **vitória legislativa** se caracteriza como verdadeira superioridade da concepção valorativa, **sendo secundária a eficácia normativa da lei**. Assim, o grupo prestigiado procura influenciar a atividade legiferante, fazendo prevalecer os seus valores contra os do grupo 'adversário'.

Não há dúvidas que nos dias atuais as leis voltadas ao combate à discriminação não têm a efetividade prevista, faltando ao Executivo e ao Judiciário a aplicação de tais leis e convenções, seja com a realização de políticas públicas, seja pela apuração e condenação pelo Judiciário de atos discriminatórios.

No entanto, cabe aqui ressaltar que as políticas de cotas raciais vêm sendo ampliada no âmbito de concursos públicos. A intenção é clara, é tentar sensibilizar as instituições que atuam no Poder Executivo e no Poder Judiciário com membros de cor negra, para que essa enorme população seja também representada nesses Poderes. Cabe, no entanto, uma explicação, a representação nesses Poderes não deve ser feita para que haja uma super proteção, mas sim para que tais órgãos tenham também a consciência e a experiência daqueles que vêm sendo as vítimas de tais atos, trazendo sua vivência.

Da Aplicação das Normas nas Relações Privadas

Muitos têm o entendimento de que cabe ao Estado ser o incentivador e responsável no combate à discriminação, sendo apenas o Poder Público o alvo, o indicado nas leis e convenções para combater tais atos. Outros tantos também colocam que somente o Estado pode ser violador



de tais normas, já que nas relações privadas não há o compromisso de trazer práticas de incentivos ou mesmo de respeitar as determinações das leis e convenções aqui trazidas.

Porém, conforme será demonstrado, trata-se de um grande erro, já que tais comandos são determinados aos Estados e também para toda a sociedade, inclusive em suas relações privadas.

Por esse motivo, não cabe ao empregador trazer discriminações, seja na contratação, seja na execução do trabalho, com a justificativa de que trata-se de uma iniciativa privada e que nela há possibilidade de contratação e determinações do serviço como o empregador bem entender.

Primeiramente, cabe lembrar a determinação do artigo 5º de nossa Carta Magna, em inúmeros incisos, sobre a igualdade de pessoas, igualdade inclusive nas oportunidades.

Não é por acaso que o §1º do supracitado artigo dispõe que as normas sobre direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata. Como ensina José Afonso da Silva (Cf. SILVA, 2007), tais normas são:

dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação.

Dessa forma, as normas de direitos e garantias individuais devem ser aplicadas em sua máxima possibilidade, devendo, inclusive, o Estado trazer condições para aumentar o âmbito dessa possibilidade.

Portanto, estando diante de tais normas, como a aplicação do princípio da igualdade, não haveria qualquer necessidade do Poder Público ainda trazer qualquer regulamentação, devendo ser respeitada de imediato.

Como já explicitado, tais normas não têm um direcionamento apenas voltado para a relação Estado – particular, mas também nas relações entre particular – particular, é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou também chamada de eficácia privada ou externa dos direitos fundamentais.

No caso da relação de trabalho há princípios da Constituição Federal em confronto, o princípio da autonomia da vontade (art. 1º, IV) e livre iniciativa (art. 170, *caput*) com o da igualdade e a máxima efetividade dos direitos fundamentais, deverá ser utilizada a ponderação de interesses, onde na análise do conflito entre princípios, deverá haver uma cessão de um em relação ao outro, ocasião em que o princípio que cederá tem peso menor do que aquele que prevaleceu, conforme ensinamentos de Robert Alexy (Cf. ALEXY, 2011).

No entanto, com relação à discriminação, seja racial, identidade de gênero, raça, religiosa, dentre outros, a ponderação de interesses não tem como ter como resultado a preponderância dos princípios da autonomia da vontade e da livre iniciativa, já que está diante de ato criminal, que infringe diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, valor máximo de nossa República.



Nesse sentido, Flávia Piovesan (Cf. PIOVESAN, 2000) sobre a dignidade da pessoa humana:

(...) está irigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Esse também é o entendimento do guardião de nossa Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento cujo relatório foi o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello⁴:

(...)o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º,III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...).

Assim, chega-se a conclusão de que quando houver conflito que envolva o princípio da dignidade da pessoa humana e outro princípio – mesmo que com *status* constitucional – o valor supremo de nossa Constituição deve prevalecer, já que ele é o princípio dos princípios da República.

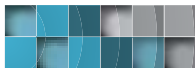
Caso análogo ocorreu nos Estados Unidos da América, em julgamento histórico, a Suprema Corte deu ganho de causa – com votação de 8 a 1 - a uma americana muçulmana que não havia sido contratada pela empresa de roupas *Abercrombie & Fitch*, no estado de Oklahoma, porque ela estaria vestindo um véu preto (chamado de *hijab*), vestimenta de costume de sua religião. Segundo a empresa, o acessório religioso não combinava com a “política de vestimenta” da companhia.

No caso americano, a Suprema Corte daquele país entendeu que a empregadora havia cometido discriminação, devendo, o empregador respeitar a identidade religiosa, em respeito aos direitos civil e políticos da pessoa, devendo a companhia estabelecer mecanismos para adequar sua política de trabalho a casos análogos a esse.⁵

Considerações Finais

Dessa forma, levando em consideração o apresentado no presente trabalho, verifica-se no caso levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, houve claro erro do Estado brasileiro em não apurar e arquivar o caso de discriminação sofrido, apesar de os próprios causadores de tal abominável prática terem confessado em sede de inquérito policial.

Fica claro que os organismos internacionais vêm tentando há décadas que os Estados façam políticas de combate à discriminação, bem como de incentivo à participação de todos os grupos na sociedade. Quanto ao Brasil, em que pese algumas festejadas legislações no mesmo sentido, verifica-se que há excessivos casos de discriminação, seja realizado pelo próprio Poder Público, seja realizado pelos próprios integrantes da sociedade, sociedade esta que continua – infelizmente – com uma postura extremamente egoísta e ignorante quando o assunto é respeitar



e dar oportunidade para aqueles com algum traço ou pensamento diferente do que o que predomina nas mais altas castas.

Porém, instrumentos jurídicos e políticos já existem para que haja uma conscientização da população, seja pela criação de mais ações afirmativas, como a de cotas para pessoas da cor negra e indígenas, seja levando ao Poder Judiciário os fatos de discriminação, devendo haver um julgamento sem preconceito, com a utilização de ponderação de princípios, levando-se sempre em consideração que a dignidade da pessoa humana é o valor máximo previsto em nosso ordenamento jurídico.

Com isso, encerra-se esse trabalho com a expectativa de que um dia estejamos um pouco mais perto do sonho idealizado por John Lennon em sua música *Imagine*, em que as barreiras entre países não sejam obstáculos para a percepção de que fazemos parte de uma só sociedade e que não haja motivo para matar ou morrer, seja por religião, cor, identidade de gênero ou qualquer outra forma desprezível de discriminação.

Referências Bibliográficas

- (s.d.). Fonte: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM-L9029
HC, 95464 (STF 03 de 02 de 2009).
- Alexy, R. (2011). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (V. A. Silva, Trad.) São Paulo: Malheiros.
- Humanos, C. I. (s.d.). Fonte: <http://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>
- IG. (s.d.). www.economia.ir.com.br/empresas/2015-0601/eua-condenam-abercrombie-por-nao-contratar-muculmana-que-usou-veu-em-entrevista.html.
- LENZA, P. (2012). *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva.
- Piovesan, F. (2000). *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Liminad.
- Silva, J. A. (2007). *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros.
- Unidas, O. d. (s.d.). Fonte: www.nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos

Notas

¹ Humanos, C. I. (s.d.). Fonte: <http://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm>.

² Unidas, O. d. (s.d.). Fonte: www.nacoesunidas.org/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.

³ www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM-L9029

⁴ HC, 95464 (STF 03 de 02 de 2009).

⁵ IG. (s.d.). www.economia.ir.com.br/empresas/2015-0601/eua-condenam-abercrombie-por-nao-contratar-muculmana-que-usou-veu-em-entrevista.html.



Cirurgia de redesignação sexual: a necessária releitura do paradigma patologizante

***Sexual redesignation surgery:
the necessary release of the pathologist paradigm***

Aline do Couto Celestino

Defensora Pública do Estado de São Paulo.

Mestranda em Direito Constitucional – PUC/SP.

acelestino@defensoria.sp.def.br

RESUMO

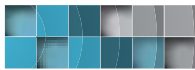
O objetivo deste trabalho é demonstrar como o procedimento para que seja realizada a cirurgia de redesignação sexual, em que pese represente uma conquista do movimento transexual, acaba por consolidar o paradigma patologizante da vivência transexual. As resoluções do Conselho Federal de Medicina que disciplinam o tema trazem consigo preconceitos e discriminações do discurso médico, pautado em uma visão heterossexista, e acabam por impor às pessoas trans o rótulo de indivíduos com distúrbios mentais. Com isso, pretende-se demonstrar que tais normativas representam uma ofensa à dignidade das pessoas trans, uma vez que se impede a plena realização de um(a) indivíduo(a), ferindo sua autonomia e impondo a vivência de situações degradantes, afetando-o(a), inclusive em sua a autonomia e em seu direito de livre-determinação.

Palavras-chave: Transexualidade. Redesignação sexual. Patologização.

ABSTRACT

The objective of this work is to demonstrate how the procedure to perform the sexual reassignment surgery, in spite of representing a conquest of the transsexual movement, ends up consolidating the pathological paradigm of the transsexual experience. The resolutions of the Federal Council of Medicine that discipline the subject, bring with them prejudices and discriminations of medical discourse, based on a heterosexist vision, and end up imposing on people trans the label of individuals with mental disorders. With this, intends to demonstrate that such norms represent an offense to the dignity of the trans people, since it prevents the full realization of an individual, hurting their autonomy and imposing the experience of degrading situations, including in its autonomy and in its right of free determination.

Keywords: *Transsexuality. Sexual reassignment. Pathologization.*



Introdução

Sabe-se que a realidade heteronormativa hegemônica é bastante hermética e tende a cercar espaços para discussões como a que se propõe com o presente artigo.

Em que pese a homossexualidade, transexualidade e travestilidade serem manifestações que acontecem desde a antiguidade, o reconhecimento de direitos dessas pessoas não é algo que ocorreu naturalmente.

Com isso, a luta pela promoção dos direitos desse grupo, que ganhou visibilidade com o movimento de homossexuais, foi agregando diversidades de identidades. A própria sigla LGBTT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis) demonstra a variedade de subgrupos que se unem, pois têm como ponto de convergência o histórico de reiteradas violações de direitos em razão de suas identidades de gênero.

