

ISSN 2447-2336

REVISTA

**DireitoUFMS**

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

V6 N2

Direitos Humanos e Fundamentais



REVISTA

# DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

## Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2020 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





**UNIVERSIDADE FEDERAL  
DE MATO GROSSO DO SUL**

#### REITOR

Marcelo Augusto Santos Turine

#### VICE-REITORA

Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo

#### PRÓ-REITOR DE ENSINO E GRADUAÇÃO

Ruy Alberto Caetano Filho

#### PRÓ-REITOR DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO

Nalvo Franco de Almeida Júnior

#### DIRETORA DA FACULDADE DE DIREITO

Ynes da Silva Félix

#### COORDENADORA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Lívia Gaigher Bósio Campello

#### COORDENADORA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Natália Pompeu

## REVISTA **Direito UFMS**

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

#### COORDENAÇÃO EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

**Prof.ª Dr.ª Lívia Gaigher Bósio Campello**

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

**Prof.ª Dr.ª Luciani Coimbra de Carvalho**

Faculdade de Direito – Fadir/UFMS

#### ASSISTENTE EDITORIAL

**Rafaela de Deus Lima**

Mestranda – PPGD/UFMS

Bolsista CAPES

#### Endereço para correspondência

**REVISTA DIREITO UFMS**

**Universidade Federal de Mato Grosso do Sul**

**Faculdade de Direito – FADIR**

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -

Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251 • E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

#### CONSELHO CIENTÍFICO

**Andreas Niederberger**

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

**Dinorá Adelaide Musetti Grotti**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

**Georgenor de Sousa Franco Filho**

Universidade do Amazonas – UNAMA, Brasil

**Heleno Taveira Torres**

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

**Ingo Wolfgang Sarlet**

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS, Brasil

**Jesús Lima Torrado**

Universidad Complutense de Madrid – UCM, Espanha

**Jorge Bacelar Gouveia**

Universidade Nova Lisboa – UNL, Portugal

**Leonardo Carneiro da Cunha**

Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Brasil

**Leonardo Martins**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Brasil

**Luiz Alberto David Araujo**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

**Luiz Otavio Pimentel**

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

**Marcelo Figueiredo**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

**Maria Esther Martinez Quintero**

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

**Monica Herman Salem Caggiano**

Universidade de São Paulo – USP, Brasil

**Pasquale Pistone**

Università degli Studi di Salerno, Itália

**Pilar Giménez Tello**

Universidad de Salamanca – USAL, Espanha

**Vladmir Oliveira da Silveira**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Coordenadoria de Biblioteca Central – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito  
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. –  
Edição especial – Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015. –  
v. : 25 cm.

Semestral  
ISSN 2447-2336

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos  
fundamentais – Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085  
CDD (22) 342.085  
CDD (22) 340.05  
CDDir (4) 341.27

JVD

## SUMÁRIO

<b>EDITORAL</b>	<b>5</b>
<i>Livia Gaigher Bósio Campello</i> <i>Luciani Coimbra de Carvalho</i>	
<b>ANÁLISIS DE LOS FACTORES QUE INCIDEN EN LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA PERUANA</b>	<b>7</b>
Manuel Bermúdez-Tapia	
<b>CONSECRATION OF THE DIGNITY OF HUMAN PERSON'S PRINCIPLE THROUGH THE EMERGENCY PROTECTIVE MEASURES IN THE MARIA DA PENHA LAW</b>	<b>21</b>
Andrea Flores Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno	
<b>A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS</b>	<b>39</b>
Washington Carlos de Almeida Washington Carlos de Almeida Júnior	
<b>A CRISE DO DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO: REFLEXÕES ACERCA DO PARADIGMA PENAL DAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS</b>	<b>55</b>
Davi Uruçu Rego Roberto Carvalho Veloso	
<b>A VIABILIDADE DE DESESTATIZAÇÃO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS</b>	<b>70</b>
Emerson Ademir Borges de Oliveira Marcos Vinícius Marini Kozan	

<b>BEBÊ-MEDICAMENTO: DIREITO À PRIVACIDADE VS DIVULGAÇÃO NAS MÍDIAS DIGITAIS</b>	<b>89</b>
Juliana Carvalho Pavão Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador	
<b>O LITÍGIO PENAL COMO LITÍGIO ENTRE DIREITOS HUMANOS: ENTRE EXCESSO E DESPROTEÇÃO</b>	<b>109</b>
Júlio César de Aguiar Rafael Guimarães Nogueira	
<b>INIMPUTABILIDADE E DIREITO PENAL DO INIMIGO: A CONVENIENTE CLASSIFICAÇÃO DO LOUCO</b>	<b>130</b>
Ana Luiza Gardiman Arruda Gustavo Junqueira	
<b>REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DO LIBERALISMO RAWLSIANO</b>	<b>153</b>
Vanessa Rocha Ferreira Versalhes Enos Nunes Ferreira	
<b>LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO: UM PANORAMA DA EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DE IMMANUEL KANT</b>	<b>172</b>
Beatriz Pereira Junqueira Paulo Henrique de Souza Freitas	
<b>LINHA EDITORIAL</b>	<b>195</b>

## EDITORIAL

Neste volume, a Revista Direito UFMS traz artigos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e mestrandos (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil e de outros países, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método *Double Blind Peer Review*. Destaca-se, nesta edição, a participação do autor convidado Prof. Dr. Manuel Bermúdez-Tapia da Universidad Nacional Mayor de San Marcos e da Universidad Privada San Juan Bautista, bem como destaca-se a participação numerosa dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGDs) de inúmeras regiões do Brasil.

Cumpre-nos reafirmar que com enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos Direitos Humanos e Fundamentais; oferecer aos estudiosos uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas; fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas; a Revista Direito UFMS possui a missão de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos (as), docentes e pesquisadores (as) das mais diversas instituições de ensino do Brasil e exterior.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto a CAPES/ MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema *Qualis Periódicos*.

Nesse sentido, a revista que temos a honra de apresentar traz trabalhos científicos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as

regras vigentes de exogenia/endogenia. Além disso, os artigos foram avaliados pelo método do sistema *Double Blind Peer Review*, em que a avaliação é feita por docentes que desconhecem os (as) autores (as), assim como os (as) autores (as) desconhecem seus docentes avaliadores. Para se evitar o plágio, os artigos são registrados no sistema Digital Object Identifier – DOI. Igualmente, informamos que a Revista Direito UFMS está indexada no Latindex, Sumários.org, Oajinet, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

É também com alegria e satisfação que reiteramos que a Revista Direito UFMS, após processo de avaliação e seleção realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES), recebeu o importante selo Qualis B2. Esta certificação é uma evidente indicação do amadurecimento, melhoria e excelência alcançados pelo periódico.

Nós, editoras da Revista Direito UFMS, orgulhosamente, compartilhamos com todos (as) que acessam a revista, as valiosas contribuições que aqui revelaram uma excelente articulação com o eixo temático proposto pelo Conselho Editorial.

Nosso especial agradecimento a todos (as) que trouxeram suas análises e reflexões por meio de artigos científicos e resenhas, em particular, a assistente editorial que gentilmente contribuiu para a realização deste volume, Rafaela de Deus Lima, aluna regular do PPGD/UFMS e bolsista CAPES. Desejamos uma proveitosa leitura!

Campo Grande, verão de 2020.

*Livia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho*  
Coordenação editorial da *Revista Direito UFMS*

## ANÁLISIS DE LOS FACTORES QUE INCIDEN EN LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA PERUANA<sup>1</sup>

### ANÁLISE DOS FATORES QUE INCIDEM NA CRISE DA DEMOCRACIA PERUANA

Manuel Bermúdez-Tapia

Abogado graduado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho, Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Contacto: manuel.bermudez@upsjb.edu.pe, mbermudeztapia@gmail.com

#### Autor convidado

**Resumen:** El contexto socio-político peruano desde 1980 hasta la actualidad presenta una serie de características particulares que lo diferencian del contexto comparado latinoamericano. En cuarenta años, los conceptos de democracia, gobernabilidad, gobernanza y crisis políticas se han complementado en forma secuencial, complementaria como también han tenido una autonomía notoria sin incidir en los otros elementos. Así en épocas de crisis ha sido posible detallar que pese al contexto, la gobernabilidad en el país no se afectaba pese a que la democracia se debilitaba.

**Palabras clave:** Perú. Democracia. Gobernabilidad. Gobernanza. Crisis político-social. Contrato social. Estado de derecho democrático y social.

**Resumo:** O contexto socio-político peruano, desde 1980 até a atualidade, apresenta uma série de características particulares que o diferenciam do contexto latino-americano. Em quarenta anos, os conceitos de democracia, governabilidade, governança e crises políticas foram se complementando de forma sequencial, ainda que complementares, também tendo notória autonomia sem incidir em outros elementos. Assim, em épocas de crise, é possível detalhar que, apesar do contexto, a governança do país não é afetada apesar da democracia enfraquecer-se.

**Palavras-chave:** Peru. Democracia. Governabilidade. Governança. Crise político-social. Contrato social. Estado de Direito democrático e social.

<sup>1</sup> Documento vinculado al proyecto de investigación: “El crimen organizado en las esferas judiciales e instituciones públicas del Perú” desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista aprobado por Resolución de Vicerrectorado de Investigación N° 058-2019-VRI-UPSJB. [https://investigacion.upsjb.edu.pe/wp-content/uploads/2017/08/RESULT\\_CONVOC\\_-2020.pdf](https://investigacion.upsjb.edu.pe/wp-content/uploads/2017/08/RESULT_CONVOC_-2020.pdf)



**SUMARIO:** Introducción. 1. La democracia participativa populista y sin liderazgo objetivo. 2. La democracia, la legitimidad de las acciones del Estado y la opción del referéndum. 3. El referéndum y la democracia a través de la participación ciudadana. 4. La severa crisis de la democracia peruana entre el 2016 al 2020. Conclusiones. Referencias.

## INTRODUCCIÓN

El estudio de la realidad socio política peruana resulta especial, en particular porque próximos a celebrar el bicentenario de la declaración de la independencia de 1821, el país se encuentra en la misma situación de incertidumbre que en la época de la emancipación, casi de forma literal (BERMÚDEZ-TAPIA, 2019, p. 137).

Los contextos de división social, fragilidad productiva en el ámbito económico, así como una marcada tendencia de exclusión social a efectos de preservar ciertas prerrogativas en el ámbito político hacen equivalentes a los años 1820 y 2020, en donde la gobernabilidad (a pesar de los contextos) no necesariamente implicaba un sistema político autónomo y funcional.

En esta perspectiva, el análisis de la realidad peruana exige entender los procesos de cambios que se exponen en gran medida en una época posterior a la última etapa de dictaduras militares en el país (1968-1980) y que han permitido el desarrollo de dos etapas muy diferenciadas entre sí en función al cambio de milenio. De este modo, la realidad política, económica y social entre los años 1980 al 2000 (PEASE, 2011) es totalmente distinta a la de los años entre el 2000 al 2020 (TANAKA, 2005).

La evaluación de conceptos teóricos aplicables a la realidad peruana permite el desarrollo de una propuesta metodológica hermenéutica bajo un enfoque sistémico cuyo objetivo es demostrar que conceptos como “gobernabilidad, democracia, gobernanza y estabilidad” pueden estar relacionados pero que no resultan funcionales cuando se analiza la realidad política nacional, porque no hay una complementación entre ellos.

## 1. LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA POPULISTA Y SIN LIDERAZGO OBJETIVO

Una característica que se registra entre 1980 al 2020, es el desarrollo de gobiernos populistas con personajes que definen la línea de acción central de los gobiernos (VICH, 2005), pero no generan un liderazgo de masas.

En este sentido, entre 1980 y el 2000, Fernando Belaúnde Terry, Alan García Pérez y Alberto Fujimori Fujimori registraban estas características especiales:

a) Fernando Belaúnde y Alan García formaban parte de partidos políticos tradicionales que a raíz de sus gobiernos perdieron legitimidad social, en particular por los elevados niveles de corrupción e ineficiencia en la gestión pública.

Alberto Fujimori no registraba un partido político formal, pero aprovechó la colaboración que le brindó el Apra que procuraba evitar la victoria política de Mario Vargas Llosa, con lo cual condicionó su autonomía política en función al acceso de una maquinaria de publicidad impresionante que llegó al clímax cuando en un debate presidencial, exhibió la portada del periódico más vendido del país, que decretaba la “victoria” del premio nobel peruano un día antes de su publicación.

b) El liderazgo político en los tres gobiernos se ejecutó a través de alianzas políticas con partidos políticos y sectores sociales colaborativos que en épocas de crisis se disolvieron y permitieron registrar que los liderazgos políticos no estaban vinculados al personaje político sino a la esfera del poder que ostentaban.

Alan García Pérez al no lograr la victoria en las elecciones de 1985 fue favorecido por Alfonso Barrantes Lingán quien declinó participar en una segunda elección, esperanzado en la ejecución de un gobierno eficiente de centro izquierda, sin pronosticar los actos de corrupción masivos del gobierno aprista.

c) El rol de los medios de comunicación resultó significativo, al nivel de la manipulación de los medios de expresión fue una constante (GARGUREVICH, 2000, p. 46).

En este ámbito, los tres presidentes manipulaban la información pública a su discreción, llegando a ser extremo en el caso de Alberto Fujimori, quien llegó a ser condenado por el caso de la “prensa chicha”, que representó la época en la cual los medios de expresión informales emitían contenidos con financiamiento público propuestos por Vladimiro Montesinos (EL COMERCIO, 2016).

Panorama muy diferente al registrado entre los años 2000 y el 2020, donde:

a) Alejandro Toledo, Alan García (II gobierno), Ollanta Humala, Pedro Pablo Kuczynski y Martín Vizcarra no formaban parte de ningún partido político significativo.

El acceso a la presidencia de la República se hizo en función a múltiples alianzas políticas con muchas organizaciones sociales y políticas que no fueron sostenidas en el tiempo.

b) Las alianzas políticas se estructuraban en función a objetivos electorales y no en función a la vinculación a planes políticos estructurales a largo o mediano plazo.