Em que pese tal convergência, é inegável o distanciamento em diversas outras pautas, que se tornam específicas a partir da realidade vivenciada por cada subgrupo. A título de exemplo, um(a) transexual sofre preconceitos diferentes daqueles que são enfrentados por lésbicas e gays. Para um gay ou uma lésbica, ainda que sua orientação sexual não seja moldada pelo padrão heteronormativo vigente, a aceitação dessa diferença é o maior obstáculo que ele(a) terá que enfrentar.

De outra sorte, o(a) transexual vive conflitos diferentes. Dentro da própria medicina são encontrados preconceitos: o saber médico caracteriza a transexualidade como sendo um distúrbio psíquico (CID-10 F64). E mais. Ainda que já tenha passado pela cirurgia de redesignação sexual, surgem outros óbices e dificuldades ao(a) transexual, como ter que alterar o nome e sexo constantes nos documentos pessoais, além da sujeição constante ao uso de hormônios, preconceito com a aparência trans, etc.

Essa breve explanação é capaz de demonstrar que a transexualidade acentua consideravelmente a vulnerabilidade desses indivíduos, em razão de todas as situações de discriminação a que são expostos em razão de sua identidade de gênero conflitante com o sexo biológico.

Dito isso, o escopo do presente artigo é abordar como o processo de redesignação de sexo, regulamentado pela Resolução nº 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina, em que pese seja considerado um avanço, uma vez que permite às pessoas transexuais superarem o distanciamento da identidade de gênero de seu corpo é, ao mesmo tempo, instrumento de poder-saber das Ciências Médicas, o qual as submete a um ritual de tratamento, como se a condição por elas vivida fosse uma patologia.

O objetivo é investigar o processo que é imposto às pessoas transexuais que almejam se submeter à cirurgia de redesignação, refletindo sobre como esse ritual acaba por representar mais uma forma de degradação e mais um obstáculo a ser enfrentado por esse grupo vulnerável. Outra reflexão que se propõe é sobre o critério estanque trazido pela resolução, apontando como tempo mínimo de dois anos de sujeição ao protocolo médico para que se possa realizar a cirurgia. Há alguma objetividade nesse critério colocado?



Dessa feita, os procedimentos criados para alcançar a cirurgia de redesignação, são voltados para uma perspectiva patologizante da vivência transexual e não coexistem com o dever de respeito à dignidade dessas pessoas, que apenas pretendem serem reconhecidas pelo mundo como sujeitas de direito.

Normas de proteção às pessoas transexuais

Como dito, dentro do grupo de pessoas que se identificam como LGBTTT, são encontrados diversos subgrupos, como é o caso das pessoas transgêneras. Explica-se que *transgênero* é um termo normalmente usado para se referir tanto às/aos travestis como às/aos transexuais:

As/os transexuais são pessoas que se sentem em desconexão psíquica com o sexo do seu nascimento, ou seja, há uma dissociação entre seu sexo biológico e sua identidade de gênero. As/os travestis, por sua vez, não possuem essa desconexão, embora sua identidade de gênero se volte mais para o sexo oposto, o que se verifica nas suas formas de ser, agir, vestir-se e comportar-se. (SILVA JUNIOR, 2014, p. 86)

Dentro do sistema vigente, a proteção a esse grupo vulnerável decorre da interpretação sistemática das normas constitucionais. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e, em seu artigo 3º, elenca os objetivos fundamentais da República. Dentre esses objetivos, o constituinte fez menção expressa à não admissão de qualquer tipo de preconceito (“sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”).

Pois bem. Em que pese inexistir menção específica em relação à proteção das pessoas transexuais, tal omissão do constituinte é facilmente sanada com a interpretação sistemática dos dispositivos apontados.

Primeiramente, tem-se que a dignidade da pessoa humana além de representar um limite à atuação estatal, impõe um dever de proteção ao Estado. Ou seja, “[...] o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos [...]” (SARLET, 2012, p. 131) e, nesse sentido, ao Estado incumbe remover toda a sorte de obstáculo que venha a interferir em uma vivência plena e com dignidade.

Coadunando com tal entendimento, Luís Roberto Barroso sustenta que o primeiro papel da dignidade da pessoa humana é “[...] funcionar como uma fonte de direitos – e, conseqüentemente, de deveres -, incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras.” (2012, p. 66)

Sendo assim, a proteção à dignidade da pessoa humana perpassa pela garantia de uma vida com dignidade, em todos seus aspectos, inclusive em relação à vivência plena da sexualidade e identidade do indivíduo.

Para as pessoas transexuais, portanto, o respeito à dignidade pressupõe a garantia dessa vivência, inclusive com a disponibilização do que for necessário, seja no sistema de saúde, seja no sistema legal, para que se alcance a completude de cada dignidade individual.



Já no que tange a vedação ao preconceito, o entendimento mais acertado é o de que as proibições às discriminações enumeradas no texto constitucional não devem ser assumidas como um rol taxativo. Trata-se de um rol exemplificativo, sujeito interpretação sob um viés constitucional.

Com efeito, é necessário entender que dentro da vedação da discriminação em razão do sexo se encontra a vedação da discriminação em razão da identidade de gênero

¹, considerando que gênero não se cinge à questão biológica, mas ao papel que é atribuído à determinada pessoa, sendo possível afirmar que:

[...] percebido que muito da origem da discriminação por motivo de sexo não está fundada nos caracteres físicos da pessoa mas, sim, no papel social por ela desempenhado, não há porque deixar de incluir a discriminação por identidade de gênero em discriminação em razão do sexo. [...] Desse modo, a averiguação da existência ou não de discriminação deve abranger a análise do tratamento desfavorável, tanto sob o aspecto do sexo, quanto do gênero, incluindo neste último a sexualidade e os papéis de representação que lhes são próprios.(GONÇALVES, 2012, p. 141)

É evidente que o objetivo constitucional é, em sua essência, a proteção da dignidade da pessoa humana, sendo que uma interpretação que fosse restritiva em relação ao termo “sexo” levaria a um distanciamento do objetivo constitucional e a uma consequente proteção insuficiente por parte do Estado.

Na Comissão de Direitos Humanos de Ontário, a vedação à discriminação por identidade de gênero foi considerada inclusa na proibição de discriminação por motivo de sexo, conforme Camila de Jesus Mello Gonçalves abordou em seu trabalho

[...] pessoas que são discriminadas ou assediadas por identidade de gênero estão legalmente inclusas na proteção contra discriminação por motivo de sexo. Isso inclui transexuais, transgêneros, intersexo e *cross-dressers*, e outros, cuja identidade ou expressão de gênero seja, ou seja vista como, diferente de nascimento. (2012, p. 141)

Portanto, uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988 não poderia levar a conclusão diferente.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.277, já teve oportunidade de tangenciar o tema. O então relator, Ministro Ayres Britto, fazendo uma análise acerca da disposição trazida no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, em que se veda a discriminação por motivo de sexo, desenvolve o seguinte raciocínio:

[...] proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. [...] Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano.



Do que se analisou, é possível concluir que qualquer interpretação restritiva da expressão “sexo”, sendo entendida unicamente como relativa ao aspecto biológico de uma pessoa, estará violando o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a identidade sexual psíquica é parte inerente à individuação de uma pessoa e à sua plena realização enquanto ser humano.

Sendo assim, a vedação trazida pela Constituição de 1988, rechaçando qualquer comportamento preconceituoso em razão do sexo, deve ser compreendida como proteção também estendida às pessoas transexuais.

Explicada essa primeira premissa, passar-se-á à análise de como a transexualidade é vista pelo poder-saber médico-científico.

A patologização da transexualidade

Com o fim de contextualizar a discussão que se pretende neste tópico, primeiramente será abordado de forma sucinta como a *sexualidade* é trazida por Foucault.

O autor explora a história política como uma produção de *verdades*. Vivemos inseridos em uma sociedade que produz discursos que são assumidos como *verdades*. Com isso, a ideia de que existem *discursos verdadeiros* acaba por permitir que sejam formados poderes específicos.

Em relação à *sexualidade*, as *verdades* que foram sendo construídas trouxeram um problema para o Ocidente, uma vez que levaram à repressão sexual. Para ele, foi o projeto de Modernidade e o conhecimento biológico como centro do conhecimento que formaram a concepção atual, pautada pelo binarismo enquanto divisão estanque entre feminino e masculino, sem espaços para outras identidades.

Considerando tal entendimento, a vivência da transexualidade não se enquadrava nos padrões estabelecidos, de forma que se passou a buscar um modo de dizer o que é a transexualidade como um discurso de *verdade*. Daí, portanto, pode-se concluir que a questão da transexualidade sempre esteve atrelada ao debate médico-psi. (CAVALCANTE)

O que se verifica na segunda metade do século XIX é a vontade científica voltada para o fim de estabelecer uma norma, associada à heterossexualidade, para catalogar e classificar os desvios vinculados tanto às práticas sexuais com pessoas do mesmo sexo, quanto às transgressões dos códigos de reconhecimento social.

Nesse contexto, a transexualidade passou a ser tema da psiquiatrização, sendo tratada como uma patologia. (AVILA, 2012) Importante notar que, o discurso medicalizante retirou a transexualidade do campo da moral, onde ela vista como uma perversidade, e transferiu-a para o campo médico, onde passou a ser vista como doença. (DIAS; ZENEVICH; 2014, p.13)

O primeiro relato que se teve de experiência transexual foi em 1952, quando o médico alemão Harry Benjamin atendeu um ex-soldado de guerra que tinha identidade de gênero era feminina. O médico, então, dedicou-se a estudar tal comportamento e, para ele, o fenômeno transexual ultrapassaria a dimensão psicológica, alcançando elementos endócrinos. (BENJAMIN, 2001)



Os estudos sobre a transexualidade foram então iniciados, conforme narram Berenice Bento e Larissa Pelúcio:

Na década de 1950 foram publicados os primeiros artigos que registraram e defenderam a especificidade do "fenômeno transexual". Mas desde o início daquela década o endocrinologista Harry Benjamin se dedicava a estabelecer as ocorrências que justificariam a diferenciação das pessoas transexuais em relação às homossexualidades. A relação de abjeção que as pessoas transexuais têm com as genitálias seria uma das frequências observadas nos seus discursos. Ainda que Benjamin tenha defendido a cirurgia de transgenitalização como a única alternativa terapêutica possível para as pessoas transexuais, estabelece critérios tomados por ele como científicos para que seja possível diagnosticar "o verdadeiro transexual" e assim autorizar a intervenção. Em seu livro *O fenômeno transexual*, publicado em 1966, ele fornece as bases para esse diagnóstico. O critério fundamental para definir o "transexual verdade" seria a relação de abjeção, de longa duração, com suas genitálias. Para evitar que cometam suicídio, as cirurgias deveriam ser recomendadas a partir de um rol de procedimentos arrolados por Benjamin em sua obra seminal. (2012, p. 570)

Desde então, a referência à experiência transexual é feita sempre como uma condição patológica, atrelada a alguma doença mental. Robert Stoller acrescenta mais algumas dimensões que importam na compreensão do fenômeno. Para o psicanalista, a experiência transexual é marcada pelo sentimento permanente de identidade, a crença numa essência masculina/feminina (que não lhe fora atribuída socialmente) sem ambiguidades, cuja relação com órgão anatômico é vivida com horror. (CASTEL, 2001)

O modelo patologizante é seguido, portanto, até 1960 e 1970, quando se iniciam as lutas dos movimentos feminista e homossexual, que almejam a desconstrução desse modelo, para que se passasse a pensar a transexualidade contextualizada pelo caráter construtivo do gênero/sexo e pelas relações de poder que permeiam tal construção.

A Teoria *Queer*², por exemplo, é uma dessas teorias que na atualidade questiona o binarismo entre masculino/feminino, heterossexual/homossexual, e busca desconstruir esses conceitos sedimentados, tidos como *verdades*. Judith Butler, teórica desse movimento, criticamente explica o conceito de gênero com as seguintes palavras “[...] gênero é uma sofisticada tecnologia social heteronormativa, operacionalizada pelas instituições médicas, linguísticas, domésticas e escolares, e que produzem constantemente corpos-homens e corpos-mulheres [...]”. (Apud BENTO, 2008, p. 51)

O que temos, então, é que o ser homem ou mulher não é um simples fato mas antes “uma construção ideal forçosamente materializada através do tempo”. (Cf. BUTLER, 2010) Em seus estudos, Berenice Bento demonstra que na experiência transexual os indivíduos são donos de corpos que são descolados de aparatos biológicos, ou seja, eles desconstroem e negam a lógica dominante binarista.

Em que pese todo esforço teórico para a desconstrução do discurso medicalizante, a expressão do poder-saber predomina, e por muito tempo pautaram (e ainda pautam) o tratamento do transexual como sendo pertencente ao campo dos distúrbios psicológicos.

Em 1980 entra para o manual de diagnóstico psiquiátrico brasileiro a patologia transexual. Já em 1987 a transexualidade, chamada de *transexualismo*, foi incluída no



Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM III (Manual Diagnóstico e estatístico das Desordens Mentais) (CF. CASTEL, 2001) para os indivíduos com *disforia de gênero* que demonstrassem durante, pelo menos, dois anos, um interesse contínuo em transformar o sexo do seu corpo e o status do seu gênero social.

Em 1994 o DSM-IV trocou o termo *transexualismo* por *Desordem da Identidade de Gênero*, que também pode ser encontrado no CID-10 (Classificação Internacional de Doenças) e, em 2001, o DSM trocou *Desordem* por *Transtorno de Identidade de Gênero*. Em 18 de maio de 2013, o DSM-V retirou o rótulo de *Transtorno de Identidade de Gênero*, permanecendo o de *Disforia de Gênero*.

O objetivo dessa última mudança parece ter sido distanciar a ideia de doença mental, com a retirada da palavra *transtorno*, substituindo-a por expressão menos negativa, *disforia*, que traz a ideia de sofrimento emocional relacionado à incongruência entre sexo biológico e psicológico.

Com efeito, não houve uma despatologização da transexualidade, uma vez que o tema apenas foi “maquiado”, realocado dentro do Manual, partindo da premissa equivocada que todas as pessoas trans sofrem por terem essa identidade de gênero.

O procedimento transexualizador

Analisou-se, até este ponto, a transexualidade sob um viés acadêmico-científico, buscando demonstrar as tensões existentes entre especialistas, notadamente da área médica, e teóricos, que buscam a desconstrução do paradigma medicalizante da experiência transexual.

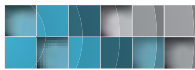
Tal conhecimento é elementar para se entender como se estruturaram das resoluções do Conselho Federal de Medicina e as portarias do Ministério da Saúde que tratam sobre o tema. Nesse jogo de saber/poder, o espaço do discurso biomédico fica evidenciado na relação diagnóstico/cirurgia, que pode ser lido como eixo norteador dessas normativas.

Quando o *transexualismo* foi reconhecido como transtorno de identidade de gênero (em 1994), o Conselho Federal de Medicina autorizou, em 1997, o tratamento em caráter experimental, a ser realizado em hospitais universitários e/ou de pesquisa, por meio da Resolução CFM nº1.482/97.

Houve, contudo, considerável aumento na demanda pelos procedimentos e os bons resultados obtidos levaram à publicação da Resolução CFM nº 1.652/2002, que permitiu a qualquer hospital realizar o procedimento.

Posteriormente, sobreveio a Resolução CFM nº 1.955/2010, a qual autorizou, ainda a título experimental, a realização de cirurgia do tipo neofaloplastia (procedimento para a criação do órgão sexual masculino), uma vez que até então as resoluções só tratavam da neocolpovulvoplastia.

Nesse interregno, foram publicadas duas Portarias do Ministério da Saúde, que instituíram (Portaria MS nº 1.707/2008) e ampliaram (Portaria MS nº 2.803/13) o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS).



Vê-se, portanto, que a transexualidade é descrita e condicionada por todos esses documentos normativos, que delimitam dentro do poder-saber quais os casos que merecem ser submetidos ao processo transexualizador.

Como observado no início deste trabalho, sabe-se que a dignidade da pessoa humana, insculpida na Constituição de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático, impõe o dever de remover toda a sorte de obstáculo que venha a interferir em uma vivência plena e com dignidade. Todavia, tal mandamento parece que vem sendo ignorado quando se analisa de perto a questão dos(as) transexuais.

Ora, da narrativa colocada, parece evidente que as regras procedimentais trazidas nas resoluções e portarias, são, em verdade, instrumentos de um poder-saber que obstam a concretização e violam a dignidade dessas pessoas. Não bastasse o fato de serem tratadas como pessoas doentes, supostamente acometidas de distúrbios psicológicos, ainda são submetidas a um rito procedimental pensado sob uma ótica heteronormativa e preconceituosa. Como coadunar com tal paradigma?

Outro aspecto que chama atenção é o critério temporal estanque que é trazido na Resolução CFM nº 1.955/2010, ou seja, é necessária a “permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos”.

Mas qual fundamento médico para tal prazo temporal? Isso, por certo, não vem explicado ou justificado nos textos médicos.

Não se olvide que cada ser humano é único em sua individualidade e pode alcançar o resultado pretendido em tempos distintos, não havendo qualquer fundo racional para tal delimitação. Então, esse paradigma patologizante, exige que a pessoa sofra, submetendo-se ao tratamento por no mínimo dois anos, para ao final conseguir comprovar sua condição de transexual, que é entendida pelos médicos como uma doença mental.

Sobre essa necessidade de se impor um sofrimento, Maria Berenice Dias e Letícia Zenevich discorrem:

Nesse diagnóstico, fica nítida a presença do que uma pesquisadora francesa denomina de “discurso do sofrimento”. É o sofrer do cidadão que lhe assegura direitos, e não sua própria cidadania, sua autonomia, seu direito ao livre-desenvolvimento da personalidade. O cidadão transexual tem de, por dois anos, demonstrar descontentamento com o seu corpo e alegar que isso lhe causa sofrimento para ser considerado transexual, seja verdade ou não. A verdade, afinal, ele já traz consigo desde que adentra a sua primeira consulta psiquiátrica com vistas à cirurgia de adequação de sexo posterior. E é a partir dessa narrativa única que o cidadão terá acesso à saúde que fará cessar seu *sofrimento*, real, inventado ou exagerado. (2014, p. 15)

É inegável que esse ritual imposto é degradante e simplesmente prolonga a agonia do transexual em ter que viver em um corpo que não corresponde a sua identidade de gênero, e ainda tendo que ser convincente sobre o seu desconforto com o sexo biológico e seu desejo expresso de eliminar as genitálias. Nesse sentido, bem observam as autoras

[...] curioso constatar que o sofrimento que se espera que o transexual emita para que receba o diagnóstico de transexualismo pode, muito bem, ser causado pelo *próprio diagnóstico* dentro de seus moldes atuais, de obrigação de dois anos de tratamento, de subordinação da identidade subjetiva a uma



autoridade médica, da dificuldade de reconhecimento legal dessa identidade, das estratégias disseminadas de narrativas em detrimento de uma honestidade que poderia levar, ao final, ao não recebimento do diagnóstico esperado, entre outros. (DIAS; ZENEVICH; 2014, p.16)

De outro lado, ignora-se a aptidão de fazer escolhas dessas pessoas, como se a condição de transexualidade lhes tirasse o discernimento sobre o que lhes faz feliz ou não, e atribui a terceiro, que desconhece a discriminação social sofrida, o poder de decidir sobre a necessidade ou não do procedimento cirúrgico.

Ainda, sobre o sofrimento que se impõe às pessoas transexuais durante o processo transexualizador, cumpre notar que a lógica médica empregada é diferente daquela comumente observada em outros tratamentos

[...] em qualquer outra doença, o sofrimento pessoal não é alçado à condição de elemento essencial para sua caracterização e posterior acesso ao tratamento. Isto é, uma pessoa com câncer não deve provar que o câncer a faz sofrer para ser tratada; uma pessoa com tuberculose não precisa expor os malefícios de sua doença para receber seu tratamento. Já, para os cidadãos transexuais, o sofrimento, expresso pelo desconforto e vontade de aniquilar os genitais, integra o diagnóstico do transexualismo. (DIAS; ZENEVICH; 2014, p.16)

Por tal razão é que se sustenta a necessidade de uma releitura desse paradigma patologizante, uma vez que as portarias e resoluções se mostram inadequadas e até mesmo contrapostas ao escopo do constituinte. Elementar que se respeite a dignidade das pessoas transexuais, uma vez que a atual lógica empregada mais se aproxima de um tratamento desumano e degradante (que por sua vez é vedado pela CF/88, em seu art. 5º, inciso III), ao soterrar a autonomia e o direito de livre-determinação dessas pessoas.

E mais. Esse não é único modelo possível de ser pensado. Diferentemente do que se vê na realidade brasileira, em alguns países se permite que crianças transexuais tomem hormônios desde cedo e a experiência tem mostrado que, nesses locais, a busca por cirurgia de transgenitalização é ínfima.