En este ámbito, Alejandro Toledo, Ollanta Humala, Pedro Pablo Kuczynski registraron la pérdida de apoyo político casi al inicio de sus gestiones en la presidencia y no pudieron ejecutar un liderazgo político significativo.

c) El control de los medios de prensa siguió siendo manipulado, pasando del manejo político por parte de las autoridades del Estado a la intervención de los sectores empresariales (UCEDA, p. 21), con lo cual las organizaciones políticas cedieron un gran nivel de influencia sobre la comunidad nacional y ante esta situación es que las críticas a las gestiones presidenciales permitieron:

- i. El fin del gobierno de Alberto Fujimori, cuando Fernando Olivera exhibió el video que registraba la compra de congresistas por parte de Vladimiro Montesinos, que devino en la renuncia a la presidencia de la República desde Japón por el ciudadano japonés Kenya Fujimori, evidenciando el cambio de nombre para evitar las críticas en Japón.
- ii. La crisis de gobernabilidad entre los años 2003-2004 provocó una *moción de vacancia presidencial* contra Alejandro Toledo cuando se negó la ejecutar una prueba biológica en un proceso de filiación extramatrimonial sobre una niña a la cual finalmente “reconoció” como suya.
- iii. Durante el gobierno de Alan García Pérez, la prensa evidenció las acciones de corrupción respecto de una multiplicidad de situaciones en donde los hechos registraban una intervención desde las altas esferas del gobierno que no llegaron a ser evaluadas porque el Fiscal de la Nación, José Peláez Bardales, titular del Ministerio Público (IDEELE RADIO, 2018) estaba manipulado por el Apra (PERÚ 21, 2013).
- iv. La prensa logró demostrar los vínculos de Nadine Heredia con el gobierno de Hugo Chávez (Venezuela).

La prensa también evidenció el manejo de la gestión pública nacional en manos de la esposa de Ollanta Humala, el cual se quiso disimular con la referencia de la “pareja presidencial”, el cual no tiene validación en el ámbito constitucional, por cuanto el cargo es individual.

- v. Pedro Pablo Kuczynski fue delatado por la prensa nacional al haber formado parte de las actividades comerciales de Odebrecht mientras ejercía el cargo de Primer Ministro en el gobierno de Alan García (II gobierno) y por ello fue forzado a renunciar a la presidencia de la República luego de haber asumido una primera moción de vacancia por incapacidad moral que se ejecutó a través de una alianza con el hijo de Alberto Fujimori en contra la hermana de esta que había sido detenida por acreditarse delitos de lavado de activos.
- vi. En forma similar a los presidentes precedentes, Martín Vizcarra fue cuestionado por la prensa por registrarse tráfico de influencias en las contrataciones de personal en el Ministerio de Cultura, hecho que produjo una moción de vacancia por incapacidad moral en septiembre 2020 que no logró su propósito, porque se evidenció la manipulación de la evaluación parlamentaria por parte del presidente del Congreso, Manuel Merino de Lama que tenía proyectado convertirse en el nuevo presidente de la República porque Martín Vizcarra no tenía vicepresidente y tampoco bancada política que lo pudiera respaldar.

Consecuentemente, el *liderazgo político* de los presidentes peruanos se ha caracterizado por:

- a) Ser temporal, en particular porque luego de la “luna de miel democrática” al inicio de cada gestión, las elevadas presiones sociales y contextos de crisis estructural en la gestión pública siempre han provocado errores en las decisiones de gobierno y con ello los presidentes han sido duramente criticados.
- b) Ser condicional, especialmente porque en el desarrollo de la gestión, las alianzas políticas se debilitaban y se formaban frentes de oposición, negando inclusive las antiguas alianzas.
- c) Ser único y coyuntural, por cuanto ningún presidente ha logrado tener una incidencia política positiva a la finalización de su gobierno.

Alberto Fujimori, Alejandro Toledo, Alan García Pérez, Ollanta Humala y Pedro Pablo Kuczynski a la finalización de sus gobiernos también observaron que sus partidos políticos desaparecían de la esfera política nacional, siendo reemplazados por otras organizaciones políticas y quedando relegados a porcentajes de apoyo minúsculos que provocaron la pérdida del registro político de sus organizaciones en el Jurado Nacional de Elecciones, al no superar la “valla electoral”.

d) Estar condicionado al manejo económico del país en función a un modelo económico liberal (GONZÁLES, p. 49). En este sentido:

- i. Alberto Fujimori, de tendencia económica neoliberal.
- ii. Alejandro Toledo, de tenencia económica liberal.
- iii. Alan García Pérez, de tenencia económica de centro izquierda.
- iv. Ollanta Humala, de tendencia económica de izquierda.
- v. Pedro Pablo Kuczynski, de tendencia económica liberal.
- vi. Martín Vizcarra, de tendencia económica centro derecha.

De este modo, la dirección económica del país resultó especial porque ideológicamente cada presidente ha registrado una línea de pensamiento y de acción diferente.

## **2. LA DEMOCRACIA, LA LEGITIMIDAD DE LAS ACCIONES DEL ESTADO Y LA OPCIÓN DEL REFERÉNDUM**

En los últimos treinta años en el ámbito comparado se han registrado tres modelos de desarrollo democrático en el mundo:

- a) El modelo de desarrollo del control político en función a la actividad judicial, vinculadas a las “political questions”.

En este sentido, la referencia común en este ámbito está desarrollada en los Estados Unidos de América, donde los jueces han limitado el exceso de poder del Poder Ejecutivo, especialmente en el ámbito de las acciones de intervención en otros países y en los ciudadanos, en función a la inconstitucionalidad de algunas decisiones normativas del Gobierno Federal, como por ejemplo la promoción de la Patriot Act (SUNDBY *et al*, 2008).

Paralelamente, los jueces han ejecutado otras acciones de control político, como por ejemplo en el tema migratorio (DW, 2019).

b) Las iniciativas políticas favorables a la democracia deliberativa.

En este ámbito, es posible hacer el seguimiento de las siguientes referencias de democracia deliberativa (BACHTIGER *et al*, 2018) ampliando lo detallado por Roberto Gargarella (2020):

- i. La Convención Constitucional de Australia de 1998 (RUIZ, 2012).
- ii. La Asamblea de Ciudadanos sobre la Reforma Electoral en la Columbia Británica (Canadá) de 2005.
- iii. La Asamblea Ciudadana sobre Reforma Electoral en Ontario (Canadá) de 2006.
- iv. El Foro de Ciudadanos de Holanda, 2006.
- v. La reforma constitucional de Islandia del 2009.
- vi. La Convención constitucional de Irlanda del 2012.
- vii. La Asamblea de Ciudadanos de Irlanda del 2016 (SUTEU, 2015).
- viii. El Referéndum para la independencia de Escocia del 2014 (CAIRN, 2014).
- ix. El “Brexit” del 2018 que permitió la salida de Gran Bretaña de la Unión Europea (BBC, 2018a).
- x. La discusión ciudadana sobre la despenalización del aborto dentro de las 14 semanas de embarazo en Argentina en el 2018, que se siguió de modo paralelo al debate político en el Senado de dicho país, que terminó siendo negativa a la propuesta liberal (BBC, 2018b).

Cada uno de estos casos, permitió que el *ciudadano de a pie* pueda participar del modelo político nacional (ELSTER *et al*, 2018) y optar por *decidir* de modo directo sobre acciones de gestión pública (ELSTUB *et al*, 2018) que inciden en el país o en el Estado (si formaba parte de un Estado Federal).

c) La democracia del referéndum peruano.

Complementario a los puntos anteriores, en el Perú, por sus características especiales, se desarrolló una situación en la cual

se complementaba una deslegitimidad del Gobierno Nacional, un descrédito del Congreso de la República (BERMÚDEZ-TAPIA, 2012, p. 15) y una severa crisis moral en el Poder Judicial, Consejo Nacional de la Magistratura y Ministerio Público, al nivel de que, en estas tres entidades del sistema de justicia del país, una organización delictiva la estaba dirigiendo.

La Policía Nacional del Perú denominó a esta banda como los “Cuellos Blancos del Puerto”, y la red fue evidenciada luego de ejecutarse un seguimiento a organizaciones de narcotraficantes y es donde se evidenció la finalización del poder político en el ámbito judicial y que provocó:

- i. La detención de Keiko Fujimori por acreditarse hechos que la hacían partícipe del delito de lavado de activos.
- ii. La detención de Ollanta Humala por acreditarse hechos que lo vinculaban a actos de lavado de activos y corrupción en la aprobación de obras públicas.
- iii. La orden de detención contra Alan García por acreditarse actos de lavado de activos a cargo de testaferros y que provocó una sospechosa situación que provocó un “suicidio”, con un halo de sospechas, por cuanto el personaje siempre ha estado vinculado a actos de corrupción y de evasión de la justicia.
- iv. La detención de Pedro Pablo Kuczynski y su posterior detención domiciliaria debido a su delicado estado de salud al ser una persona mayor y sufrir un paro cardíaco cuando fue detenido.
- v. La nulidad del indulto a Alberto Fujimori por que la decisión presidencial de Pedro Pablo Kuczynski contravenía dos sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los casos La Cantuta y Barrios Altos.

Las consecuencias por estas situaciones de corrupción generalizada en la gestión pública han debilitado la participación del ciudadano en los procesos electorales, generándose una condición que he permitido el desarrollo de *nuevas formas de populismo* y también de clientelaje político, que han resultado vinculantes a la accesibilidad de servicios públicos (BERMÚDEZ-TAPIA, 2001, p. 333).

### 3. EL REFERÉNDUM Y LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Conforme el punto anterior, la democracia peruana resulta muy particular y especial y por ello es necesario indicar que se han generado las siguientes elecciones en las cuales se desarrolló un referéndum:

a) Referéndum para la validación de la Constitución de 1993 (31/10/1993), el cual resultó favorable al gobierno de Alberto Fujimori porque días previos los sondeos indicaban una derrota y con lo cual la Constitución de 1979 debía “ser retomada” pese al trabajo de un Congreso Constituyente Democrático elegido expresamente para ser una Asamblea Constituyente y proponer un texto constitucional que pueda reformular la política económica del país así como se genere la tercera reforma institucional de la administración pública peruana.

b) Referéndum de la devolución de aportes voluntarios del FONAVI.

Una elección que procuraba la devolución de “aportes voluntarios” que fueron cobrados como tributos durante décadas a los ciudadanos, el cual fue ampliamente reconocido por la ciudadanía pese al carácter inconstitucional de la medida por parte de la Sentencia N° 0007-2012-PI/TC del Tribunal Constitucional (TC, 2012), que no tomo en cuenta el contenido literal del artículo 32° de la Constitución (BERMÚDEZ-TAPIA, 2007) que prohíbe la convocatoria a un referéndum contra normas de carácter tributario (ARDILES, 2009).

Por tal motivo, el Jurado Nacional Elecciones no convocó a ningún proceso electoral que valide la decisión del Tribunal Constitucional, hasta que este órgano requirió que un juez de paz de Lima Cercado ordene al Jurado Nacional de Elecciones el cumplimiento de su decisión, toda vez que el órgano jurisdiccional constitucional no tiene *executio* de modo autónomo (SALCEDO, 2008).

c) Referéndum de reforma constitucional del 2018.

A raíz de los hechos provocados por los “Cuellos Blancos del Puerto”, se opta por ejecutar un proceso de reforma que incluía desactivar el Consejo Nacional de la Magistratura por acreditarse la ejecución de actos contrarios al orden democrático e institucional del Poder Judicial y Ministerio Público.

Este referéndum permitió la reforma constitucional de tres de cuatro iniciativas con lo cual se creó un nuevo Órgano Constitucional



Autónomo: la Junta Nacional de Justicia, el cual sería el encargado del nombramiento, fiscalización y renovación de la confianza para ejercer el cargo de magistrado en el Poder Judicial y Ministerio Público.

Como puede observarse, cada referéndum fue ejecutado en función a la débil legitimidad política del Presidente de la República y en función a la falta de consensos políticos en cada oportunidad y consecuentemente se generó una condición particular: en ninguno de esos momentos, se afectó la *governabilidad* en el país, por cuanto no hubo crisis social política radical, como sí sucedió en el 2019 en Ecuador, Chile y Colombia.

#### **4. LA SEVERA CRISIS DE LA DEMOCRACIA PERUANA ENTRE EL 2016 AL 2020**

La mejor explicación de la realidad peruana, en la cual la *governabilidad* no se vincula con la *democracia* y tampoco guarda coherencia con el sistema político durante una etapa de crisis severa se expone cuando se analiza el período del 2016 al 2020 (BERMÚDEZ-TAPIA, 2020, p. 355), conforme la siguiente referencia:

a) Elección presidencial del 2016, primera vuelta, sin una victoria clara de parte de los dos candidatos que pasan a segunda vuelta.

La sumatoria de los votos de Keiko Fujimori y de Pedro Pablo Kuczynski no superaron el 40% del electorado, y la tasa de deserción electoral superó el 30% del electorado, con lo cual la deslegitimidad del próximo presidente de la República estaba garantizada.

b) Segunda vuelta presidencial del 2016, en la cual ganó Pedro Pablo Kuczynski por un margen superior a los cinco mil votos, siendo el margen de diferencia más ajustado en la vida republicana peruana.

Sin embargo, esta victoria es pírrica por cuanto la mayoría parlamentaria obtenida por Keiko Fujimori que aseguró a 74 congresistas de un total de 130 hacía presagiar una oposición absoluta.

c) Primera moción de vacancia presidencial a Pedro Pablo Kuczynski en el 2017, el cual se logró superar con una alianza no convencional con Kenji Fujimori, el hijo favorito de Alberto Fujimori. Alianza que provocó la enemistad en la familia Fujimori y a la misma vez el desafuero de Kenji del Congreso de la República, pero permitió la dación del Indulto Presidencial a favor de Fujimori el 24 de diciembre del 2017.

d) Segunda moción de vacancia presidencial contra Pedro Pablo Kuczynski, el cual provocó la renuncia a la presidencia de la república y posteriormente el mandato de detención para seguir un proceso penal por la acreditación de actos de corrupción.

e) La sucesión presidencial de Martín Vizcarra, quien llega a la Presidencia de la República sin un partido político, sin alianzas políticas en el Congreso de la República y en una enemistad con la segunda vicepresidenta, quien planeaba llegar a la Presidencia ante cualquier error del nuevo Presidente.

f) Interregno parlamentario, debido a la disolución del Congreso de la República el 30 de septiembre de 2019 al 16 de marzo de 2020, fecha en el cual el Congreso de la República inició sus funciones ordinarias, luego de una elección parlamentaria extraordinaria en enero del 2020.

Durante este período, pese a las circunstancias en las cuales no hay un equilibrio de poderes (SANDOVAL, 2005), Martín Vizcarra no asumió ninguna acción que procure ampliar o extender su poder o mandato.

g) La declaración del Estado de Emergencia desde el 16 de marzo del 2020 hasta el 30 de junio de 2020, que decretó una *cuarenta por emergencia sanitaria* que ha sido extendida hasta julio del 2021 en forma parcial, especial y sujeta a modificaciones normativas.

h) Una moción de vacancia presidencial contra Martín Vizcarra en septiembre del 2020 en plena pandemia, promovida por el Congresista de la República Edgar Alarcón que tiene una Acusación Constitucional por corrupción al haber sido destituido del cargo de Contralor General de la República y por Manuel Merino de Lama, Presidente del Congreso de la República que sin debate ni el seguimiento de los procedimientos ordinarios optó por ejecutar la elección de la vacancia presidencial para así acceder a la Presidencia de la República, pese a la convocatoria a elecciones del año 2021 hecha por el actual Presidente, Martín Vizcarra.

Pese a los hechos detallados, es posible observar que la *governabilidad* en el país no ha sido severamente cuestionada pero los efectos sobre la legitimidad de la *democracia* si están severamente condicionados y por ello ad portas de las elecciones del año 2021, el panorama político peruano resulta impredecible y ante ello la propia Defensoría del Pueblo ha desarrollado un informe que detalla

que pese a las circunstancias no se han generado actos de abuso de poder, no se ha generado una crisis sociopolítica severa (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2019) y no se ha ejecutado reformas normativas tendientes a provocar caos social (BERMÚDEZ-TAPIA, 2018, p. 168).

## CONCLUSIONES

Pese a las circunstancias, desde 1980 la democracia peruana ha estado en una constante situación de crisis y pese a ello, ni los partidos ni los líderes políticos han logrado generar una condición de equilibrio de condiciones en las esferas de gobierno y por ello, los dos principales poderes del Estado se han visto condicionados negativamente ante la comunidad.

Los actos de corrupción que se tenían asumidos en forma clandestina en los ámbitos judiciales fueron evidenciados en el 2018 y anta situación todo el país fue desestabilizado pero respecto de la legitimidad de sus instituciones mas no en el ámbito político, por cuanto la gobernabilidad nunca fue afectada, inclusive en los momentos más significativos: golpe de Estado del 5 de abril de 1992, renuncia de Fujimori en el 2000 por actos de corrupción, corrupción aprista (en dos momentos), mociones de vacancia presidencial a Alejandro Toledo, Pedro Pablo Kuczynski y Martín Vizcarra.

En este sentido, si bien la gobernabilidad no ha sido destruida en el Perú, las consecuencias sobre la democracia son evidentes al nivel de que un año antes del Bicentenario se registra un panorama caótico y poco previsible a futuro.

## REFERENCIAS

ARDILES, G. ¿Corresponde o no convocar a referéndum la devolución de dinero de FONAVI? *Anales Científicos UNALM*. 70(3), 2009, p. 50-57.

BACHTIGER, A.; DRYZEK, J.; MANSBRIDGE, J.; WARREN, M. *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

BBC. *Qué es el brexit y otras 5 preguntas básicas para entender la salida de Reino Unido de la Unión Europea*. 2018a. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-46521624>.

BBC. *Aborto en Argentina: 4 claves que explican porqué ganó el rechazo a la nueva ley (y qué tendrán que hacer sus promotores para volverlo a plantear)*. 2018b. Disponible en < <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45124523> >.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. Categorías de ciudadanía en el Perú, por el goce de derechos fundamentales. *Boletín del Instituto Riva Agüero*. (28), 2001, p. 333-343.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. *La constitución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Lima: Ediciones Legales, 2007.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. Análisis de la crisis de la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria. *Revista de Análisis Especializado en Jurisprudencia*. Año 4(45), 2012, p. 15-22.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho. In: MARTÍNEZ LAZCANO, A.; ISLAS COLÍN, A. (Eds.) *Derechos Humanos: la transformación de la cultura jurídica*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2018.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. Las dos repúblicas en el Perú: Indios y criollos de 1821 a 2019. *Iura*. 4(1), 2019, p. 251-262.

BERMÚDEZ-TAPIA, M. (2020) Análisis de la crisis del sistema semi presidencial peruano durante el interregno parlamentario y el Estado de Emergencia provocado por el Covid-19. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*. 12(24), 2020, p. 354-371.

CAIRN. *Escocia y la independencia*. El referéndum de la ¿unidad?. 2014. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2014-2-page-273.htm#> >.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Informe defensorial sobre la crisis política, cuestión de confianza y disolución de confianza*. 2019. Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/10/INFORME-DEFENSORIAL-SOBRE-LA-CRISIS-POLÍTICA-251019.pdf>.

DW. *Golpe judicial a las políticas migratorias de Donald Trump*. 2019. Disponible en: <https://www.dw.com/es/golpe-judicial-a-las-pol%C3%ADticas-migratorias-de-donald-trump/a-50805204>.

EL COMERCIO. *Alberto Fujimori: estas son las claves del Caso Diarios Chicha*. 2016. <https://elcomercio.pe/politica/justicia/alberto-fujimori-son-claves-caso-diarios-chicha-398324-noticia/>.

ELSTER, J.; GARGARELLA, R. *Constitutional Conventions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

ELSTUB, S.; POMATTO, G. Mini-publics and deliberative constitutionalism. In: LEVY, R. et al. (eds.). *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

GARGARELLA, R. *De la democracia participativa a la deliberación inclusiva: "mini-públicos", loterías y Constituciones elaboradas por la Ciudadanía ("crowdsourced")*. *Comentarios muy preliminares*. 2020. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/documentos/2019-de-la-democracia-participativa-a-la-deliberacion-inclusiva.pdf>.

GARGUREVICH REGAL, J. *La prensa sensacionalista en el Perú*. Lima: PUCP, 2000.

IDELE RADIO. *Sergio Tejada: José Peláez Bardales no quiso investigar a Alan García en los tiempos de la megacomisión*. 2018. Disponible en: <https://www.ideeleradio.pe/lo-ultimo/sergio-tejada-jose-pelaez-bardales-no-quiso-investigar-a-alan-garcia-en-los-tiempos-de-la-megacomision/>.

PEASE GARCÍA, H. *La democracia y sus instituciones en debate*. Lima: PUCP, 2011.

PERÚ 21. *Fiscalía de la Nación archiva investigaciones a Alan García*. 2013. Disponible en: <https://peru21.pe/opinion/fiscalia-nacion-archiva-investigacion-alan-garcia-135953-noticia/>.

RUIZ VIEYTEZ, E. La excepción constitucional australiana. El debate sobre la protección jurídica de los derechos y el modelo del diálogo institucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*. (95), 2012, p. 95-138.

SALCEDO CUADROS, C. *El JNE por fin convoca a referéndum sobre el FONAVI. ¿Podríamos evitarnos el costo de la consulta.* 2008. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/carlomagnosalcedo/2008/10/20/el-jne-por-fin-convoca-a-referendum-sobre-el-fonavi-podriamos-evitarnos-el-costo-de-la-consulta/>.

SANDOVAL AIMAZÁN, Rodrigo. Asimetría en la relación Ejecutivo-Legislativo bajo el contexto del interregno. *Espacios Públicos*, v. 8, n. 15, 2005, p. 113-132.

SUDBY, S.; PÉREZ CEBADERA, M. Caminando sobre la cuerda floja constitucional: la USA Patriot Act y la “Guerra contra el terror. *Revista General de Derecho Procesal*. (15), 2008, p. 1-14. Disponible en: <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/19013/29277.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

SUTEU, S. Constitutional Conventions in the Digital Era: Lessons from Iceland and Ireland. *Boston College International and Comparative Law Review*. 38(2), 2015, p. 251-276.

TANAKA, M. *Democracia sin partidos, Perú, 2000-2005: los problemas de representación y las propuestas de reforma política.* Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra la Ley N° 29625, Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo.* 2012. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00007-2012-AI.pdf>.

UCEDA, R. Prensa y democracia: el papel de los medios latinoamericanos. Instituto Prisma (Ed.) *Política, ética y comunicación.* La Paz, PNUD Bolivia, 2006.

UNIVERSIDAD PRIVADA SAN JUAN BAUTISTA. Vicerrectorado de Investigación. Resolución N° 058- 2019-VRI-UPSJB, mediante la cual se aprueba el proyecto de investigación: “El crimen organizado en las esferas judiciales e instituciones públicas del Perú”, desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada San Juan Bautista. Recuperado de: [https://investigacion.upsjb.edu.pe/wp-content/uploads/2017/08/RESULT\\_CONVOC\\_-2020.pdf](https://investigacion.upsjb.edu.pe/wp-content/uploads/2017/08/RESULT_CONVOC_-2020.pdf).

VICH, V. *El Estado de vuelta: desigualdad, diversidad y democracia.* Lima: IFEA, 2005.

## CONSECRATION OF THE DIGNITY OF HUMAN PERSON'S PRINCIPLE THROUGH THE EMERGENCY PROTECTIVE MEASURES IN THE MARIA DA PENHA LAW

### *AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA COMO CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*

Andrea Flores

Doutora. Mestre. Professora da Graduação e do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professora da Universidade Católica Dom Bosco. Advogada Criminalista. Vinculada ao Programa de Mestrado em Direitos Humanos. Faculdade de Direito (FADIR). Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil.

Maria Paula de Azevedo Nunes da Cunha Bueno

Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (PPGD-UFMS). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Advogada.

#### **Autoras convidadas**

**Abstract:** The present study approaches the consecration of the dignity of human person's principle through the emergency protective measures in the Maria da Penha law. Its main aim is to examine this principle, as being the basis for the application of the measures provided in the Maria da Penha Law. Starting with a research emanating from a deductive method, eminently bibliographic and documentary, and from a post-positivist paradigm focused on values, the richness of the existing discussion on the matter is clear. Thus, because domestic violence against women is linked to a very old concept of women's stereotype, as being minor and subjugated, and because it was recognized in the twentieth century as a violation of human rights, this issue has been widely discussed in the international community and, recently, in a more emphatic way, in Brazil, as well as the dignity of the human person, which embodies several components and values for each generation of human rights established by Karel Vazak, which is intrinsically linked to the evolution of women's rights and, consequently, it is necessary to protect them from the gender-based aggression. From the research, it can be learned that the dignity of the human being can only be realized through policies such as Urgent Protective Measures, which, in fact, guarantee the safety of woman at risk.

**Keywords:** Human Rights. Dignity. Domestic violence. Maria da Penha Law. Urgent Protective Measures.

**Resumo:** *O presente estudo versa sobre as medidas protetivas de urgência como consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. Tem, como objetivo principal, a análise desse princípio, como sendo base para a aplicação das referidas medidas previstas na Lei Maria da Penha. A partir de uma pesquisa emanada de um método dedutivo, eminentemente bibliográfica e documental, e de um paradigma pós-positivista com enfoque em valores, percebe-se a riqueza da discussão existente acerca da matéria. Destarte, por estar a violência doméstica contra a mulher ligada a um estereótipo muito antigo da mulher como sendo menor e subjugada, e por ter sido, no século XX, reconhecida como violação aos direitos humanos, tal prática vem sendo bastante discutida na comunidade internacional e, recentemente, de forma mais enfática, no Brasil, assim como a dignidade da pessoa humana, que assume várias faces e valorações a cada geração de direitos humanos estabelecida por Karel Vazak, o que está intrinsecamente ligado à evolução dos direitos da mulher e, conseqüentemente, à necessidade de protegê-las de agressões de gênero. Com a pesquisa, pode-se apreender que a dignidade da pessoa humana só pode ser efetivada por meio de políticas como as Medidas Protetivas de Urgência, que, de fato, garantem a segurança da mulher em situação de risco.*

**Palavras-chave:** *Direitos Humanos. Dignidade. Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas de Urgência.*

**SUMMARY:** Introduction. 1. The dignity of the human person and its legal-philosophical foundations. 1.1. The evolution of the concept of human person. 1.2. Legal-philosophical foundations of the dignity of the human person. 2. Domestic violence against women as a violation of human rights. 2.1. Human dignity and human rights. 2.2. Human Rights and domestic violence against women. 3. Emergency protective measures as a consecration of the human person's dignity principle. Conclusion. References.

## INTRODUCTION

This study approaches the consecration of the dignity of human person's principle through the emergency protective measures in the Maria da Penha law and its main aim is to examine this principle as being the basis for the application of those measures, through a deductive research, eminently bibliographic and documentary and a post-positivist paradigm focused on values.

This research is justified by the epidemic dimension of domestic violence, as well as by the importance of the dignity of the human person for the understanding of the evolution of human rights, which is intrinsically linked to the advancement of women's rights.

In order to clarify the theme, the conceptualization of the principle of human dignity will be explained, focusing on the evolution of this principle/value, as well as its legal-philosophical foundations.

Secondly, the connection between human dignity and human rights and the characterization of domestic violence against women as a violation of human rights will be shown.

Finally, urgent protective measures will be analyzed as a consecration of the principle of human dignity and as a way to effectively protect women in domestic violence situation.

## **1. THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND ITS LEGAL-PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS**

### **1.1. THE EVOLUTION OF THE CONCEPT OF HUMAN PERSON**

Much has been said about human person's dignity. One might think that the expression human person is redundant, but it is certain that it is used to emphasize an achievement of post-World War II society, which saw dignity as a value and a universal principle, due to an inherent attribute of each individual. (AVANCINI, 2013, p. 77-78).

Before talking about human person's dignity, it is important to take a look at the different forms already assumed by this expression – human person -, using Fábio Konder Comparato's ideas (2015, p. 31), which also emphasizes the historicity of human rights. The author didactically divides this evolution into five main stages.

According to the author, the first stage is marked by speculations about the identity of Jesus Christ, which had its nature interpreted in two ways: either divine or carnal, which was only resolved at the ecumenical council held in 325 AD, in which it was understood as dual nature – human and divine. In addition, the biblical bases make man a special being, because he was created in the image and likeness of God.

The second stage started in the 6th Century with Boethius, who influenced the medieval thought with his studies. For him, a person was said to be the individual substance of rational nature – substance is the intrinsic characteristic of a being. His ideas were received by Tomas de Aquino and disseminated by the Renaissance and the Enlightenment, and translated into an understanding of the meaning of dignity as the possibility for the individual to build his own existence freely and autonomously. (COMPARATO, 2015, p. 31-33).

The third stage was embodied in the philosophy of Immanuel Kant, who considered the person as a being treated as an end in themselves. The author understands that due to his rational will, only the human being lives in conditions of autonomy, as a being capable of acting in accordance to the laws they edit. (COMPARATO, 2015, p. 33-38).



By the way, explaining the categorical imperative, Kant *apud* Comparato (2015, p. 33) prelects that “the first principle of all ethics is that the human being and, in general, every rational being, exists as an end in themselves, not simply as a way which this or that will can serve their desire”.

The fourth stage, for its turn, results from the understanding that each person is the only one capable of directing their own life according to their personal values, subjecting themselves, voluntarily, to the valuation norms they created. (COMPARATO, 2015, p. 38-39).