O que se depreende desse dado é que, na verdade, a vontade de realizar a cirurgia pode estar mais atrelada à necessidade de reconhecimento social da pessoa transexual do que a uma abjeção à genitália. Isso porque a criança trans cresce sendo reconhecida pelo seu gênero psicológico, e prescinde da cirurgia para se sentir respeitada e plenamente feliz. (DIAS; ZENEVICH; 2014, p.17)

Dito isso, alinha-se ao entendimento de que a psiquiatrização da transexualidade é, em verdade, uma reedição do modelo patriarcal imposto às mulheres, de forma que, o que foge ao padrão heterossexista é tratado como doença, loucura ou histeria.

E, ainda que permaneça a ideia deturpada de que a pessoa transexual deve se submeter a um acompanhamento antes de se submeter ao procedimento cirúrgico, é necessário que se rediscuta em que moldes e com quais fundamentos as resoluções do Conselho Federal de Medicina foram propostas.



Isso porque, como dito, não há como concordar com o estabelecimento de um tempo mínimo limite, que mais se assemelha a uma pena mínima a ser cumprida, o qual a pessoa trans tem que sujeitar para acompanhamento médico com o fim último de obter a cirurgia.

Não há qualquer lógica racional nessa construção, uma vez que a própria Medicina entende que cada indivíduo reage de forma diferente a estímulos idênticos, sendo que não seria estranho se um transexual pudesse ser diagnosticado como apto à cirurgia de transgenitalização antes do prazo estabelecido.

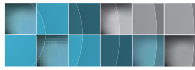
Conclusão

Por todos os problemas que essa visão apresenta, mostra-se necessária a desconstrução dessa *verdade*: é preciso entender que a lógica binária já foi há muito tempo superada, se é que em algum momento de fato existiu. É fundamental entender gênero e sexo, em todas as suas nuances e variáveis, respeitando-se e reconhecendo as identidades construídas, não como distúrbios, mas como formas de desconstrução do modelo heterossexista.

Urge avançar nessas questões e entender que, a patologização da transexualidade é uma afronta à dignidade das pessoas trans. Sob o discurso médico, impede-se a plena realização de um indivíduo, ferindo sua autonomia e impondo ao cidadão a vivência de situações degradantes, afetando-o, inclusive em sua autonomia e em seu direito de livre-determinação.

Conforme explanado no início deste trabalho, o ordenamento jurídico como um todo impõe um dever de respeito e, ainda, um dever de proteção em relação aos direitos das pessoas trans, uma vez que incumbe ao Poder Público “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inciso IV da Constituição Federal de 1988).

Todavia, é com a chancela do Estado que permanece o paradigma medicalizante da vivência transexual. O que se entende, por toda a construção elaborada neste trabalho, é que tal discurso traz consigo resquícios discriminatórios, configurando uma forma de discriminação velada que perdura no nosso tempo e merece ser revisitado e questionado, sobre que bases se erigiu, uma vez que diante dos fundamentos colacionados, não parece que tal prática esteja em concordância com o que é preconizado pela Constituição Cidadã.



Referências bibliográficas

AVILA, Simone; GROSSI, Miriam Pillar. *Transexualidade e movimento transgênero na perspectiva da diáspora queer*. Disponível em: <<http://nigs.ufsc.br/files/2012/01/TRANSEXUALIDADE-E-MOVIMENTO-TRANSG%C3%8ANERO-NA-PERSPECTIVA-DA-DI%C3%81SPORA-QUEER-Simone-%C3%81vila-e-Miriam-Pillar-Grossi.pdf>>. Acesso em: 14.nov.2016.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BENJAMIN, Harry, *El fenómeno transexual*. Sevilla, 2001.

BENTO, Berenice. *O que é transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

_____. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. *Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 4, n. 1, jan.-jun. 2014, p. 165-182.

BENTO, Berenice e PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v.20, n. 02, p. 569-581, maio/ago. 2012.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13.nov.2016.

_____. Ministério Da Saúde. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão. Portaria MS nº 1.707, de 18 de agosto de 2008. Publicada no D.O.U. de 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/port17072008mssystem.pdf>>. Acesso em: 13.nov.2016.

_____. Ministério Da Saúde. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Portaria MS nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. Publicada no D.O.U. de 21/11/2013 (nº 226, Seção 1, p. 25. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25099456_PORTARIA_N_2803_DE_19_DE_NOVEMBRO_DE_2013.aspx>. Acesso em: 13.nov.2016.

BRITTO. Carlos Ayres. Voto na ADI 4.277. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adi4277.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 16

BUTLER, Judith. *El género em disputa*. El feminismo y La subversión de la identidad. México: Paidós, 2010.



CASTEL, Pierre-Henri. Algumas reflexões para estabelecer a cronologia do “fenômeno transexual” (1910-1995). *Revista Brasileira de História*, v. 21, n. 41, 2001.

CAVALCANTE, Alexandre Soares. *Transgenitalização – saberes e poderes envolvidos na política de saúde do SUS*. Disponível em: <http://www.13snhct.sbhct.org.br/resources/anais/10/1344280249_ARQUIVO_Transgenitalizacao,sabereseponderesenvolvidosnapoliticadesaudeoSUS.pdf>. Acesso em: 14.nov.2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização a título experimental. Resolução CFM nº1.482/97. Publicada no Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília-DF, 19 set.1997, p.20.944. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 13.nov.2016.

_____. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97. Resolução CFM nº1.652/02. Publicada no Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília-DF, n. 232, 2 dez.2002. Seção 1, p.80/81. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 13.nov.2016

_____. Resolução 1.955 de 3 de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.652/02. Publicada no D.O.U. de 3 de setembro de 2010, Seção I, p. 109-10. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 13.nov.2016.

DIAS, Maria Berenice; ZENEVICH, Leticia. Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente: a diversidade é saudável. *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito*, Paraíba,v.3. n.2. 2º semestre 2014. p.11-23.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. *A transexualidade sob a ótica dos direitos humanos: uma perspectiva de inclusão*. 2012. 262 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012

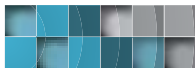
SILVA JUNIOR, Assis Moreira. *Diversidade Sexual e Inclusão Social: uma tarefa a ser completada*. Franca: Lemos e Cruz, 2014.



Notas

¹ Identidade de gênero, é “um sentimento íntimo, próprio da pessoa em relação a sua identificação como homem ou como mulher, e assim vai estruturando todo o seu comportamento e sua vivência social”. (SANCHES in DIAS, 2011. p. 433).

² Teoria que pretende desconstruir a ideia de que existe um binarismo. Para os teóricos do movimento *queer* gênero é algo fluido, socialmente construído, performado e sistêmico. “O *queer* é justamente o estranho. É aquele que se narra ou é narrado fora das normas. A Teoria *Queer* propõe o questionamento às epistemes (pressupostos de saber), ao que entendemos como verdade, às noções de uma essência do masculino, de uma essência do feminino, de uma essência do desejo. Para a Teoria *Queer* é preciso olhar para esses conceitos e tentar perceber que não se tratam, de forma alguma de uma essência, ou mesmo, que não há uma ontologia do todo, mas, no máximo, uma relação de mediação cultural dos marcadores biológicos.” Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/osentendidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidade/>>. Acesso em: 04.jun.16.



Liberdade de expressão e discurso de ódio: limites constitucionais

Freedom of speech and hate speech: constitutional limits

Hellen Cristina do Lago Ramos

Defensora Pública do Estado de São Paulo.

Mestranda em Direito Constitucional – PUC/SP.

Especialista em Direito Público – Universidade Salesiano de São Paulo.

hcramos@defensoria.sp.gov.br

Tamara de Padua Capuano

Defensora Pública do Estado de São Paulo

Mestranda em Direito Constitucional – PUC/SP.

Especialista em Direito Processual Civil – PUC/SP.

tcapuano@defensoria.sp.gov.br

Resumo

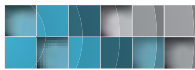
O presente estudo inicia-se com a análise das dimensões objetiva e subjetiva do direito fundamental à liberdade de expressão, objetivando a sua correta delimitação. A análise apressada das normas constitucionais que preveem o direito em comento poderia levar à equivocada conclusão de que o direito à liberdade de expressão seja defensável em qualquer hipótese, como corolário do princípio democrático, descuidando-se de outros direitos fundamentais que possam ser lesados pelo seu exercício indiscriminado, como no caso do discurso de ódio. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva trazer uma reflexão acerca do direito fundamental à liberdade de expressão frente ao discurso de ódio.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito – liberdade de expressão – dimensão objetiva e subjetiva – colisão de direitos fundamentais – discurso de ódio.

Abstract

The present study begins with the analysis of objective and subjective dimensions of the fundamental right to freedom of speech, aiming its correct definition. A cursory analysis of the constitutional rules providing for the right under discussion could lead to the erroneous conclusion that the right to freedom of speech is defensible in any case, as a corollary of the democratic principle, neglecting to other fundamental rights that may be harmed by your indiscriminate exercise, as in the case of hate speech. In this sense, the present work aims to bring a reflection about the fundamental right to freedom of expression in front of the hate speech.

Keywords: *Democratic State – freedom of speech – objective and subjective dimension – collision of fundamental rights - hate speech.*



Introdução

A liberdade de expressão, assegurada no art. 5º, incisos IV e IX, e art. 220, “caput” e parágrafo 1º, ambos da Constituição Federal, é, sem dúvidas, o fundamento do regime democrático. Não há como conceber a existência de um Estado democrático sem que seja garantido aos seus cidadãos o livre debate de ideias, que viabilize a todos o direito de ser ouvido e de influenciar nas esferas de poder.

Considerada a essencialidade da liberdade de expressão para a afirmação da democracia, mostra-se extremamente difícil delimitar as fronteiras desse direito, se é que elas existem. É tênue a linha que limita a livre manifestação do pensamento com vistas a preservar outros direitos de igual importância, daquela que se resume em mera repressão de ideias.

No atual cenário da vida humana não é difícil deparar-se, nos mais diversos meios de comunicação, com opiniões divergentes em todos os temas da sociedade, o que é sintomático e, em princípio, até saudável em sociedades pluralistas. Isso leva ao imperativo de preservação da coexistência pacífica dessas vozes, com vistas a tornar efetivo o direito fundamental à liberdade de expressão.

Sabe-se, porém, que nem sempre é possível essa harmonia. Mais do que isso, na atualidade são comuns situações em que a livre manifestação do pensamento, para além do exercício de um direito, acaba por maltratar direitos de terceiros, especialmente quando esse discurso apresenta nítido aspecto violento ou discriminatório.