Finally, the fifth stage is based on the philosophy of life and existentialist thinking of the first half of the 20th century. Since the Industrial Revolution, life in society became mechanical and bureaucratic, which is why existentialist philosophy seeks to emphasize the unique and irreproducible character of individual personality. From this singular character of existence, the dignity of the person in the whole individual arises. (COMPARATO, 2015, p. 39).

## **1.2. LEGAL-PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON**

It is noticed that the agenda about the value of the human person begins both in classical thought and in theological discussions, which is why biblically, man is considered to be of value, since he was created in God’s image and likeness.

Over time, a paradigm shift took place and this thought became secular and rational, which placed moral freedom as a human characteristic that underlies the dignity of the human person, and no longer human nature itself.

Indeed, it is common sense that from Kant onwards the process of secularization was consolidated, as this philosopher understood dignity as a manifestation of the ethical autonomy of the human person, as it has already been said.

Besides, Kant’s whole idea about the matter refers to an ideal very present in speeches in defense of human rights or in claims with the purpose of guaranteeing and preserving rights already acquired, that is, human beings are priceless. (PEREIRA, 2018, p. 9).

After all, as José Aparecido Pereira (2018, p. 9) points out, regarding the value of human beings, “é justamente o fato de não podermos atribuir-lhe nenhum valor análogo às transações pecuniárias, comerciais e mercadológicas que inferimos a sua dignidade.”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Free translation by the authors: “it is precisely the fact that we cannot attribute any analogous value to pecuniary, commercial and market transactions that we infer their dignity.”

However, it is important to emphasize, still in this aspect, as Javier Orlando Aguirre-Pabón (2011, p. 49) asserts, that our current notion of the dignity of the human person is not exactly what Kant talked about in his texts, considering that, for this philosopher, the term dignity was more far-reaching and it was characterized by three tendencies.

First, this philosopher did not sum up dignity to the term “Menschenwürde” (human dignity), but also to the following: “Würde der Pflicht” (dignity of duty), “Würde des Gebots” (dignity of the law), “Würde der Sittlichkeit” (moral dignity), “Würde eines vernünftigen Wesens” (dignity of a rational being) and “Würde der Menschheit” (dignity of humanity). (AGUIRRE-PABÓN, 2011, p. 49).

In addition, the term dignity is, especially as the dignity of a rational being, only relevant in the text *Foundations of Metaphysics and Customs*, because in the critique of practical reason and metaphysics of customs, this term seems to have no role. (AGUIRRE-PABÓN, 2011, p. 50).

And finally, the kantian notion of human dignity, in contrast to our modern notion, is mostly absent from all of Kant's important works on political and legal philosophy. (AGUIRRE-PABÓN, 2011, p. 50).

That is why, for Aguirre-Pabón (2011, p. 50), Kant's notion of dignity is a political and legal notion, belonging to his time, closely linked to the nobility, and not to the human person, as it currently exists. So, as Habermas *apud* Aguirre-Pabón (2011, p. 72) asserts, the concept of human dignity did not acquire systematic importance in Kant, since reason rests on the moral philosophical explanation of autonomy.

It is important to highlight these nuances in order to stop linking the current concept of human dignity to Kant alone, since, as Jürgen Habermas (2010, p. 17) points out, it was from medieval discussions about the creation of human beings to the image and likeness of God that it was realized that everyone would face a Final Judgment as unique and irreplaceable people, which was translated by philosophy with the understanding that the bases of the dignity of the human person are in the individualization and the unique value of each human being.

Despite the importance of these discussions, it is emphasized that, as explained by Fábio Konder Comparato (2010, p. 44), the reflections of secularized philosophy added to the evolution of the scientific foundations of biology strengthened the historical character of human rights, making an unnecessary clash between the two existing bases, which are, the immutable natural law and the legal positivism, which sees in the State the only possibility for the existence of law.

In other words, a dialogue between the bases is much more viable, with a view to realizing the dignity of the human person, considering that, as Norberto

Bobbio (2004, p. 17) asserts, “o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político.”<sup>2</sup>

And also, that “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los (...).”<sup>3</sup> (BOBBIO, 2004, p. 17).

Even because, finding an ultimate foundation for human rights, and, consequently, for the dignity of the human person, is not interesting, because no one would be able to cover the wide spectrum of them.

In other words, “(...) não se trata de encontrar um fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado -, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”<sup>4</sup> (BOBBIO, 2004, p. 16), since these plural foundations will have no historical importance if their search is not accompanied by the study of the conditions, means and situations in which this or that right can be accomplished. (BOBBIO, 2004, p. 16).

Ingo Sarlet (2003, p. 113) affirms that the dignity of the human person must be understood as an “open axiological category”, since the idea of a fixed concept would harm a series of existing values in a plural society that aims the same respect for dignity.

With this digression about the importance of understanding the fundamentals of the dignity of the human person, even due to the historical condition of human rights, it is necessary to comment on two other aspects - the connection of the dignity of the human person with the human rights and the violence against women.

## 2. DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN AS A VIOLATION OF HUMAN RIGHTS

### 2.1. HUMAN DIGNITY AND HUMAN RIGHTS

Human dignity “*deriva do latim dignitas que significa virtude, valor, honra, consideração, ou qualidade moral, focalizado na justiça, na igualdade e na solidariedade*” (FACHIN; SOUZA, 2019, p. 315).<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Free translation by the authors: “the problem we have before us is not philosophical, but legal and, in a broader sense, political.”

<sup>3</sup> Free translation by the authors: “it is not a matter of knowing what and how many are these rights, what is their nature and their foundation, if they are natural or historical, absolute or relative rights, but what the safest way to guarantee them is (...).”

<sup>4</sup> Free translation by the authors: “(...) it is not a question of finding an absolute foundation - a sublime but desperate undertaking - but of seeking, in each specific case, the several possible foundations.”

<sup>5</sup> Free translation by the authors: “derives from the Latin *dignitas* which means virtue, value, honor, consideration, or moral quality, focused on justice, equality and solidarity.”

Moreover, the notion of human dignity is considered a key concept in the treatment of the discourse of rights, even because, according to Jürgen Habermas, human dignity is the moral source from which all fundamental rights derive their support (AGUIRRE-PABÓN, 2011, p. 48).

Furthermore, for Habermas, although implicitly or explicitly, there has always been an internal conceptual link between human dignity and human rights, even because human dignity constitutes the portal through which the egalitarian and universalistic substratum of morality is transferred to the scope of law (HABERMAS, 2010, p. 16). By the way: “*A ideia de dignidade humana é o eixo conceitual que liga a moralidade do respeito igual a todos com o direito positivo e o processo de legislação democrática, de forma que sua interação possa dar origem a uma ordem política fundada em direitos humanos*”<sup>6</sup> (HABERMAS *apud* AGUIRRE-PABÓN, 2011, p. 73).

Such importance of the dignity of the human person for the understanding of human rights is stamped in the main documents of the international human rights system, such as the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights and other documents of *jus cogens* (hard Law).

It is noticed that although the discussion about the dignity of the human person started even before talking about human rights, as it has already been boasted, it is accurate to say that the connection between these two institutes took place in a more striking way after the Second World War, as follows:

*No entanto, com a evolução das regras que protegem os direitos humanos, observa-se que a conexão entre dignidade e direitos humanos, ou seja, a visão de que a dignidade vem com os direitos, ocorreu apenas com o advento dos principais textos e constituições internacionais após a Segunda Guerra Mundial*<sup>7</sup> (MEZZAROBÀ; SILVEIRA, 2018, p. 277).

Even because there is no society without rights: *ubi societas ibi jus* (Cintra et al., 2009). For this reason, “a afirmação de ideias, isto é, a padronização de condutas e direitos, é um meio importante para evitar o desrespeito à dignidade humana e desencadear mudanças sociais”<sup>8</sup> (FERNANDES; SIQUEIRA, 2017, p.12).

<sup>6</sup> Original text: “*La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos.*” Free translation by the authors: “The idea of human dignity is the conceptual axis that connects the moral of equal respect of every person with positive law and the process of democratic legislation, so that their interaction can give rise to a political order founded on human rights.”

<sup>7</sup> Original text: “However, with the evolution of the rules protecting human rights, it is observed that the connection between dignity and human rights, namely the vision that dignity comes with rights, just took place with the advent of major international texts and constitutions after the Second World War.”

<sup>8</sup> Original text: “the affirmation of ideas, that is, the standardization of conduct and rights is an

In addition to this matter, it is worth saying that, like human rights, human dignity is implemented according to the emergence of its dimensions. By the way:

*A dignidade da pessoa humana será concretizada pelo valor preponderante em um dado período histórico, por exemplo, liberdade, igualdade e solidariedade. Assim, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, um importante instrumento dos direitos humanos universais e principal disseminador de valores pelo mundo, a dignidade do ser humano substituiu o pilar de todos os direitos nela consagrados*<sup>9</sup> (MEZZAROBBA; SILVEIRA, 2018, p. 278).

Likewise, in Brazil the principle of human dignity also governs the State from the current Constitution. In addition to its recognition as a principle and value, it is stamped in Article 1, item III, of the Constitution of the Republic from 1988, and it is understood as an essential core of the Federative Republic of Brazil, translating into the recognition of the individual's value as a limit and foundation of the political organization of society, as a validity foundation that harmonizes and inspires the current constitutional order as a whole, informing the basis of the republican and democratic order (CANOTILHO, 1998, p. 219).

That is “*em 1988, a Constituição Federal reconheceu a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, reafirmando os valores sociais e humanizadores, especialmente a dignidade humana, a solidariedade social e a igualdade substancial*” (FACHIN; SOUZA, 2019, p. 327).<sup>10</sup>

Thus, the recognition of the dignity of the person by our constitutional order brought to Brazil an alignment with the international human rights agenda, which throughout history has recognized violence against women as one of the ways of its violation, as it will be seen below.

## 2.2. HUMAN RIGHTS AND DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN

Looking at the digression made in the previous topic about the connection of human rights with the dignity of the human person and their affirmation in the international and Brazilian scope, it is emphasized that, due to the ideas of

---

important means to avoid disrespect for human dignity and trigger social changes.”

<sup>9</sup> Original text: “The dignity of the human person will be made concrete by the preponderant value in a given historical time, for example, freedom, equality and solidarity. Thus, on the Universal Declaration of Human Rights of 1948, an important instrument of universal human rights and main spreader of values over the world, the human being dignity took the place of pillar to all the rights in it enshrined.”

<sup>10</sup> Free translation by the authors: “in 1988, the Federal Constitution recognized equal rights and duties between men and women, reaffirming social and humanizing values, especially human dignity, social solidarity and substantial equality.”

Norberto Bobbio (2004, p. 9), human rights are not born all at once and not once and for all. Hence, from there it comes the complexity of the study, its advances and changes, which accompany the social, economic and political achievements made internationally, regionally and internally in the Brazilian States.

In turn, women's rights also come from a pluralist feminist movement, marked by different moments of struggles and achievements. By the way:

*Enquanto um construído histórico, os direitos humanos das mulheres não traduzem uma história linear, não compõem uma marcha triunfal, nem tampouco uma causa perdida. Mas refletem, a todo tempo, a história de um combate, mediante processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana, como invoca, em sua complexidade e dinâmica, o movimento feminista, em sua trajetória plural” (PIMENTEL; PIOVESAN, 2011, p. 101).<sup>11</sup>*

Indeed, the struggle of women has always been very plural, since, at each time, we sought to achieve a certain right - always with gender equality as a backdrop. The recognition of domestic violence as a violation of human rights is part of this movement, in search of material equality.

In other words, while pursuing equality, it was necessary to raise domestic violence against women to the status of violation of human rights, as it was not enough that the female revolution have marked the previous century, since the advancement of women in several areas and sectors failed to end the cruel sequel to discrimination that they are still victims of. (DIAS; REINHEIMER, 2011, p. 195).

And this fight for equal rights was waged by women, generating feminist content, which Carmen Hein de Campos (2011, p. 1) calls feminist theory of law. The first feminist criticism was the modern dichotomies, which placed women as inferior to men, identifying the right only with the male pole (OLSEN, 1995, p. 473).

As a demonstration of the effects of modern thinking, the first 1789 Declaration of Human and Citizen Rights can be cited, which only refers to a single gender as a subject of rights, namely man - a neutral term, but which indicates exclusion of women, which generated, in response, the Declaration of the Rights of Women and Female Citizens, in 1791.

---

<sup>11</sup> Free translation by the authors: “As a historical construct, women's human rights do not represent a linear history, they do not make up a triumphal march, nor a lost cause. But they reflect, at all times, the history of combat, through a processes that open and consolidate spaces for the struggle for human dignity, as the feminist movement invokes, in its complexity and dynamics, in its plural trajectory.”

Indeed, the historical process of accomplishment by women of civil, political, economic, social and cultural rights gained greater emphasis in the 20th century, with the organized action of social movements that contributed to the application of citizenship and the incorporation of women as subjects of rights.

The welcoming of these new actors - like women - redefined the dimensions of rights beyond formal freedom and equality, highlighting rights in the field of health, education, among others, marking the indivisibility of the rights inherent to the human person (BARSTED, 2011, p. 13). These new rights are those of solidarity, or of the third generation, according to Karel Vazak.

It is also important to reinforce that the search for women's rights started in the American community even before it was done at the UN level. In 1928 the 6th American International Conference took place, in which the Inter-American Commission of Women was created. In 1933, at the 7th Conference, the Inter-American Convention on the Nationality of Women was launched.

In 1938, at the 8th Conference, Lima Declaration on the Rights of Women emerged and, at the 9th Conference, five years later, the International Convention on the Granting of Civil Rights to Women. In parallel, there was the Universal Declaration of Human Rights, within the scope of the UN.

After several achievements, in 1979, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women was launched at the international level (internalized in Brazil through Decree Law No. 93/1983); and in 1993, at the Second World Conference on Human Rights of the UN, gender violence was recognized for the first time as a violation of human rights.

In other words, for the first time it was recognized, at an international level, that violence against women is a way of disrespecting the dignity and equality of human beings, because it conveys the idea that women are inferior to men (CERQUEIRA; FERNANDES, 2017, p. 13).

A year later, the Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence Against Women was held, which was internalized in Brazil by Decree 1973/1996.

In the face of all these advances and before Maria da Penha's situation of total injustice - which gives name to Brazilian law and who was a woman victim of serious domestic violence practiced by her partner, who left practically unharmed - Brazilian feminism has shown that it has distanced itself of the dichotomy of modern thinking and that, in fact, approached the search for gender equality, which is why it achieved, through successful feminist advocacy, the promulgation of the Maria da Penha Law, in the face of Brazil's condemnation by the Inter-American Court of Human Rights.



It should also be highlighted that the Maria da Penha Law recognizes and reinforces the character of the violation of human rights that domestic violence against women has, showing that the country is aligned with international guidelines, according to its 6<sup>th</sup> article: “*A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos*”<sup>12</sup> (BRASIL, 2006).

It is also important to emphasize that what motivated their inclusion in the legal text transcribed above was the purpose of affirming the importance in the fight to end this type of violence, even because this law is not only for women who have been victims of any type of violence, but also for family, state and society, which together must seek equality among people and dignity for all (BIANCHINI, 2018, p. 17).

In summary, it was at the United Nations Conference on Human Rights in Vienna, in 1993, that it was declared for the first time that women’s rights are human rights. Shortly thereafter, the Inter-American Convention to Prevent and Eradicate Violence Against Women - Belém do Pará Convention treated violence against women the same way. That is why, among the countless advances represented by the Maria da Penha Law, the most significant probably was the definitive establishment of gender discrimination and violence as a form of insulting human rights (BIANCHINI, 2018, p. 17).

### **3. EMERGENCY PROTECTIVE MEASURES AS A CONSECRATION OF THE HUMAN PERSON’S DIGNITY PRINCIPLE**

Based on a perfunctory analysis of the texts by Norberto Bobbio and Fábio Konder Comparato, the enforcement of human rights matters much more than their conceptualization or finding an ultimate foundation for them.

According to this, in order to protect the human right to domestic non-violence against women, urgent protective measures were set forth in the Maria da Penha Law, as a way of making this ideal effective. Especially because, in most cases, violence comes from home and if it were not for urgent protective measures women would have to return to that environment after an eventual report to the police, which would be dangerous and inconceivable, for example.

In fact, Rosane M. Reis Lavigne and Cecilia Perlingeiro (2011, p. 293) point out that such measures represent the greatest success of the Maria da Penha Law, with their effectiveness and innovation praised in the doctrine even by authors

---

<sup>12</sup> Free translation by the authors: “Domestic and family violence against women is one of the ways of human rights violations.” (BRASIL, 2006).



who offer criticisms about women's achievement, even because the current legal order makes it clear the State's duty to safeguard the freedom of action of women and their children and family members involved in the situation of risk in summary cognition.

The urgent protective measures are set forth in article 9<sup>th</sup> and 18 in the Maria da Penha Law, and because they are emergency measures, the victim may request them through the police authority - usually when registering the victim police report - or the Public Prosecutor's Office, which, in both cases, will forward the request to the judge, who must decide about the request within 48 hours.

An exception to this rule is found in the new law 13.827/2019, which has set forth exceptional possibilities in which, aiming at the immediate protection of women, the Police Chief or police officer may enact emergency protective measures in favor of women, which will probably be applied in cities where there are no specialized courts for domestic violence, that is, in the countryside.

In another aspect, it should be noted that articles 18 to 21 of the Law explain the procedures to be carried out to guarantee protection against risk to the integrity of the woman and her family, but it does not establish a specific rite, which is why there are controversies regarding the nature and form of processing. The doctrinal discussion about the legal nature was well summarized by Thiago Pierobom de Ávila (2019, s.p.):

*Há enorme celeuma doutrinária sobre a natureza jurídica das medidas protetivas de urgência. Um segmento defende se tratar de medida de natureza cível (PIRES, 2011:155; CUNHA; PINTO, 2014:156; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016; OLIVEIRA et al, 2016:105; PASINATO et al, 2016: 246; e, aparentemente, FERNANDES, 2015:142). Há quem a classifique como medidas cautelares inominadas assemelhadas aos writs constitucionais (LIMA, 2011:329; DIAS, 2012:148), ou tutela de amparo sui generis com natureza acautelatória especial (CAMPOS; CORRÊA, 2007:384). Há ainda a posição de se tratar de medidas híbridas (DINIZ, 2014:9; COPEVID, Enunciado 4). Cavalcanti (2010:223) cinde as medidas protetivas em criminais (art. 22, incisos I, II e III, da LMP) e cíveis (incisos IV e V) e Souza (2013:151 e 176) aparentemente segue essa linha. Normalmente, os criminalistas tendem a reconduzir as medidas protetivas de urgência à lógica das medidas cautelares criminais, ainda que o façam genericamente, sem discutir sua efetiva natureza jurídica (DELMANTO, 2008:163; FEITOZA, 2008:779; BELLOQUE, 2011:309; CRUZ, 2011:181). Bianchini (2011:241) afirma genericamente que "as medidas protetivas da Lei Maria da Penha possuem natureza jurídica distinta das medidas cautelares do CPP", já que visam garantir os direitos previstos na LMP. Há precedentes conflitantes*

*do STJ sobre o tema, dois entendendo pela natureza cível e autônoma das medidas protetivas (BRASIL, 2014b; BRASIL, 2016) e outro afirmando se tratar de uma cautelar criminal (BRASIL, 2017).<sup>13</sup>*

We understand, in this regard, that the protective measures provided for in the Maria da Penha Law, in articles 22 to 24 and 9, have a civil and autonomous character, even if they will have a reflex in the criminal field, even because, the provision of the urgent protective measures can also be considered as recognition of a civil obligation not arising from the practice of an illegal act (DIDIER JR. ; OLIVEIRA, 2016).

Thinking this way will ultimately influence several other factors, such as the possibility of imprisonment for failure to comply with a protective measure, or the need for a Police Inquiry to determine it, among others, which ends up generating greater protection for women in situation of domestic violence. By the way:

*Transformar essas medidas protetivas cíveis em cautelares criminais significaria expropriar a mulher do seu direito fundamental à proteção, tutelável autonomamente na esfera cível. A solução da controvérsia há de ser feita à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, guiada pelo vetor hermenêutico do art. 4º da LMP, que determina a consideração dos fins sociais da lei, que é a adequada proteção à mulher em situação de violência doméstica (ÁVILA, 2019, s.p.).<sup>14</sup>*

<sup>13</sup> Free translation by the authors: "There is a huge doctrinal stir about the legal nature of emergency protective measures. One segment argues that it is a civil action (PIRES, 2011: 155; CUNHA; PINTO, 2014: 156; DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2016; OLIVEIRA et al, 2016: 105; PASINATO et al, 2016: 246; and apparently FERNANDES, 2015: 142). There are those who classify it as innominate precautionary measures similar to constitutional writs (LIMA, 2011: 329; DIAS, 2012: 148), or sui generis guardianship with a special precautionary nature (CAMPOS; CORRÊA, 2007: 384). There is also the position of dealing with hybrid measures (DINIZ, 2014: 9; COPEVID, Statement 4). Cavalcanti (2010: 223) surrounds protective measures in criminal (art. 22, items I, II and III, of the LMP) and civil (items IV and V) and Souza (2013: 151 and 176) apparently follows this line. Usually, criminalists tend to redirect urgent protective measures to the logic of criminal precautionary measures, even if they do so generically, without discussing their effective legal nature (DELMANTO, 2008: 163; FEITOZA, 2008: 779; BELLOQUE, 2011: 309; CRUZ, 2011: 181). Bianchini (2011: 241) generically affirms that "the protective measures of the Maria da Penha Law have a different legal nature from the precautionary measures of the CPP", since they aim to guarantee the rights set forth in the LMP. There are conflicting precedents of the STJ on the subject, two understanding the civil and autonomous nature of protective measures (BRASIL, 2014b; BRASIL, 2016) and another claiming that it is a criminal injunction (BRASIL, 2017)."

<sup>14</sup> Free translation by the authors: "Transforming these civil protective measures into criminal injunctions would mean expropriating women from their fundamental right to protection, which can be autonomously protected in the civil sphere. The solution of the controversy must be made in the light of the principle of maximum effectiveness of fundamental rights, guided by the hermeneutic vector of art. 4 of the LMP, which determines the consideration of the social purposes of the law, which is adequate protection for women in situations of domestic violence." (ÁVILA, 2019, s.p.).

Even because the simplified rite and the speed of processing is more appropriate, with a standard accessible to all victims, so they, their legal representatives or relatives can request it. (LAVIGNE; PERLINGERO, 2011, p. 294). If it were not like that, the emergency protective measures would be a beautiful institute, but dead and without any effectiveness.

In the USA, it is worthwhile to exemplify, all states have civil protective orders since the 1990s, whose content is absolutely identical to the emergency protective measures that forbids approach and contact (see BUZAWA *et al*, 2017, p. 224).

Furthermore, under a general view of the Maria da Penha Law, it is clear that it was created not only to deal with the criminal question, of repression, but also, more importantly, it was created to guarantee protection and prevention of crimes. The first article of the mentioned law shows its spirit:

*Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).<sup>15</sup>*

Under this point of view, it is clear that the role of the Maria da Penha Law in the legal system is to expand legal and state mechanisms to protect women, which, since 2014, has been highlighted by the Superior Court of Justice, which has since then made it clear that the attempt to prevent domestic violence against women can be pursued with judicial measures of a non-criminal nature, since the state criminal response is only triggered after the criminal offense is committed concretely, sometimes with irreversible consequences.

Therefore, having the urgent protective measures as civil nature, they can be applied in civil proceedings, without the need for criminal proceedings, or even a police investigation.

---

<sup>15</sup> Free translation by the authors: "This Law creates mechanisms to restrain and prevent domestic and family violence against women, under the terms of § 8 of art. 226 of the Federal Constitution, the Convention on the Elimination of All Ways of Violence against Women, the Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women and other international treaties ratified by the Federative Republic of Brazil; provides for the creation of Courts for Domestic and Family Violence against Women; and establishes assistance and protection measures for women in situations of domestic and family violence."

Because of this reality, in Brazil, at the Forum of Judges of Domestic Violence, as to the hybridity of domestic violence courts - an issue that will not be discussed in this article, but on which we opine for the full application by all courts, according to what The Maria da Penha Law initially envisaged, even more comprehensively than the one proposed by Law 13,894 / 2019 - the statement 3 was edited, asserting that the civil character of courts would be restricted to Emergency Protective Measures (FONAVID, 2014).

At another point, it should be noted that there are other measures, outside the Maria da Penha Law, that will continue to be considered as criminal injunctions, such as periodic court appearances, the prohibition of being absent from the county or country, night home retreat, suspension of the exercise of public function or economic or financial activity, provisional hospitalization and electronic monitoring, all set forth in art. 319, items I, IV, V, VI, VII and IX of the Criminal Procedure Code, as well as the decree of preventive detention in case of non-compliance with emergency protective measures, as provided for in article 20 of the Maria da Penha Law and article 313, III of the CPP (ÁVILA, 2019, s.p.).

Once this doctrinal-jurisprudential digression has been made, it should be noted that the emergency protective measures set forth in the Law (BRASIL, 2006, no page) can be organized, didactically, as follows: measures directed at the aggressor (art. 22), directed at the victim (art. 23) and assistance measures (art. 9). The legal role is only exemplary and there is no minimum and maximum number of protective measures to be applied to a given case.

Those addressed to the aggressor and provided by the law are: suspension or restriction of possession of weapons; removal from home or place where the relationship was held; prohibition of certain behaviors, such as approaching or contacting the victim, family members and witnesses and attending certain places in order to preserve the victim's physical and psychological integrity; restriction or suspension of visits to minor dependents; and, finally, provision of maintenance or provisional maintenance.

Those addressed to the victim, in turn, are the referral of the victim and her dependents to an official or community protection program or assistance program, the determination of the return of the victim and her dependents home, after removal of the aggressor; determination of the removal of the victim from home, without prejudice to her assets, custody of children and food; determination of the separation of bodies and the registration or transfer of the victim's dependents to a basic education institution close to their home, regardless of the existence of a vacancy.

Still, for the patrimonial protection of the assets of the conjugal society or those of women's private property, it will be possible to determine, in a preliminary character, the restitution of assets, the temporary prohibition for the execution of acts and contracts of purchase, sale, lease of common property, etc. The suspension of powers of attorney conferred by the victim to the aggressor and the provision of provisional security, through judicial deposit, for losses and damages resulting from the practice of domestic violence.

And finally, with assistance, there are the measures set forth in article 9 of the Maria da Penha Law, which must, in accordance with the legal provision, be provided in an articulated manner, in accordance with the principles and guidelines provided for in the Organic Law Social Assistance, in the Unified Health System, in the Unified Public Security System, among other rules and public protection policies, and, emergency, when appropriate.

Thus, it is noted that the dignity of the human person is observed when it comes to emergency protective measures, since women find, in law and in the State, support to denounce and lead a life without gender violence, all of that, certainly, if the measures are monitored and enforced, and also if the criminal action takes its normal course and the psychological and social assistance to the victim is satisfactory.

## **CONCLUSION**

It is important to study emergency protective measures, from the perspective of human dignity and human rights, because, despite the different nuances that surround them, the research ends up presenting itself more completely.

As a result, in a period in which an attempt was being made to change all accepted thinking, at the time, in most countries, which was the modern dichotomy, which placed women as worse than men, the feminist struggle began to gain space, in order to achieve material equality, the Maria da Penha Law being the result of much effort by the brave fighters at the international and national levels.

In other words, in order to give effect to the intention of protecting women, the Maria da Penha Law was provided for the possibility of enacting emergency protective measures in favor of the victim and her family.

Even so, despite all the efforts that have been made to protect women from gender-based violence within their coexistence, it is important to note that a large number do not even denounce or require measures and, the "tip of the iceberg" that reports ends up not being satisfactorily attended to in some opportunities.

That is why the fight against domestic violence against women has yet to be strengthened by the international community, through the elaboration of conventions and the creation of inspection bodies, and, in Brazil, which is a country with a high rate of domestic violence, it has started to be more vigorously combated in the last decade, through the internalization of international documents and the creation of the Maria da Penha Law.

However, fighting against it must increase and can't stop, until there is a paradigm shift regarding gender equality, which can only happen with the efforts of the international community and Brazil's efforts, to face and suppress this practice with effective public policies.

## REFERENCES

AGUIRRE-PABÓN, Javier Orlando. Dignidad, Derechos Humanos y La Filosofía Práctica de Kant. *Vniversitas*, Bogotá (Colômbia), n. 123, f. 45-74, jul./dic. 2011.

AVANCINI, Helenara Braga. A dignidade da pessoa humana e a incorporação do direito internacional dos direitos do homem no direito interno luso-brasileiro. *PIDCC*, Aracaju, Ano II, n. 04/2013, p. 76-98, out. 2013.

ÁVILIA, Thiago Pierobom. Medidas protetivas da Lei Maria da Penha: natureza jurídica e parâmetros decisórios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 157, s.p., jul. 2019.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem sucedida de *advocacy* feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 13-37.