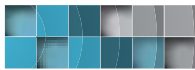
Nesse contexto, as questões que se colocam são: quais os limites da liberdade de expressão? Até que ponto a manifestação de ideias ofensivas são protegidas por esse direito? A repressão de manifestações de opiniões impopulares e odiosas mostra-se coerente em uma democracia?

Para uma resposta satisfatória, deve-se abandonar a ideia de que a liberdade de expressão seja apenas uma liberdade negativa, preservada mediante simples permissivo estatal. A inércia muitas vezes, ao contrário do que se parece, impede certos grupos minoritários de se expressarem em razão de outros grupos dominantes que, com seu discurso, causam àqueles o que se chama de “efeito silenciador”.

Assim, o presente trabalho objetiva estudar se seria possível a atuação positiva do Estado diante do discurso de ódio e em que medida ela deva ocorrer com vistas à proteção dos direitos fundamentais dessas vítimas, incluindo-se o próprio direito fundamental delas à liberdade de expressão.

Dimensão subjetiva e objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão

Para uma adequada delimitação do tema, é importante esclarecer que o presente estudo tratará, apenas, do direito à liberdade de expressão, âmbito em que exsurge o discurso de ódio. Deixa-se de lado, assim, a correlata liberdade de informação, entendida tanto como direito individual de externar livremente os *factos* quanto como direito difuso de *deles* ser informado, levando-se à ideia de compromisso com a *verdade*.



A respeito dessa diferenciação, Luís Roberto Barroso esclarece que:

É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, mas a distinção parece útil por conta de um inegável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis delimitações. A informação não pode prescindir da verdade – ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível – pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestação da liberdade de expressão. (BARROSO, 2004, p. 09).

A par disso, o estudo do conteúdo do direito à liberdade de expressão, especialmente de seus limites, passa pela ideia de dupla perspectiva dos direitos fundamentais, porque tais direitos podem, em princípio, ser considerados tanto direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais de uma comunidade (HESSE *apud* SARLET, 2015, p. 147). É nesse sentido, inclusive, que Paulo Bonavides refere-se aos elementos objetivos como *dimensão institucional dos direitos fundamentais*. Essas premissas são chaves para a verificação da possibilidade, ou não, do discurso de ódio ser inserido no âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão, seja frente aos direitos da personalidade ou até mesmo do próprio direito à liberdade de expressão das vítimas desse discurso.

A perspectiva subjetiva relaciona-se à possibilidade de o titular do direito exigir-lo judicialmente de quem esteja obrigado a cumpri-lo. Na definição de Vieira de Andrade, liga-se “à proteção de uma determinada esfera de autorregulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos” (VIEIRA *apud* SARLET, 2015, p. 158).

Ingo Sarlet pondera que os direitos fundamentais, mesmo na condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes o caráter de subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, seja mais presente (SARLET, 2015, p. 159). O mesmo raciocínio se aplica aos direitos prestacionais – que pressupõem uma atuação positiva do Estado –, no sentido de não abrangerem apenas direitos sociais e econômicos, senão também os direitos de liberdade, quando necessário à sua efetiva tutela.

A respeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, Pérez Luño assevera que os direitos fundamentais não devem ser apreendidos como simples abstenção estatal frente a interesses individuais, senão como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos. Na mesma linha, Presno Linera afirma que os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional como um todo, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica. (LUÑO; LINERA *apud* SARLET, 2015, p. 149). Ademais, a dimensão objetiva não se confunde com o preceito de direito objetivo que prevê o direito subjetivo (“reverso da medalha”), tendo função autônoma que transcende a perspectiva subjetiva, dotada de conteúdo normativo próprio e que implica o reconhecimento de funções distintas aos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 150).

Ingo Wolfgang Sarlet menciona duas funções próprias da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, quais sejam, a função axiológica e a função de “mais valia” (SARLET, 2015, p. 150 e 151). A primeira relaciona-se à ideia de que os direitos fundamentais incorporam e



expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade. Por isso, sua eficácia deve ser valorada não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, senão ainda sob um ângulo social e comunitário, já que se cuida de valores e fins que a comunidade deve respeitar e concretizar. A segunda, por sua vez, corresponde a um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, isto é, ao reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos para além da perspectiva subjetiva.

Essas funções visam a objetivos de certa forma contrapostos. A função de “mais valia”, fundamentalmente, busca ampliar os efeitos do direito fundamental cogitado. Já a função axiológica objetiva conciliá-lo com os valores ínsitos na sociedade – a qual deve acolhê-lo e respeitá-lo –, sendo possível, constatada sua incompatibilidade, legitimar restrições ao direito fundamental com base no interesse comunitário prevalente, desde que preservado o seu núcleo essencial (SARLET, 2015. p. 151 e 152).

Nesse passo, Sarlet chega ao entendimento de que os direitos fundamentais, em sua perspectiva objetiva, são sempre direitos transindividuais, cuja natureza lhes possibilita uma interpretação coletiva e social, em atenção também aos interesses da comunidade que os acolhe. Oportuna, ainda, a transcrição das seguintes palavras do citado autor a respeito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais:

Este processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*), provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal. É neste contexto que se chegou a afirmar que o desenvolvimento de novas funções dos direitos fundamentais constitui problema de natureza essencialmente hermenêutica, na medida em que se encontra vinculado à possibilidade de, por meio da interpretação, se incorporem novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais, revelando que também neste sentido se está, na verdade, diante do eterno dilema representado pela relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade (SARLET, 2015, p. 157).

Será exatamente no estudo da dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade de expressão, especificamente, de sua função axiológica, que serão traçados os respectivos limites, âmbito em que se coloca o discurso de ódio. Feita essa breve análise das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, necessário agora aplicá-las ao conceito de liberdade de expressão, objetivando a correta delimitação desse direito fundamental.

Sob a perspectiva subjetiva, não é necessário esforço mental para se entender a liberdade de expressão como direito individual inserido no rol de liberdades públicas, que em princípio pressupõem, para a sua efetivação, uma abstenção estatal. Tal como os demais direitos chamados de primeira geração, sua concretização está diretamente ligada à limitação dos poderes públicos, como garantia de não intervenção na manifestação de quaisquer opiniões e ideias. Sob essa perspectiva, o âmbito de proteção da liberdade de expressão é alargado, implicando que toda e qualquer intervenção estatal visando limitá-la deva ser vista como suspeita, exigindo-se uma justificativa especial. Afinal, para a máxima eficácia do direito



fundamental à liberdade de expressão, deve o sujeito estar a salvo de quaisquer restrições para bem desenvolver e externar suas ideias, juízos de valor, opiniões e outras formas de manifestação do pensamento humano. A liberdade de expressão revela, por isso, verdadeiro meio de desenvolvimento da personalidade, de manutenção do regime democrático e de evolução da humanidade como um todo.

Por sua vez, é exatamente na manutenção do regime democrático e na evolução da humanidade que repousa a dimensão objetiva da liberdade de expressão. É inegável o interesse público na circulação de ideias para essas duas finalidades, donde se extrai o caráter transindividual do direito à liberdade de expressão. Essa é a opinião de Edilsom Pereira de Farias:

Se a liberdade de expressão e informação, nos seus primórdios, estava ligada à dimensão individualista da manifestação do pensamento e de opinião, viabilizando a crítica política contra o *ancien régime*, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – esta cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manutenção da opinião pública. (FARIAS *apud* BARROSO, 2004, p. 22).

É a partir da livre exposição do pensamento que se desenvolve o regime democrático e que surgem as inovações, melhoramentos e revoluções nas diversas áreas da vida humana. Dado o viés coletivo desses interesses, porém, é necessário que a liberdade de expressão respeite e conforme-se aos valores e fins comunitários, exurgindo daí, no âmbito da liberdade de expressão, a já mencionada “responsabilidade comunitária dos indivíduos”, tirada da dimensão objetiva desse direito fundamental.

A propósito dessa conformação, toma-se por base o atual sistema jurídico brasileiro, editado sob contexto histórico em que se repudiava toda e qualquer forma de censura¹. Nota-se, por isso, clara amplitude do direito à liberdade de expressão, pela simples leitura dos artigos 5º, IV, V, IX e 220 da Carta Política de 1988.

No entanto, ao estabelecer o preceito garantidor da liberdade de expressão, a Constituição Federal autorizou expressamente a possibilidade de restrição mediante norma infraconstitucional (artigo 220, §3º), ao mesmo tempo em que previu restrições a tais normas (§§3º e 4º), que abrange um aspecto formal – edição por lei federal – e outros materiais ou de conteúdo.² Além disso, o direito à liberdade de expressão deve conformar-se com os bens e valores institucionalizados pela Constituição Federal (v.g. a segurança da sociedade e do Estado [art. 5, XIII] e a proteção da infância e da adolescência [art. 21, XVI]). Deve, ainda, respeitar os demais direitos fundamentais previstos na Carta Política, especialmente os direitos da personalidade como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (art. 5º, X). Não se trata, portanto, de um direito absoluto.

Parte da doutrina aponta que o direito à liberdade de expressão – assim como o direito à informação –, teria uma posição privilegiada em relação a outros direitos fundamentais individualmente considerados. Segundo esse entendimento, a liberdade de expressão serve de



fundamento para o exercício de outros direitos³, como o direito de crença e religião, de igualdade de gênero etc. Isso justifica uma inclinação argumentativa em favor da liberdade de expressão, além de o ônus da prova recair sobre aquele que alegar prejuízo em razão da ideia ou opinião emitida (CANOTILHO; GAIO JR. *apud* ROTHENBURG; STROPPA, 2015, p. 3). Ainda, tem-se aqui a ideia de absoluta excepcionalidade da tutela inibitória para a restrição da liberdade de expressão, que deve restringir-se a casos em que não seja viável a reparação posterior do dano eventualmente causado ao ofendido. Essa é a opinião de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

Qualquer restrição deve ser determinada por ordem judicial, mediante o devido processo legal. E, mesmo o Poder Judiciário, só deve impor qualquer restrição à liberdade de expressão quando for imprescindível para salvaguardar outros direitos que não possam ser protegidos ou compostos de outro modo menos gravoso. Especialmente, a concessão de liminares só deve ocorrer em casos muitíssimos excepcionais. Na maioria das vezes, o direito invocado pode ser perfeitamente composto com a indenização por dano moral, o que é melhor solução do que impedir a livre expressão. O sistema proposto contribui, também, para criar um sentimento de responsabilidade entre os agentes criativos em geral pelos danos causados pelas suas obras. (CARVALHO, *apud* BARROSO, 2004, p. 22).

Esse raciocínio leva à ideia de ponderação de direitos, realizada sempre à luz do caso concreto. Por meio dela tanto se é possível a conclusão pela reparação posterior, que teria a vantagem do não sacrifício de nenhum dos interesses envolvidos, quanto pela incidência integral de um e correlato afastamento do outro (BARROSO, 2004, p. 9 e 22). Essa última hipótese, como visto, somente deve ocorrer em casos absolutamente excepcionais, a exemplo daqueles que envolvam *extremo abuso de direito*.

Por tudo isso é possível se verificar que, de um lado, a Carta de 1988 ampliou o direito à liberdade de expressão de forma dantes jamais vista na história constitucional do País. De outro lado, ela também determinou a conformação desse direito com outros direitos fundamentais e bens constitucionais, além de normas infraconstitucionais editadas de acordo com as determinações já esposadas. Seria possível, destarte, a restrição da liberdade de expressão em caráter absolutamente excepcional.

Liberdade de expressão e outros direitos fundamentais: colisão e critérios de ponderação

Como já estudado, o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Pode o legislador infraconstitucional prever *limites regrados* (artigo 220, §§3º e 4º), além de esse direito dever conformar-se com outros direitos fundamentais, bens e valores institucionalizados pela Constituição Federal. Sabe-se que a livre manifestação do pensamento, não raro, entra em conflito com outros direitos e valores constitucionalmente protegidos, a exemplo do conteúdo que envolva violência, intolerância e preconceito. Resta saber se, nesse caso, o titular do direito à liberdade de expressão atuaria dentro da respectiva esfera de proteção ou se incorreria em *abuso* capaz de violar outros bens e direitos do mesmo patamar de relevância, como os direitos da personalidade de terceiros, em especial aqueles pertencentes a grupos minoritários e/ou vulneráveis, os quais requerem maior proteção do Estado.



Quer parecer que a resposta a essa indagação somente possa ser obtida casuisticamente. Conquanto seja possível a restrição à liberdade de expressão, esta somente pode ocorrer em casos excepcionalíssimos, ante a especial abrangência que lhe foi concedida pela atual Constituição brasileira. Em outras palavras, para a solução desse conflito não basta a aplicação da interpretação jurídica tradicional. Por meio dela se identifica a norma aplicável, realiza-se um raciocínio silogístico em que a norma é a premissa maior e os fatos a premissa menor, sendo a conclusão o mero resultado do enquadramento dos fatos à norma (método subsuntivo). Afinal, no caso colocado ambos os interesses em conflito são dignos da mais alta relevância jurídica e de tutela jurisdicional frente a violações.

Em resposta a conflitos que envolvam bens e direitos igualmente protegidos constitucionalmente – chamados “casos difíceis” (*hard cases*) –, construiu-se método de interpretação constitucional complexo. Desmistifica-se a crença de que as normas jurídicas, especialmente as de natureza constitucional, sejam dotadas de sentido único, objetivo e válido para todas as situações sobre que incidam, sendo suficiente a atividade subsuntiva do intérprete, independentemente de qualquer ação criativa na concretização da norma (BARROSO, 2004, p. 2). Por isso, entende-se necessária uma breve digressão sobre a evolução da interpretação constitucional.

Durante o século XX observou-se a crescente utilização das chamadas cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, como “ordem pública”, “boa-fé” e “justa indenização”. Conferiu-se verdadeira função integradora da norma mediante a transferência, do legislador ao intérprete, de parte relevante da competência decisória (BARROSO, 2004, p. 2). O intérprete passou a criar o direito e a decidir a questão de forma mais justa, correta e precisa, à luz do caso concreto e com base nos parâmetros flexíveis fornecidos pelo legislador.

Sobreveio, então, a ascensão dos princípios, reconhecendo-se-lhes eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Nesse momento, princípios e regras passaram a gozar do mesmo *status* de norma jurídica. Reconhece-se, porém, que os princípios tenham maior abrangência do que as regras, porque estas, em si, devem conformar-se também com aqueles⁴. Os princípios operam uma função valorativa e diretiva dos fins públicos a serem perseguidos, designando-se, assim, “estados ideais” (BARROSO, 2004, p. 3).

As regras são comandos objetivos e descritivos de determinada conduta e aplicáveis a um rol determinado de situação, sendo aplicadas no esquema de “tudo ou nada”⁵. Já os princípios frequentemente entram em tensão dialética e não raro apontam caminhos diversos. Nesse caso, para sua correta aplicação, é necessário o uso da chamada técnica da ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada princípio à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato, fazendo concessões recíprocas (BARROSO, 2004, p. 3).

Boa parte dos direitos fundamentais detém as mesmas características normativas dos princípios, especialmente, por serem meios de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, incluindo-se o caso da liberdade de expressão. Logo, a hipótese de colisão entre essa e outros direitos fundamentais haverá de resolver-se pela técnica da ponderação, pela qual caberá ao intérprete:

Fazer as valorações adequadas, de modo a preservar o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando escolhas acerca de qual interesse deverá



circunstancialmente prevalecer. Um intérprete que verifica a legitimidade de condutas alternativas, que faz valorações e escolhas, não desempenha apenas uma função de conhecimento. Como maior ou menor intensidade, de acordo com o caso, ele exerce sua discricionariedade. Para que não sejam arbitrárias, suas decisões, mais do que nunca, deverão ser racionais e argumentativamente fundamentadas. (BARROSO, 2004, p. 5 e 6).

A questão da colisão de direitos fundamentais torna-se ainda mais complexa considerando-se duas questões relevantes. Primeiro, por força do princípio da unidade da Constituição, descabe falar-se em hierarquia entre normas constitucionais. Segundo, tratando-se de direitos fundamentais, ocupam o mesmo patamar axiológico e têm a peculiaridade de estarem petrificados no texto constitucional por força do artigo 60, §4º, IV, o que lhes garante a impossibilidade de extinção ou sequer diminuição de seu conteúdo ou esfera de proteção. Bem por isso que a solução do conflito somente possa dar-se casuisticamente, afinal, inexistindo hierarquia, resta impraticável a previsão de uma regra geral e abstrata capaz de impor a preferência de um direito sobre o outro.

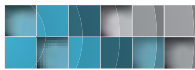
É compreensível que a ponderação, como técnica de decisão jurídica voltada à solução de casos difíceis, deva ser aplicada com extrema cautela para não se subverter em decisão arbitrária. Ademais, deve seguir alguns critérios já apontados pela comunidade jurídica, que podem ser resumidos em três etapas (BARROSO, 2004, p. 5 e 6):

Na primeira etapa, é necessária a identificação das normas aplicáveis à solução do caso – entendidas como o dispositivo ou o conjunto de dispositivos que sintetizam cada uma delas –, apontando-se as divergências existentes entre tais normas. Ainda nessa etapa, é importante a compilação dos diversos fundamentos normativos (premissas maiores pertinentes) em função da solução sugerida, cada qual com seu conjunto de argumentos.

Num segundo momento, são analisados os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua *interação* com os elementos normativos. Tornar-se possível o entendimento das *reais consequências práticas* da incidência das normas aplicáveis, revelando com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até então, identificaram-se as normas aplicáveis e compreenderam-se os fatos relevantes à luz dessas normas, cujas etapas são comuns a qualquer processo interpretativo. Logo, é na terceira etapa que a ponderação irá diferenciar-se da subsunção, que consiste no *exame conjunto* dos diferentes grupos de normas e da repercussão dos fatos do caso concreto. Busca-se a identificação dos pesos dos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deva preponderar no caso concreto. Feito isso, é possível apontar em qual intensidade o grupo de normas preponderantes deva prevalecer em detrimento dos demais, devendo o critério pautar-se no melhor rendimento em relação ao menor sacrifício possível, numa lógica de proporcionalidade.

A propósito, é assente que os princípios, por sua estrutura e natureza, possam ser aplicados com maior ou menor intensidade diante de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete a sua validade. Necessário, porém, que essas circunstâncias sejam *justificáveis*, como a colisão em mesmo grau hierárquico, e que sejam observados determinados limites (BARROSO, 2004, p.6), como a lógica da proporcionalidade.



Finaliza-se o necessário estudo das dimensões do direito à liberdade de expressão e das bases que visam a solução de sua colisão com outros direitos fundamentais. Discorre-se, assim, a partir de agora, sobre discurso de ódio para a devida contextualização como objetivo final do presente trabalho.

Discurso de ódio: noções conceituais

O discurso de ódio, ou *hate speech* como denominado pela doutrina estrangeira, consiste na manifestação de palavras injuriosas, que têm por objetivo estigmatizar, discriminar, insultar ou intimidar pessoas em razão de sua raça, etnia, cor, sexo, nacionalidade, ou qualquer outro fator referente à sua individualidade.⁶ Trata-se, portanto, do discurso direcionado a desqualificar, marginalizar e promover a violência contra grupos de pessoas, em regra, minoritários.

Para Samantha Meyer-Pflug, o *hate speech* “[...] consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”. (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97).

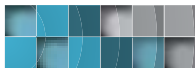
Observa-se, portanto, que discurso de ódio tem como principal objetivo desqualificar a vítima, colocando-a em uma posição de desigualdade, submissão e menosprezo. As palavras de incitação ao ódio atingem diretamente a dignidade do ofendido, levando-o à perda da autoestima e, na maioria das vezes, reforça estereótipos e estigmas negativos que estimulam a discriminação (SARMENTO, 2006, p. 247).

Inclusive, é interessante ressaltar que um dos principais fatores que geram a desigualdade e a discriminação é justamente a forma como o indivíduo é projetado pelo “outro” perante a sociedade, por isso a afirmação de estereótipos refletem de forma significativa na imagem da pessoa em seu meio social. Sobre essa questão, Flávia Piovesan faz uma abordagem contundente da forma como ideias estigmatizantes podem gerar graves violações aos direitos humanos:

Ao longo da história as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do ‘eu *versus* o outro’, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. Vale dizer, a diferença era viabilizada para conceber o ‘outro’ como um ser menor em dignidade e direitos, ou em situações limites, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo). (PIOVESAN, 2010, P. 48).

Assim, o discurso de incitação ao ódio não se trata de uma espécie de crítica política, contrária ao pensamento dominante, também não se confunde com uma mera ideia impopular ou minoritária, mas consiste em uma forma de humilhação e desqualificação do indivíduo perante a sociedade, dirigida, via de regra, contra minorias, vulneráveis ou grupos historicamente estigmatizados.

Como forma de entender e contextualizar o discurso de ódio, é importante analisar o tema sob a ótica do direito comparado, principalmente no âmbito norte americano e alemão.