BIANCHINI, Alice. A violência de gênero constitui uma forma de violação dos direitos humanos. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 9, n. 17, p. 17-29, 2018.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 1909; tradução de Carlos Nelson Courinho – Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Lei Maria da Penha*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 05 mar. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 1-12.

CERQUEIRA, Carla; FERNANDES, Brenda. A violência contra as mulheres como uma violação dos direitos humanos: do positivado ao noticiado. *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito* – Universidade Federal da Paraíba, v. 6, n. 1, p. 7-31, 2017.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. comemorativa. São Paulo: Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice; REINHIMER, Thiele Lopes. Da violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 195-200.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. A Lei Maria da Penha e o novo CPC. In: COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor Vitor Mendonça (Org.). *Repercussões do novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2016. (v. 9: Legislação extravagante.)

FACHIN, Zulmar; SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para o estado contemporâneo: um olhar sob o viés dos direitos da personalidade. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, v. 7, n. 3, p. 311-340, 2019.

FONAVID. *Enunciados do VI Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, 2014. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonavid/enunciados.php>. Acesso em: 13 mar. 2020.

HABERMAS, Jürgen. *El concepto de dignidad humana y la utopia realista de los derechos humanos*, 55 Doanóa, 64, p. 3-25, mai. 2010.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Das medidas protetivas de urgência. Artigos 18-21. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 288-306.

MEZZARROBA, Orides; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. The principle of the dignity of human person: a reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, n. 1, p. 273-293, jan./abr. 2018.

OLSEN, Frances. Feminism and the legal critical theory: an American perspective. In: OLSEN, Francis (Ed.) *Feminist Legal Theory: foundations and outlooks*. New York University Press, 1995. v. 1, p. 474-489.

PEREIRA, José Aparecido. Uma discussão sobre a dignidade da pessoa humana a partir da ética de Kant. *Revista de Filosofia, Amargosa – BA*, v. 17, n.1, p.1-11, jun. 2018.

PIMENTEL, Sílvia; PIOVESAN, Flávia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 101-118.

SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.



## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

### *THE HISTORICAL EVOLUTION AND POSITIVITY OF HUMAN RIGHTS*

Washington Carlos de Almeida

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca - USAL (2018). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo(2008). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). Especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre - RS (2002). Especialista em Docência do Ensino Superior da Universidade Federal do Rio Janeiro - RJ, (2001). Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo - SP (1999) e Graduado em Teologia pelo Seminário Presbiteriano Reverendo José Manuel da Conceição, São Paulo - SP (2002). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Vice-presidente da Comissão de Direito Agrário da OAB/SP. Advogado

Washington Carlos de Almeida Júnior

Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018). PUC-SP.

#### **Autores convidados**

**Resumo:** O presente artigo busca discutir a evolução histórica dos direitos humanos e sua positivação, analisando o grande desafio atual de obter a garantia efetiva dos direitos humanos, a fim de que sejam coibidas, de forma eficaz, todas as violações de tais direitos fundamentais, que não podem ser toleradas pelo ordenamento jurídico pátrio, bem como, internacional.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Evolução histórica. Positivação. Efetividade.

**Abstract:** *This article aims to discuss the historical evolution of human rights and its positivation, analyzing the great current challenge of obtaining the effective guarantee of human rights, in order to effectively curb all violations of such fundamental rights, which they can not be tolerated by the national legal system, as well as international.*

**Keywords:** *Human rights. Historical evolution. Positivity. Effectiveness.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Passagem dos direritos como cidadão aos direitos como indivíduo. 2. Direitos individuais. 2.1. A efetivação dos direitos humanos. Conclusão. Referências.



## INTRODUÇÃO

Desde as mais remotas civilizações as normas morais e religiosas começaram a delinear a doutrina acerca dos Direitos Humanos. Nos dez mandamentos percebe-se que houve uma passagem dos direitos do cidadão, antes focados no coletivo, para uma visão como direitos do indivíduo. Nota-se que foi com o jusnaturalismo que o indivíduo passou a ser o ponto de partida para a construção de uma doutrina do direito, e não mais a sociedade.

Assim, será verificado, no decorrer do presente artigo, que esses direitos individuais foram progredindo no transcorrer dos séculos da história da civilização humana, chegando à moderna concepção de direitos humanos, tendo como

O principal marco do desenvolvimento do conceito de direitos humanos foi a adoção, pela Assembleia Geral da ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que contém um conjunto de direitos individuais, coletivos, civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que visam assegurar a dignidade da pessoa humana.

Os direitos humanos são universais, baseados no princípio de respeito ao indivíduo e na dignidade da pessoa humana, consistindo em direitos que devem ser respeitados e observados por todos, pelo simples fato de sermos humanos e estarmos vivos.

Todavia, o desafio que perdura na atualidade consiste em garantir que os direitos humanos sejam respeitados por todos os países e que suas violações sejam impedidas e não mais toleradas.

### 1. PASSAGEM DOS DIREITOS COMO CIDADÃO AOS DIREITOS COMO INDIVÍDUO

Em uma passagem do capítulo “Era dos direitos” do livro de mesmo nome de Norberto Bobbio, o autor afirma que o ser humano depara-se, desde o início, com uma dupla hostilidade: a da natureza e a de seus semelhantes. Contra as primeiras foram criadas técnicas de sobrevivência; contra as segundas nasceram os primeiros códigos morais, ligados ao dever imposto a cada pessoa, na tentativa de proteger a existência da comunidade. Estes códigos visam impedir comportamentos indesejados ou incentivar aqueles desejados recorrendo, para isto, a um sistema de recompensas ou punições, celestes ou terrenas.

Todos os códigos de dever (os códigos morais) são imposições sobre o comportamento das pessoas de modo a melhor garantir a vida da comunidade. Os Dez Mandamentos, segundo a tradição judaica passada ao cristianismo, código entregue por Deus a Moisés no monte Sinai, serve mais como proteção de exis-

tência da comunidade do que de qualquer indivíduo dentro dela, nas palavras do autor mencionado:

O problema da moral foi originalmente considerado mais do ângulo da sociedade do que daquele do indivíduo. E não podia ser de outro modo: aos códigos de regras de conduta foi atribuída a função de proteger mais o grupo em seu conjunto do que o indivíduo singular. Originalmente, a função do preceito “não matar” não era tanto a de proteger o membro individual do grupo, mas a de impedir uma das razões fundamentais da desagregação do próprio grupo. A melhor prova disso é o fato de que esse preceito, considerado justamente como um dos fundamentos da moral, só vale no interior do grupo: não vale em relação aos membros dos outros grupos (BOBBIO, 2004, p. 53).

Parece claro que a imposição “não matar” não visa proteger a vida em sentido abstrato, ou seja, não intenciona garantir a cada ser humano a preservação de sua vida, mas preservar a existência do grupo de indivíduos. Prova é que a imposição não vale para membros fora da comunidade.

Ao longo de séculos, em diversos locais e tempos, outros códigos morais surgiram prescrevendo comportamentos e sanções em caso de descumprimento. O Código de Hamurabi se tornou famoso por diversas imposições, entre elas a imposição conhecida como Lei de Talião que impôs a pena como proporcional ao crime cometido, popularmente conhecido pelo bordão “olho por olho e dente por dente”. É possível imaginar que a origem da força dos códigos morais assenta-se na forma como as comunidades antigas, de importância especial as sociedades grega e romana, foram constituídas como extensão do espaço familiar. Portanto, o peso da tradição, dos costumes e, especialmente, da religião se fez sentir no espaço público. Platão na República considera um perigo para a cidade justa a introdução de novas formas de música. Não se pode esquecer que Sócrates teve sentença de morte declarada por violar a ordem dos deuses da cidade (COULANGES, 2007, *apud* COMPARATO, 2010).

Uma longa história de códigos morais, na forma de códigos legais, sucedeu-se desde os grandes legisladores gregos como Sólon e Licurgo, passando pelas Leis de Platão, das Leis de Cícero até O Espírito das Leis de Montesquieu. Em todos, a estrutura legal é na tentativa de garantir a continuidade e a organização da comunidade que habita sob as normas do Estado. Precisou haver algumas mudanças nas ideias circulantes, no pensamento e na estrutura socioeconômica para que os direitos migrassem da proteção da comunidade para a proteção do indivíduo, essas mudanças serão analisadas no próximo capítulo.

## 2. DIREITOS INDIVIDUAIS

Segundo Bobbio, foi o jusnaturalismo, que ele colocou como a secularização da ética cristã, que tornou o indivíduo, e não mais a sociedade, o ponto de partida para a construção de uma doutrina moral e do direito. O jusnaturalismo é a ideia que o ser humano já nasce portador de alguns direitos inalienáveis pelo simples fato de fazer parte da espécie humana. O pai desta doutrina na visão de Bobbio é John Locke. Para Locke, o verdadeiro estado de natureza humana é a liberdade: os seres humanos nascem iguais entre si e livres sendo a vivência em sociedade, o estado civil uma criação artificial. Bobbio cita uma passagem de Locke que exemplifica o pensamento do filósofo:

[...] deve-se considerar em que estado se encontram naturalmente todos os homens; e esse é um estado de perfeita liberdade de regular as próprias ações e de dispor das próprias posses e das próprias pessoas como se acreditar melhor, nos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de nenhum outro (BOBBIO, 2004, p. 55).

Esta revolução, que coloca o indivíduo como sujeito de direitos e deveres, não como membro de uma comunidade, mas como um ser individual frente ao Estado, impacta sobremaneira as revoluções burguesas do século XVIII. A Revolução Americana de 1776, após garantir a independência das treze colônias britânicas na América do Norte, inseriu em sua constituição um enorme avanço em direção a garantia de direitos humanos. Como diz o professor Fábio Konder Comparato (2017):

A Constituição norte americana foi o primeiro documento político a reconhecer a existência de direitos a todos os membros da espécie humana, sem distinção alguma quanto a sexo, raça, religião ou qualquer outra característica. Surgiu a ideia de “direitos inalienáveis”, direitos estes que o ser humano não pode nem sequer abrir mão por vontade própria, não são transferíveis e nem negociáveis. Diretos tais como a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

De fato, em seu artigo 1º está escrito:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança (COMPARATO, 2017).

No artigo 12º “a imprensa livre é um dos grandes baluartes da liberdade [...]” (COMPARATO, 2017, p. 130), e, no artigo 16º “a religião, ou os deveres que possuímos para com nosso Criador, bem como o modo de cumpri-los, só podem ser dirigidos pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência” (COMPARATO, 2017, p. 130).

Nota-se que já temos, neste documento, a garantia de direitos fundamentais como a liberdade, informação e crença, que estão já no nascimento dos direitos humanos cuja evolução continua até hoje, na segunda década do século XXI. O fato de que ainda em diversos lugares do planeta, mesmo estes direitos mais básicos não sejam respeitados diz muito sobre a dificuldade de sair do campo do abstrato, da intenção, do dever ser para concluir como direitos efetivos e positivados, tema que Bobbio também trabalha em seu livro.

O próximo marco na história da afirmação dos direitos humanos é a Revolução Francesa e a sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, depois, a Declaração de 1793, que garante uma série de direitos os quais, se hoje fazem parte de qualquer constituição democrática, é porque foram inscritos nestes documentos fundamentais no processo de incorporação de direitos ao ser humano. Na Declaração de 1793 estão gravados a garantia da felicidade a cada ser humano, como finalidade da sociedade, e a garantia de fruição de direitos naturais e imprescritíveis (artigo 1). O artigo 2 declara quais são estes direitos “(...) a igualdade, a liberdade, a segurança, a propriedade” (COMPARATO, 2017, p. 172).

Vê-se, já no título do documento, o termo direitos “do Homem e do Cidadão”, dando uma conotação de extensão destes direitos não apenas aos cidadãos, ou seja, membros da sociedade francesa, mas também ao ser humano em geral, ao membro da espécie humana. Este caráter de universalidade que apareceu pela primeira vez na independência das colônias norte-americanas e, de maneira mais clara, na Revolução Francesa, inspirará, em todo o planeta, ideais de liberdade, inclusive no Brasil onde a Conjuração Baiana (1798-1799), a Revolução Mineira e a Revolução Pernambucana de 1817 e a de 1824 representam alguns exemplos de insurgência inspirados pelos mesmos ideais que animaram os dois eventos citados acima. Como é do conhecimento da história, à Revolução Francesa sobreveio o terror jacobino e, subsequentemente, as guerras napoleônicas. No entanto, as sementes do que conhecemos como direitos humanos estavam plantadas. Infelizmente o mundo precisou passar por mais alguns banhos de sangue, inclusive as enormes tragédias humanas do século XX, as Guerras Mundiais e os Estados totalitários, para empreender um esforço global de garantias de direitos humanos.

A primeira metade do século XX nos legou algumas das piores catástrofes humanas da história da humanidade. A capacidade de mortalidade das tecnologias aplicadas nas guerras mundiais, especialmente a 2ª Guerra (1939-1945 na Europa), supera em muito a das guerras até o século XIX. O uso de armas químicas na 1ª Guerra e o maciço uso da aviação na 2ª Guerra fizeram profundos estragos. No entanto, dentro deste assustador cenário, a barbárie nazista conseguiu se destacar negativamente. A filósofa Hannah Arendt, em seu livro *A Origem do Totalitarismo*, explica a ascensão dos Estados totalitários e porque eles não se confundem com os Estados autoritários, encontrados as centenas na história humana, ou seja, o Nazismo e a União Soviética sob Stálin foram dois exemplares únicos.

Entretanto, dois elementos do Estado nazista são de profunda importância para entender a evolução no campo das ideias em geral após o término da guerra, as atrocidades perpetradas contra prisioneiros nos campos de concentração e a maneira com que o Estado nazista desumanizava os inimigos a serem exterminados, num macabro crescente privando-os de dignidade, de liberdade e por fim, até da identidade. Entre algumas medidas, o nazismo retirou a cidadania de inúmeras pessoas, impedindo-as, inclusive, de pleitear, na justiça, qualquer direito. Estava aberta a época dos apátridas, pessoas desvinculadas de qualquer Estado em que pudessem sequer tentar pleitear algum direito, em um mundo cuja ordem geopolítica é dominada pela existência de Estados. Eles são os átomos na estrutura da comunidade internacional.

A abertura do campo de concentração de Auschwitz, símbolo da intensa maldade perpetrada contra uma parcela da humanidade por parte do Estado alemão nazista, impulsionou a humanidade a tentar garantir que semelhante catástrofe humana não volte a acontecer. Dois exemplos claros desse espírito são: a ONU (Organização das Nações Unidas) como espaço de debate e resolução pacífica de conflitos entre os estados e, sob o manto desta, a Declaração Universal de Direitos dos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, foi a primeira etapa de um longo processo para criar “uma maquinaria adequada para assegurar o respeito aos direitos humanos e tratar os casos de sua violação” (COMPARATO, 2017, p. 237).