Nos Estados Unidos a liberdade de expressão, prevista na 1º Emenda da Constituição, é garantida quase de forma absoluta. São inúmeros os casos mencionados na jurisprudência que demonstram o quão longe pode chegar o liberalismo americano quando relacionado à proteção da liberdade de expressão.

Um dos casos mais emblemáticos citado pela doutrina para exemplificar a amplitude da liberdade de expressão no direito norte-americano, é o episódio ocorrido no município de Skokie – um subúrbio de Chicago, cujos habitantes, em sua grande maioria, eram judeus sobreviventes do Holocausto. Consta que o Partido Nacional-Socialista da América planejava organizar no município de Skokie uma passeata com pessoas ostentando uniformes militares nazistas e bandeiras com suásticas. Na ocasião, houve grande mobilização com vistas a impedir a referida passeata, contudo, a Suprema Corte de Illinois e o 7º *Circuit Court* entenderam como inconstitucionais as leis que limitavam esse tipo de manifestação, pois violariam a liberdade de expressão (SARMENTO, 2006, p. 214).

No mesmo sentido foi a decisão proferida no caso *R.A.V. vs City of Saint Paul*⁷, julgado no ano de 1992, quando a Suprema Corte norte-americana invalidou a condenação de um grupo de jovens que fora preso após invadirem o quintal de uma família de afrodescendentes e lá colocado fogo em um crucifixo, símbolo da Ku Klux Klan. Na ocasião, a Suprema Corte entendeu que a lei do Estado de Minnesota, que criminalizava atos motivados por preconceito, seria inconstitucional já que dirigia-se somente às manifestações de intolerância racial, ou seja, no entender da Corte, a referida lei penalizava o discurso de ódio (ou *fighting words*) apenas parcialmente, por isso seria contrária à Constituição (SARMENTO, 2006, p. 215).

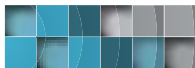
Por outro lado, verifica-se que no direito alemão, embora a liberdade de expressão também seja proclamada como um direito fundamental e essencial à preservação da democracia, a tendência é que haja maior proteção à dignidade humana quando a manifestação de opinião se resume ao discurso do ódio. Portanto, o Estado, via de regra, não aceita manifestações ofensivas e, quando se está diante de uma colisão entre o direito fundamental à liberdade de expressão com qualquer outro direito fundamental, como igualdade, liberdade, imagem, honra, deverá sempre ser feita a ponderação de interesses, tendo como base o princípio a dignidade humana.

Sendo assim, considerando o parâmetro apresentado pelo direito comparado, é imprescindível analisar a inserção do discurso de ódio dentro do contexto do Estado Democrático de Direito a fim de verificar se sua proibição efetivamente contribui ou limita o debate público.

Discurso de ódio e democracia

Não há como estudar sobre liberdade de expressão, e traçar os possíveis limites impostos a esse direito fundamental frente ao discurso de ódio, sem antes fazer uma análise, ainda que breve, sobre sua importância para a consolidação da democracia.

Sabe-se que uma democracia forma-se pelo livre debate de ideias, pelo dissenso, pela possibilidade de opiniões minoritárias, e até mesmo impopulares, influir, em maior ou menor grau, na formação do Estado, nas esferas de poder e na consolidação de direitos, pois



democracia não se resume à participação em eleições, mas abrange também e, principalmente, a capacidade de cada membro da coletividade influenciar com suas opiniões na formação da vontade coletiva (SARMENTO, 2006, p. 239).

Portanto, a democracia, segundo defendido por Oliver Wendell Holmes, no voto proferido no caso *Abrams v. United States*, forma-se pelo livre mercado de ideias (*marketplace of ideas*), que possibilita a busca da verdade, já que, nas palavras de Holmes, “o melhor teste de veracidade é o poder de uma ideia de obter aceitação na competição do mercado”⁸, ou seja, é a livre circulação de ideias que viabiliza a busca pela verdade e consolida o regime democrático.

Nessa mesma linha de raciocínio, John Stuart Mill, ao discorrer sobre a liberdade de opinião e sua importância para a busca da verdade, afirma que “sempre há esperança quando as pessoas são obrigadas a ouvir os dois lados; é quando atentam apenas para um deles que os erros consolidam-se em preconceitos, e a própria verdade deixa de ter efeito da verdade, ao se exacerbar em falsidade”. (MILL, 2000, p. 80).

Portanto, segundo Mill, a verdade provém da livre expressão de opiniões, ainda que minoritárias e contrárias ao pensamento dominante. Inclusive, Stuart Mill afirma que não há como condicionar a liberdade de opinião ao discurso moderado, ou seja, sem o emprego de palavras ofensivas. Contudo, Mill pondera que o dano resultante do uso de linguagem imoderada é maior naqueles que sustentam opiniões contrárias à comumente recebidas, pois esses indivíduos tendem a ser estigmatizados, já que em geral são pouco numerosos e pouco influentes. Assim, eventual proibição do uso de ofensas apenas poderia ser exigida para refrear a opinião dominante (MILL, 2000, p. 81-83).

Sobre a importância de ser garantida a liberdade de expressão, ainda que se trate de opiniões odiosas ou comprovadamente falsas, Ronald Dworkin, na mesma linha proposta por Mill, afirma que toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, mesmo aquela que tem como consequência fazer com que outras ideias sejam mal compreendidas ou silenciadas, já que o preço da liberdade, que é alto, exige sacrifícios (DWORKIN, 2006, p. 357 e 362), ou seja, o discurso de ódio, as falsas opiniões, as manifestações ofensivas e estigmatizantes seriam, na concepção de Dworkin, consequências inevitáveis do debate democrático.

É por essa razão, portanto, que Dworkin defende que “em uma democracia, ninguém, independentemente de quão poderoso ou impotente seja, pode ter o direito de não ser insultado ou ofendido” (DWORKIN *apud* DIMOULIS; CRISTOPOULOS, 2009, p. 49-65). Isso porque, a liberdade de expressão não pode ficar condicionada à concepção individual do que seria ou não ofensivo, sob pena de qualquer ofensa tornar-se impedimento para o exercício de direitos relacionados à liberdade (DIMOULIS; CRISTOPOULOS, 2009, p. 49-65).

Na mesma esteira, no julgamento da ADPF 187/DF, ao tratar sobre a importância de garantir a livre manifestação de ideias, o Min. Celso de Mello destacou em seu voto que a proibição do dissenso ou de expressão de opiniões minoritárias e impopulares, equivale a impor à sociedade um “mandado de conformidade”, culminando em um progressivo efeito dissuasório (*chilling effect*), onde grupos minoritários ficariam submetidos à vontade hegemônica da maioria.



Assim, quando o Estado posiciona-se de forma paternalista, restringindo a liberdade de expressão, estaria, na realidade, subestimando seus cidadãos e lhes tolhendo o direito de conhecer e compreender um determinado pensamento minoritário.⁹

Todavia, a despeito da importância da proteção do livre debate de ideias, seja para a busca da verdade e do conhecimento, seja para a consolidação do regime democrático, não há como deixar de ponderar sobre as consequências que o discurso do ódio, tratado como um viés da liberdade de expressão, pode provocar nos destinatários das ofensas. Além disso, outra questão que merece ser observada, é saber se a proteção da liberdade de opinião, a todo e qualquer custo, efetivamente contribui para a formação do debate público.

Daniel Sarmiento, em excelente estudo sobre o tema, destaca que o cenário propício para a tomada de decisões não é aquele em que pessoas se ofendem mutuamente, mas antes pressupõe alguma predisposição de cada participante de ouvir e refletir sobre o argumento apresentado pelo outro. Ocorre que esse ambiente é inviabilizado pelo *hate speech*, onde o que se busca é o ataque, que compromete o debate racional e a continuidade da discussão, pois, conforme ressaltava Sarmiento, “diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada”. Portanto, nenhuma dessas posições contribuem para o debate e para a busca da verdade (SARMENTO, 2006, p. 236 e 237).

Trilhando essa mesma linha de raciocínio, Owen Fiss, observa que o problema relacionado ao discurso do ódio não é a possibilidade desta ideia convencer os ouvintes a se comportar de determinada maneira, mas sim que o referido discurso torne impossível a participação de grupos desfavorecidos na discussão, esvaziando-se o debate, isto porque o discurso de incitação ao ódio tende a diminuir a autoestima da vítima, impedindo sua participação no debate público, pois suas falas carecem de autoridade, é como se nada dissessem (FISS, 2005, p. 47). Essa dinâmica silenciadora é denominada por Fiss de “efeito silenciador do discurso”.

Portanto, não se ignora que a democracia é formada pelo livre debate de ideias e que a manifestação de opiniões minoritárias e até mesmo impopulares, são essenciais para a formação da vontade coletiva. No entanto, é da essência do discurso do ódio induzir e promover o preconceito, a violência e a intolerância, especialmente de grupos estigmatizados que, na maioria das vezes, já são marcados por um histórico de desigualdade e exclusão social.

Por isso, segundo Daniel Sarmiento, via de regra, as vítimas do ódio retraem-se e abandonam a esfera pública, o que faz com que, no cômputo geral, o *hate speech* signifique menos discurso e mais restrição, logo a proibição do discurso de ódio não pode ser concebida como uma vedação ao dissenso, mas sim como uma garantia necessária para a integridade do discurso público (SARMENTO, 2006, p. 239 e 241).

Nesse sentido, pode-se afirmar que quando o Estado intervém na liberdade de expressão com vistas a restringir ou proibir o discurso de ódio está, na realidade, promovendo o debate público, ao permitir que grupos estigmatizados e vulneráveis participem da discussão sem que esta possa se desenvolver de tal forma que os silenciem.



Tratamento do discurso de ódio no sistema constitucional brasileiro

Uma vez contextualizada a importância de preservação da liberdade de expressão em um regime democrático, e demonstrado como o discurso de ódio pode prejudicar o debate público, mostra-se interessante analisar como a jurisprudência brasileira, com base no sistema constitucional vigente, vem se posicionando sobre essa delicada questão.

A Constituição Federal de 1988 instituiu no ordenamento jurídico nacional uma ostensiva pauta axiológica fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, toda e qualquer interpretação relacionada a direitos fundamentais e aos limites impostos pela ponderação, deve ter como parâmetro a dignidade humana.

Nesse sentido, a despeito da Constituição Brasileira proteger de forma ostensiva o direito fundamental à liberdade de expressão e de opinião¹⁰, impõe ao Estado e aos indivíduos o dever de preservação da dignidade humana, ainda que para tanto seja necessário traçar limites ao exercício de determinados direitos, pois, conforme ensina Daniel Sarmento, “[...] a dignidade da pessoa humana atua não só como limite para a ação do Estado, mas também como fonte de deveres positivos compelindo-o a agir para promover e proteger a dignidade dos indivíduos em face das ameaças que a espreitam de todos os lados” (SARMENTO, 2006, p. 252).