A segunda etapa foram os dois pactos em 1966, um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 almeja levar a frente a universalização de ideais nascidos na Revolução Francesa, como a igualdade, liberdade e fraternidade entre os seres humanos,

e pretende materializar, ou positivar, o conjunto de direitos humanos, tanto na arena internacional quanto no âmbito interno dos Estados através de um processo contínuo de conscientização e educação. Diz Bobbio (2004, p, 28):

Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores, no único sentido que tal crença é historicamente legítima, ou seja, (...) algo subjetivamente acolhido pelo universo dos homens.

O artigo 1º da Declaração Universal já mostra o conjunto de intenções “todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (DUDH, 1948).

As garantias de igualdade em dignidade e direitos a todos os seres humanos, em todos os locais do planeta, sem alguma distinção de raça, gênero, credo ou qualquer outro (art. 2), ou a garantia à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3) continuam sendo, hoje, na segunda década do século XXI, um imenso desafio de implementação; mas apenas o fato de haver uma declaração deste teor em um documento aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, é um marco civilizacional de enorme importância ao se perceber os terríveis danos causados pelas ideias de superioridade de uma raça em relação ao outra, de um povo em relação ao outro ou qualquer diferenciação deste teor.

Os artigos VI e XV marcam direta resposta aos métodos de desumanização empregados de maneira sistemática pelo Estado nazista (não apenas por eles) em processo de extermínio de parcela de sua população, a redação dos artigos diz:

Art. VI: Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Art. XV: 1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.

Finalmente, o documento assinala, em seu artigo XVIII, a intenção da construção de uma ordem internacional que respeite os direitos humanos “Art. XVIII: Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional, em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

Este foi o momento histórico em que o conjunto das Nações no planeta emitiu um documento assegurando, em âmbito global, uma série de direitos a todo ser humano a serem respeitados, sem qualquer distinção.

Este fato impactou a forma como a própria humanidade passou a se enxergar e forneceu um entusiasmo após a desesperança causada pelo período entre a 1ª e a 2ª Guerra. Durante os séculos XVIII e XIX a humanidade possuía firme certeza na razão humana como instrumento que levaria, infalivelmente, à felicidade. Existia a crença no progresso moral e material da humanidade guiada pela razão. Os Estados totalitários, a exemplo do Estado nazista, mostraram que a razão pode ser usada como instrumento de barbárie e regresso civilizacional. Os campos de concentração e toda logística ao seu redor eram feitas com parâmetros de racionalização utilizados em empresas, eficiência e otimização eram avaliados.

A história na era do Iluminismo possuía um sentido: rumo à organização racional das sociedades, a educação tiraria o ser humano da menoridade intelectual, a razão produziria civilidade. O campo de Auschwitz enterrou de vez essa crença. O período pósmoderno já não mais acreditava em sentido da história, caminho para civilização através da razão ou qualquer coisa neste sentido. No entanto, Bobbio traça novamente essa esperança, de progresso moral da humanidade, justamente por causa da Declaração Universal de Direitos. Em suas palavras:

Do ponto de vista da filosofia da história, o atual debate sobre os direitos do homem – cada vez mais amplo, cada vez mais intenso, tão amplo que agora envolveu todos os povos da Terra, tão intenso que foi posto na ordem do dia pelas mais autorizadas assembleias internacionais pode ser interpretado como um sinal premonitório do progresso moral da humanidade (BOBBIO, 2004, p. 49).

O autor continua expondo suas razões para desconfiar da ideia de progresso moral, até mesmo por ser o conceito de moral um tanto dúbio, porém acredita o autor que existem momentos históricos que definitivamente podem justificar o otimismo com a possibilidade de uma evolução moral da humanidade, cita ele a abolição da escravatura, a supressão de suplícios que acompanhavam a pena de morte e da própria pena de morte, movimentos ecológicos e pacifistas e, por fim, “o interesse crescente de movimentos, partidos e governos pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem” (BOBBIO, 2004, p. 51).

Este progresso, para o autor, nasce da consciência do sofrimento e da infelicidade humana e da tentativa de sair deste estado. O autor mostra uma tendência ocorrida nas últimas décadas, para além dos direitos humanos gerais, alguma especificidade ou “especificação”.

Esta especificação, conforme afirma Bobbio (2004), ocorreu em vários domínios da vivência humana, como exemplo em relação ao gênero, às fases da vida e em relação a estados excepcionais na existência humana. Os direitos da mulher

foram respeitados em suas diferenças, o mesmo ocorreu em relação a velhice e a infância e aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais. Bobbio (2004) cita uma série de documentos para mostrar como essa especificação é uma realidade na arena internacional: Declaração dos Direitos da Criança (1959), Declaração sobre Eliminação da Discriminação à Mulher (1967) e Declaração dos Direitos dos Deficientes (1971) são alguns destes acordos que mostram o caminho que a humanidade tem seguido.

A ciência e a técnica avançaram muito nos últimos séculos fornecendo ao ser humano uma enorme capacidade de modificação e destruição do planeta e de si próprio. Armas nucleares e degradação ambiental, simbolizada no aquecimento global e as mudanças climáticas, são exemplos do que está em risco com o avanço da capacidade tecnológica. A preservação e a garantia de direitos se estendem a alguns patrimônios comuns de toda a humanidade como o meio ambiente e o código genético. A UNESCO aprovou, em sua conferência geral no ano de 1999, a Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos, mostrando o avanço da noção de direitos fundamentais que precisam ser tutelados e protegidos no futuro. Sobre o meio ambiente, diversos acordos nas últimas décadas, a Conferência, de 1992, no Rio de Janeiro, conhecida como Rio 92 se tornou um marco, pois vêm conscientizado a comunidade internacional e atingindo alguns resultados, mesmo que o ritmo esteja aquém do esperado.

No entanto, é esperançosa a existência de um organismo como o IPCC (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas) que coordena estudos científicos ao redor do planeta e comunica resultados com governos e formadores de opinião, dando suporte para as conferências sobre o clima. O fato de a comunidade internacional ainda não ter conseguido reduzir a emissão de gases de efeito estufa de modo satisfatório e, mesmo que ainda alguns políticos atuem de modo negacionista, não reduz a importância deste esforço planetário envolvendo a ciência, política, economia, as ciências sociais e o direito internacional.

Logo, vislumbra-se que a noção de proteção ao ser humano expandiu-se bastante nas últimas décadas, não apenas garantias fundamentais como a vida e a liberdade são alvos de proteção, nem apenas direitos políticos e sociais, mas também o direito à não violação da pessoa em sua estrutura genética e o direito à preservação do meio ambiente, inclusive para as gerações futuras, os quais, hoje, são matérias de acordos internacionais. Entretanto, a existência de acordos internacionais de proteção do ser humano não garante a efetiva aplicação deste direito, como diz Bobbio (2004, p. 51):

Uma coisa é falar dos direitos dos homens, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra



coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva” e mais à frente prossegue: “Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos do homem como um sinal do progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções, o inferno está cheio.

O problema reside no fato que a comunidade internacional não dispõe de nenhum mecanismo efetivo para impor o cumprimento dos acordos internacionais no âmbito interno dos Estados. Claro que o Conselho de Segurança da ONU e a Corte Internacional de Haia possuem certo poder, porém estão muito suscetíveis à política. Um Estado aliado de alguma potência como EUA, Rússia ou China dificilmente terão sua política interna perturbada pela comunidade internacional. Não é difícil perceber, apenas olhando ao redor, que existe um abismo entre as declarações internacionais de direitos humanos e mesmo os direitos fundamentais escritos em muitas constituições, e o efetivo exercício da proteção a esses direitos. Em muitos locais do mundo pessoas continuam sofrendo abusos por parte de autoridades, prisões arbitrárias por discordância política, perseguição a ideias contrárias, perseguição a veículos de imprensa críticos, além de ainda existir uma imensa cota de racismo, homofobia, discriminação contra mulher, contra o estrangeiro e outros grupos. O trabalho escravo e a exploração infantil ainda são sérios problemas que não foram debelados por completo da humanidade.

Mulheres e crianças são traficadas todos os dias ao redor do mundo, a miséria afeta ainda milhões de pessoas e a falta de insumos básicos de uma vida digna afeta outros tantos milhões. Os direitos mais elementares são violados cotidianamente ao redor do mundo, isto deixa bastante claro a diferença entre as declarações de direitos e sua efetiva aplicação.

### **2.1. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Um dos maiores obstáculos à efetiva aplicação e positivação dos direitos humanos é sua dependência da anuência dos Estados membros da comunidade internacional para a entrada em vigor no ordenamento jurídico interno das declarações assinadas em âmbito internacional. Ainda, mesmo quando entram em seu ordenamento jurídico, a vigilância sobre seu cumprimento também é trabalho interno dos Estados, logo, na prática, acaba ocorrendo uma lentidão enorme na entrada dos pactos no direito interno e, depois que entram, diversas vezes o Estado faz vista grossa à violação dos direitos humanos de várias espécies. A título de exemplo da demora, o Pacto de San José, ou Convenção Americana de Direitos Humanos, complemento para o continente americano da Declaração de Direitos de 1948, assinado em 1969, entrou em vigor, no Brasil, apenas em 1992 (STF, [s. d.]).

Conforme afirma Bobbio (2004, p. 51), “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”, mais à frente continua o autor:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 2004, p. 51).

O problema da fundamentação dos direitos humanos parece, ao autor, resolvido frente ao problema de assegurar a efetiva aplicação desses direitos. Os fundamentos parecem indiscutíveis pois, em diversas ocasiões, a comunidade internacional reafirmou a existência desses direitos, em especial na Declaração Universal dos Direitos do Homem. O consenso geral alcançado na votação da Assembleia Geral das Nações Unidas é usado como prova, por Bobbio, da fundamentação desses direitos.

Existem, na opinião do autor, três distintos modos de fundamentar um sistema de valores: a dedução a partir de um dado objetivo, constante; ser considerado verdade autoevidente; e existir um consenso em torno desse sistema em determinado período histórico. Os sistemas de direitos humanos, como aparecem na Declaração de Direitos de 1948, fazem parte deste último modo. O modo de consenso não pode ser absoluto porque dependente de determinado período histórico, porém é o único que possui alguma forma de comprovação factual.

No que tange às dificuldades de aplicação dos direitos humanos, o autor afirma que alguns ideais, como liberdade e igualdade entre os homens, são apenas valores a serem seguidos, não existem de fato, mas somente no campo das ideias. É na declaração dos Direitos nos estados norte americanos e na Revolução Francesa que esses ideais são acolhidos por um legislador e colocados na concepção de um Estado pela primeira vez, saindo da especulação filosófica e sendo inscritas na formulação da base organizacional e de princípios de uma nação.

Esta é, para Bobbio, o segundo momento da história da Declaração de Direitos dos Homens. Nesta fase, o direito perde em universalidade, mas ganha em concreticidade, passa do direito pensado para o direito realizado. Os direitos passam a ser protegidos, é a positividade dos direitos, mas apenas no âmbito do Estado que os reconhece. No caso da Constituição brasileira, o artigo 5º expressa a concentração dos direitos fundamentais, entre vários outros:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança

e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, 1988).

Verifica-se, neste artigo, positivado todo o espectro de direitos conquistados nos últimos duzentos anos, sendo assegurado os mais básicos direitos ao desenvolvimento de uma vida digna. Estão garantidos os direitos à vida, liberdade, intimidade, informação, religião e mais todas as esferas da vida privada de uma pessoa e o necessário para seu pleno desenvolvimento.

A última fase, segundo Bobbio, começada com a Declaração de 1948, trata-se da fase em que os direitos são, ao mesmo tempo, universais e positivos. Universal no sentido que seu destinatário não são apenas os cidadãos de determinado Estado, mas sim a humanidade inteira e positiva no sentido que:

Põe em movimento um processo em cujo final os direitos dos homens deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem (BOBBIO, 2004, p. 30).

Ou seja, os direitos migram de serem protegidos dentro dos Estados, apenas para seus cidadãos, para serem protegidos e garantidos a todo o conjunto da humanidade. O autor afirma que a Declaração Universal de 1948 é apenas o início de um processo que ainda não sabemos qual é o fim, ela é mais do que um sistema doutrinário, porém menos do que um sistema de normas jurídicas, e que os direitos do homem necessitam destas últimas para serem efetivados. Caso contrário, afirma, a única resistência possível contra um Estado opressor é a rebelião.

Antes dos direitos humanos serem reconhecidos em algumas constituições o único meio disponível contra a violação, por parte do Estado, de direitos fundamentais era o direito de resistência. Ao serem garantidos os direitos humanos no ordenamento jurídico, o direito de resistência passa a ser o direito de mover

ações judiciais contra órgão do Estado. No entanto, afirma o autor que apenas a garantia de proteção dos direitos humanos em todos os Estados e, mais ainda, ao mesmo tempo, a garantia de proteção acima dos Estados, é que fará menos provável que pessoas, ao redor do mundo inteiro, tenham que escolher entre opressão e resistência.

O problema se dá na tentativa de garantir, no âmbito internacional, os direitos uma vez que não houve, nesta esfera, o processo de monopolização da força como ocorreu no âmbito dos Estados em seu nascimento. O Estado moderno se alicerça em duas frentes principais, o monopólio do uso da força no ambiente interno e a soberania no ambiente internacional. O monopólio da força limita e muito a capacidade de resistência por parte da população contra um poder tirânico e opressor e a soberania limita a capacidade de um conjunto de Estados atuarem dentro de outro estado mesmo que seja para garantir a aplicação de direitos fundamentais. Estas duas características foram marcos históricos importantes ao garantirem que não seja a lei do mais forte que prevaleça, tanto interna quanto internacionalmente, entretanto isso garante que Estados cotidianamente violem garantias fundamentais de sua população e saiam impunes.

Neste sentido, algumas criações recentes, pós-Segunda Guerra, são bastante salutares e trazem esperança. A criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), cuja semente remota são os tribunais de Nuremberg para julgamento dos criminosos de guerra nazistas, foi um marco na luta contra a sistemática violação de direitos básicos. Alguns crimes chamados de crime contra a humanidade (genocídio, extermínio etc.) entram no rol de investigação e punição do TPI e os responsáveis podem ser condenados a prisão em corte internacional. Infelizmente as limitações são ainda enormes, criminosos contra a humanidade só podem ser julgados caso o Estado os entregue ou eles viagem a algum Estado membro, caso contrário nunca serão julgados. Apenas crimes de altíssima gravidade são assuntos do TPI, outras violações de direitos humanos ocorrem sem que exista qualquer ameaça a quem os comete. Ao redor do mundo milhões de pessoas estão presas por questões de perseguição política e ideológica, governos controlam direito a informação, o aparelho de segurança estatal comete atos de violência sistemática contra populações minoritárias e vulneráveis, o caso brasileiro onde a polícia mata jovens negros na favela é um exemplo típico de política pública discriminatória e racista. Mesmo o caso das prisões brasileiras, as cadeias são violações de tudo quanto é possível imaginar sobre direitos humanos mais básicos, em termos de condição de tratamento, acomodação e privacidade mínima. Em todos estes casos não existe qualquer instância acima da estatal para fazer absolutamente nada. As cortes internacionais de direitos humanos não possuem capacidade para nada além de sanção e moção de repúdio.