É sob esse parâmetro protetivo, portanto, que tem se pautado a jurisprudência brasileira.

O caso mais emblemático apreciado pelo Supremo Tribunal Federal sobre os limites da liberdade de expressão frente ao discurso de ódio, é o *Habeas Corpus* n. 82.424/RS, impetrado no ano de 2003 em favor de Siegfried Ellwanger Casten, escritor gaúcho que escreveu, editou e publicou livros de conteúdo antissemita¹¹. Consta que após forte reação da comunidade judaica, Ellwanger foi condenado pela justiça gaúcha por crime de racismo, com fundamento no art. 20 da Lei n. 7.716/1989. Assim, em decorrência da referida condenação, o escritor impetrou *habeas corpus* perante a Suprema Corte brasileira buscando a sua absolvição.

Na ocasião do julgamento, a Corte analisou inicialmente o conceito de racismo a fim de verificar se este abrangia ou não ofensas praticadas contra o povo judeu. Superada essa questão, passou-se a discutir sobre os limites da liberdade de expressão, tendo o Ministro Gilmar Mendes apontado para a necessidade de ponderação, por meio da regra da proporcionalidade, entre a liberdade de expressão e a dignidade e igualdade do povo judeu, destacando em seu voto que:

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se figura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e tolerância entre os diversos grupos.

Nessa mesma linha de intelecção, o Ministro Mauricio Corrêa, argumentou em seu voto que

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



Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Ao final, a maioria dos ministros votou pela não concessão do *writ*, mantendo-se condenação de Ellwanger pelo crime de racismo.

O que é interessante anotar no julgamento do caso Ellwanger é que no voto divergente, o Ministro Marco Aurélio, utilizando-se da mesma técnica da proporcionalidade, decidiu de forma diametralmente oposta ao Ministro Gilmar Mendes. Além disso, o Ministro Marco Aurélio, após ter ponderado sobre a importância da liberdade de expressão para uma sociedade pluralista, destacou o risco mínimo de divulgação do conteúdo antissemita no referido caso, haja vista que trata-se de obra literária, da qual a maior parte do povo brasileiro sequer teria interesse em acessá-la, ou seja, dificilmente o eventual conteúdo preconceituoso seria disseminado.

Deve-se sublinhar que essa questão levantada pelo Ministro Marco Aurélio, sobre o meio de disseminação do discurso do ódio, é extremamente importante para análise dos limites impostos à liberdade de expressão, contudo, no julgamento do caso Ellwanger, recebeu pouco destaque dos Ministros que não a analisou com a profundidade necessária.

Outro caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal sobre os limites da liberdade de expressão foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 187/DF), proposta pela Procuradoria-Geral da República para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 287 do Código Penal Brasileiro, a fim de excluir qualquer interpretação no sentido de criminalização da liberdade de expressão e reunião que tenha como objetivo a defesa da legalização do consumo da maconha, na chamada Marcha da Maconha.

Na ocasião, a Corte, por unanimidade, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, conferindo ao artigo 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”.

Embora o conteúdo da referida ação não se relacionasse especificamente com o discurso de ódio, tal questão foi abordada no julgamento especialmente para distinguir a manifestação de ideias minoritárias da incitação ao ódio, pois enquanto o discurso de ódio não encontra guarida no sistema constitucional pátrio, o direito de expressar ideias minoritárias, impopulares, desagradáveis, audaciosas ou chocantes, é essencial para um debate plural, democrático e para a formação da opinião pública, sendo, portanto, inconstitucional qualquer norma que vede ou criminalize a livre manifestação de opinião nesse sentido e o respectivo direito de reunião.

Pela análise dos dois casos ora apresentados, onde o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de apreciar a delicada questão que envolve os limites a serem traçados à liberdade de expressão, pode-se verificar que a tendência da jurisprudência pátria guarda aproximação com o modelo alemão, na medida em que afasta o discurso de incitação ao ódio do âmbito de proteção da liberdade de expressão, apesar de reconhecer a essencialidade desse direito fundamental para formação do Estado democrático.



Considerações finais

No estudo dos direitos fundamentais dificilmente encontraremos dissenso no que se refere à inexistência de direitos absolutos, sendo reconhecida a necessidade de ponderação de direitos fundamentais quando estes entram em rota de colisão. Todavia, tal tarefa nem sempre é simples, especialmente quando envolve o direito à livre manifestação de opinião, duramente conquistado ao longo da história e invariavelmente violado na tentativa de manutenção do *status quo*, por meio da imposição do pensamento dominante e da censura de ideias minoritárias.

O discurso de ódio objetiva desqualificar, humilhar e estigmatizar a vítima, colocando-a em posição de desigualdade frente à sociedade, não contribuindo para o debate democrático. Ao contrário, diante de uma manifestação ofensiva, é natural que a reação da pessoa agredida, se não for no mesmo nível, seja o silêncio.

O sistema constitucional brasileiro é fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, logo, o exercício de qualquer direito fundamental fica condicionado à observância desse princípio/valor. Não é possível, portanto, considerar constitucionalmente admissível a manifestação de ideias que tenham como objetivo o ataque e a desqualificação de pessoas. Especialmente, quando tais ofensas são dirigidas à grupos minoritários e estigmatizados, quando o reforço de estereótipos só tem como consequência promover mais discriminação, intolerância e segregação.

Não se ignora, todavia, que a limitação ao *hate speech* deva ser sempre bem analisada e ponderada, evitando-se que ideias minoritárias ou contrárias ao pensamento dominante sejam arbitrariamente censuradas sob a justificativa de preservação da dignidade humana.

Referências bibliográficas

BARBOSA, André Araújo. *O discurso que cala: seria possível uma passeata para defender o linchamento de presos ou a pedofilia?*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f74249208205551> (Acesso em 24.11.2015).

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm> acesso em 21/08/2016.

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

DIMOULIS, Dimitri; CRISTOPOULOS, Dimitris. *O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística*. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – REC, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 49-65, abr./jun. 2009. Disponível



em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57990>. >Acesso em: 25 abr. 2015.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*/Ronald Dworkin; tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Alberto Alonso Muñoz. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Why speech must be free*". In: *Freedom's Law: The Moral Reading of American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, regulação e diversidade na esfera pública*. Tradução e Prefácio: Gustavo Binenbojm e Caio Mario da Silva Pereira Neto. Renovar: Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2005.

GARCIA, Guiomari Garson da Costa. *Estado democrático de direito e liberdade de expressão e informação*. Disponível em <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad81815000001577d5f179421dfe505&docguid=I5481e310f25311dfab6f010000000000&hitguid=I5481e310f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=44&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e o discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; CARCARÁ, Thiago Anastácio. *Discurso do ódio de democracia: participação das minorias na busca da tolerância*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e04c14a66e1b2746> (Acesso em 24.11.2015).

MILL, John Stuart, 1806-1872. *A liberdade: Utilitarismo*/ John Stuart Mill: tradução Eunice Ostrensky. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIOVESAN, Flavia. *Igualdade, diferença e direitos humanos: Perspectivas Global e Regional*. In: Igualdade, Diferença e Direitos Humanos, PIOVESAN, Flavia;

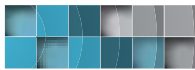
ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPIA, Tatiana. *Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais*. Disponível em <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em 28.09.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel; e IKAWA, Daniela (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Liberdade de Expressão e o Problema do "Hate Speech" in Livres e iguais, estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUPREMO Tribunal Federal. Habeas Corpusº 82.424/RS. Brasília, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 17.09.2003. Disponível em:



<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>

_____. ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *O direito à liberdade de expressão à luz do texto constitucional*. Disponível _____ em

<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600001577d5757c0dc1bfc3c&docguid=I557985706dae11e1bee400008517971a&hitguid=I557985706dae11e1bee400008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=21&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>

Notas

¹ A propósito do contexto histórico em que foi editada a Constituição Federal de 1988, deve-se lembrar que até então o País passou por sucessivas Cartas Políticas que pouco tutelaram o direito à liberdade de expressão, chegando algumas até a preponderar a censura em detrimento desse direito fundamental. Exemplo emblemático se insere no golpe de 31.03.1964, a partir do qual foram editados atos institucionais que suspenderam a vigência de artigos da Constituição de 1946 e de leis então em vigor, tolhendo de forma abrupta, mas mascarada, a liberdade de expressão, já que não previa a censura expressamente, conquanto atribuisse à lei competência para estabelecer “condições para a organização e funcionamento” dos veículos de comunicação tendo em vista a preservação “do regime democrático e do combate à subversão e à corrupção” (art. 150, §8º e art. 166, §2º, da Constituição de 1967; art. 153, §8º e art. 174, §2º, da Emenda Constitucional n. 1/69)

² Conteúdo restrito a regras que estabeleçam “os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” e o regulamento das “diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada” (art. 220, §3º, I e II).

³ “Assim, a liberdade de expressão e informação, acrescida dessa perspectiva de instituição que participa de forma decisiva na orientação da opinião pública na sociedade democrática, passa a ser estimada como elemento condicionador da democracia pluralista e como premissa para o exercício de outros direitos fundamentais” (cf. Edilson Pereira de Farias *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Ob cit.* P. 22).

⁴ Esclareça-se, desde que o princípio tenha relação com a regra.

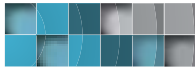
⁵ Pelo qual “ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas, só uma será válida e irá prevalecer” (cf. BARROSO, Luís Roberto. *Ob cit.* P. 2).

⁶ Segundo Winfried Brugger, “o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas” (BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Revista de Direito Público, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007, p. 118).

⁷ 505 U.S. 377 (1992).

⁸ 250 U.S. 616 (1919).

⁹ Ronald Dworkin afirma que “o Estado insulta seus cidadãos e nega a eles a sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar



convicções perigosas e ofensivas” (DWORKIN, Ronald. *Why speech must be free*”. In: *Freedom’s Law: The Moral Reading of American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 200.

¹⁰ Vide art. 5º, incisos IV, X e XIV, e art. 220, “caput” e parágrafo 1º, ambos da Constituição Federal.

¹¹ Entre os principais livros editados por Ellwanger, destacam-se: Holocausto: judeu ou alemão?, Hitler: culpado ou inocente? e O plano judaico de dominação mundial: os protocolos dos sábios de Sião.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-92898-04-5



9 788592 898045