Todos estes casos mostram a distância que existe entre as declarações como meras intenções e a prática efetiva da garantia em escala global dos direitos humanos. Apesar do longo caminho ainda a percorrer, é inegável o avanço em termos de civilização ocorrido entre o período que começa na Revolução Francesa de 1789 até a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948.

## CONCLUSÃO

A humanidade percorreu um longo caminho desde os tempos dos primeiros códigos morais, por exemplo, dos Dez Mandamentos para os judeus e, posteriormente, aos cristãos, até as declarações de direitos humanos versando sobre o código genético ou o meio ambiente.

Um ponto de inflexão histórica foi a colocação da pessoa como indivíduo na percepção do pensamento filosófico, isso na época do Renascimento italiano e mais fortemente com o filósofo John Locke. Neste momento a pessoa deixa de ser apenas um membro da coletividade e transforma-se em titular de direitos inatos, os quais lhe são estendidos apenas por fazer parte da espécie humana. O direito vira da proteção da pessoa dentro da comunidade com a motivação de proteger a comunidade e se transfere para o indivíduo enquanto membro da espécie humana. Esta foi uma etapa importante a ser vencida no caminho a afirmação dos direitos humanos, a saída da comunidade para a afirmação do direito para o indivíduo.

Outro importante marco histórico foi a inscrição de direitos individuais em constituições nacionais, que é a inscrição destes direitos na declaração de princípios e fundamentos que servem de base para a nação. Este momento se deu na independência das colônias dos Estados Unidos da América e durante a Revolução Francesa, ocasião em que, pela primeira vez na história, a pessoa passou a ser protegida enquanto indivíduo no Estado e não apenas como membro do Estado. O foco era o indivíduo e não apenas a manutenção e a segurança da comunidade.

A próxima etapa é a passagem da garantia de direitos do indivíduo dentro do estado, do cidadão, para o indivíduo universal, membro da espécie humana. Isto acontece de fato na Declaração Universal do Direito do Homem de 1948 aprovado pela humanidade representada por seus governos na Assembleia Geral das Nações Unidas. Os horrores da Segunda Guerra mundial, a pavorosa desumanidade ocorrida nos campos de concentração fizeram a humanidade, em consenso, declarar que o ser humano, em qualquer lugar do planeta, pelo simples fato de pertencer a espécie humana, era portador de uma série de direitos que deveriam ser protegidos em qualquer lugar em que a pessoa estivesse.

Desde então a extensão dos direitos humanos se expandiu chegando à proteção inclusive do código genético como patrimônio humano e do meio ambiente como 16 condição de assegurar que as futuras gerações possam desfrutar de um planeta habitável e que possam usufruir de seus recursos. A especificidade humana também começou a ser garantida, diferenciação de direitos para a mulher, para o deficiente, para a criança ou o idoso.

O grande desafio reside em que ainda a garantia dos direitos deve ser feita dentro dos Estados, cabe a eles referendar dentro de seu ordenamento jurídico os direitos humanos. A falta no âmbito internacional de alguma coisa parecida com o monopólio da força estatal que assegurasse a efetivação das declarações de direitos implica que estes direitos possam simplesmente não serem efetivados no âmbito interno dos Estados ou mesmo serem sistematicamente violados sem nenhuma consequência a quem os viola. Diz Bobbio:

Chamamos de “Estado de direito” os Estados onde funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem: no mundo, existem Estados de direito e Estados não de direito. Não há dúvida de que os cidadãos que têm mais necessidade da proteção internacional são os cidadãos dos Estados de não direito. Mas tais Estados são, precisamente, os menos inclinados a aceitar as transformações da comunidade internacional que deveriam abrir caminho para a instituição e o bom funcionamento de uma plena proteção jurídica dos direitos dos homens. Dito de modo drástico: encontramos hoje numa fase em que, com relação a tutela internacional dos direitos do homem, onde essa é possível talvez não seja necessária, e onde é necessária é bem menos possível (BOBBIO, 2004, p. 40).

Este é o grande desafio da humanidade hoje, a garantia efetiva de que os direitos humanos sejam respeitados em toda parte e que as violações sejam impedidas e não mais toleradas. Impedir que algo parecido aos horrores dos campos de concentração de repitam. Porém, ao olhar ao redor vemos o quão longe a humanidade está de assegurar o cumprimento das garantias dos direitos humanos. Direitos são violados sistematicamente por quase todos os Estados do planeta sem grandes consequências. Imigrantes tratados de forma desumana, políticas públicas claramente racistas, tolerância a homofobia e a discriminação de minorias, enfim toda uma classe de omissões por parte do Estado ou, pior ainda, ações deles que vão em sentido contrário a todas as declarações de direitos humanos.

Apesar das dificuldades e da lerdeza nos avanços, é de se concordar com Bobbio no sentido da história, que a humanidade está no caminho de um progresso moral. Falta um longo caminho, contudo não há dúvida que ao olhar em

retrospecto, a situação nos anos 2000 é muitas ordens de grandeza melhor do que a dos anos 1900. É de se esperar que a situação alcançada nos anos 2100 será muito melhor do que a observada hoje nos anos 2000.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Elsevier, 2004.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

IPCC. *The Intergovernmental Panel on Climate Change*. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/> acesso 27 jun.2020.

SENADO FEDERAL. *Art.5º*. Disponível: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_15.12.2016/art\\_5\\_.asp](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.12.2016/art_5_.asp) acesso 27 jun.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pacto San Jose da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Americana%20de%20Direitos,Brasil%20em%20setembro%20de%201992>. Acesso em: 27 jun. 2020.

## **A CRISE DO DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO: REFLEXÕES ACERCA DO PARADIGMA PENAL DAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS**

### ***THE CRISIS OF THE CRIMINAL LAW OF THE LEGAL INTEREST: REFLECTIONS ON THE PENAL PARADIGM OF CONTEMPORARY DEMOCRATIC SOCIETIES***

Davi Uruçu Rego

Assessor de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão. Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Roberto Carvalho Veloso

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2008), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2002) e Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (1987). Atualmente Professor e Pesquisador da UniCEUMA. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Professor Colaborador da Universidade Autónoma de Lisboa - Portugal. Juiz Federal no Maranhão. Coordenador do Mestrado em Direito da UFMA. Membro do Conselho Superior da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. Ex-presidente da AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal encarregada de elaborar o novo Código Eleitoral. Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Eleitoral da UFMA em convênio com o TRE/MA. Exerceu as funções de Assessor Parlamentar na Câmara dos Deputados, de Promotor de Justiça do Estado do Maranhão, de Juiz Federal em Brasília, de Juiz Federal no Piauí, de Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Piauí e do Maranhão. Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais da 1ª Região.

**Submetido em:** 05/03/2020

**Aprovado em:** 19/09/2020

**Resumo:** O presente trabalho tem por objeto a reflexão acerca do paradigma penal impulsionado pela sociedade contemporânea, cuja dinâmica impõe como imperativa a necessidade de dar respostas às novas questões sociais, as quais os contornos e aspectos mais expressivos impelem a uma prática legislativa penal arraigada em tipos penais de perigo (abstrato ou presumido), em tipos confusos e vagos, na delegação de função legislativa penal e, por derradeiro, na criminalização dos deveres de vigilância – características intrínsecas ao Direito Penal do Perigo.

**Palavras-chave:** Sistema Penal. Direito Penal do Perigo. Bem Jurídico. Sociedade do Risco.



**Abstract:** *This paper aims to reflect on the criminal paradigm driven by contemporary society, whose dynamics imposes as imperative the need to give answers to the new social questions, which the contours and more expressive aspects impel to a criminal legislative practice rooted in criminal types. of danger (abstract or presumed), in confused and vague types, in the delegation of criminal legislative function and, finally, in the criminalization of surveillance duties - characteristics intrinsic to the Criminal Law of Danger.*

**Keywords:** *Penal system. Criminal Law of Danger. Well legal. Risk Society.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A sociedade contemporânea: a Sociedade do Risco. 2. Um modelo de Estado da Segurança. 2.1 A trincheira penal: o Direito Penal do Perigo. 3. A crise do Direito Penal do Bem Jurídico. Conclusões. Referências.

## INTRODUÇÃO

A complexidade da sociedade contemporânea atribui-lhe características que, indubitavelmente, favorecem ao alargamento do domínio de intervenção do direito penal, seja pela proteção de novos bens jurídicos, seja pela criminalização de condutas que outrora ou estavam pura e simplesmente desprotegidas ou eram sancionadas por outros ramos do direito.

Sob esse prisma, os novos riscos que são gerados e difundidos impelem a criação de um amálgama legislativo recheado de tipos penais de perigo (abstrato ou presumido), em tipos confusos e vagos, na delegação de função legislativa penal e, por derradeiro, na criminalização dos deveres de vigilância – características intrínsecas ao Direito Penal do Perigo.

Assim, a partir de uma perspectiva dogmática jurídico-penal, busca-se não somente refletir sobre os motivos condicionantes da ampliação do direito penal na sociedade do risco, mas, especialmente, sobre os impactos gerados ao direito penal do bem jurídico nesse novo contexto social.

Ressalta-se que a escolha da temática é decorrente, sobretudo, da necessidade de se interpretar o contexto social contemporâneo, para que seja possível fornecer respostas penais menos lesivas, menos aviltantes, e mais garantistas aos conflitos gerados na Sociedade do Risco.

Para além, sobreleva-se que o grande objetivo a ser alcançado está longe da oferta de um ponto de vista acabado acerca da temática, todavia, encontra agasalho, sobretudo, no desejo de fomentar o resgate da capacidade questionadora, que foi suprimida pela massificação de uma passividade indolente que, indubitavelmente, não apenas corrompe, mas também desfalece o potencial intelectual de uma parcela relevante da sociedade.

Nesse percurso, utiliza-se do método indutivo de abordagem, posto que se trata de estudo que opera no campo teórico-interpretativo da realidade, partin-

do-se daquilo que é sobejamente conhecido – o que não implica em qualquer tipo de consenso – para se chegar a ilações até então não realizadas; argumentando-se, ampliando-se o que está estabelecido, passa-se para o desconhecido, do particular para o geral, com o objetivo último de se elaborar uma forma de conhecimento com *status* de científico.

O método de procedimento é o monográfico, com a abordagem de um único tema, o que não impede o estabelecimento de um diálogo interdisciplinar, com contribuições da Ciência Política, da História e da Filosofia.

No que tange às citações, ressalta-se as notas de rodapé foram utilizadas tanto para esclarecer conceitos e aprofundar as ideias trazidas pelas citações diretas quanto para expor entendimentos diversos daqueles defendidos, a fim de que se enriquecesse do debate e a argumentação desenvolvida.

Por fim, a técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, tendo sido realizado amplo levantamento das várias disciplinas afetas ao tema, dando-se prioridade ao estudo da dogmática penal.

## 1. A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: A SOCIEDADE DO RISCO

Vista do alto a sociedade é uma ilha de tranquilidade. Caseira e agradável à maioria daqueles que a sobrevoam é minuciosa em dissuadir o mar de turbulência e hostilidade que contém.

Sua racionalidade seduz pelos argumentos organizacionais e coletivos da metáfora de um só corpo voltado para as realizações comuns; e, repetidas vezes, o ecoar deste cântico impede o exame de suas minúcias e dos valores da vida que estão em jogo.

Deixa-se navegar pelas mais diversas correntes propositivas e ondas domadoras sempre em busca de um equilíbrio que, invariavelmente, enreda o binômio liberdade-segurança.

Assim, talvez assista inteira razão à visão segundo a qual a sociedade é aquele corpo em cuja proteção abriga-se do horror de nossa própria transitoriedade (DURKHEIM, 1972, p. 94).

E se diz talvez porque acredita-se necessário fazer a devida atualização para se perceber que a sociedade contemporânea – “viveiro da segurança” – é insistentemente volátil, sendo, portanto, fundamental compreender que a metáfora do corpo social – enquanto abrigo único<sup>1</sup> – apresenta-se aveludada por dentro e áspera e espinhosa por fora (BAUMAN, 2001, 208-211).

<sup>1</sup> Uma opinião em sentido contrário pode ser vislumbrada em Thoreau (2017).

Esses limites traçam o horizonte e as linhas divisórias existentes entre o domínio da confiança e do cuidado amoroso ofertados àqueles que conferem coesão ao corpo social e o da suspeição e perpétua vigilância àqueles que realizam o movimento em sentido contrário. Veja-se, assim, que a linha de trincheira por consecução de segurança assume uma preocupação obsessiva e febril ante a multiplicidade e potencialidade dos riscos que a sociedade atual cria.

E, conquanto não se olvide dizer que a existência de riscos sempre fez parte do desenvolvimento histórico<sup>2</sup>, é importante caracterizar esse novo ambiente criado pela sociedade contemporânea, por muitos denominada de sociedade do risco.

Nesse caminhar, se é certo que viver em sociedade implica compartilhar riscos, não menos certo é que a atual composição da sociedade deve levar em conta, justamente, a nova dimensão dos riscos contemporâneos, visto que estes são globalmente difundidos e irrefreáveis.

São, portanto, características desta sociedade – além de uma nova ordem financeira e internacional – a criação de um novo modelo de desenvolvimento capitalista que se baseia em novos padrões de produção, na elevadíssima concentração de capital, na revolução tecnológica, nas precarizações das relações de trabalho, na ampliação da exclusão social, na degradação do meio ambiente etc<sup>3</sup>.

Desta forma, ao tentar perceber minimamente o conceito de Sociedade do risco, Fernandes (2001, p. 46) chama a atenção precisamente para o lado obscuro do desenfreado desenvolvimento da técnica, com a falácia consequente do

---

<sup>2</sup> Segundo Cavalcanti (2005, p. 150-151), “Nos tempos pré-modernos a sociedade sofria com azares, infortúnios e infelicidades. Porém, na Modernidade o conceito de risco substituiu o de *sorte, destino ou fortuna*, pois ocorreu uma alteração na percepção da determinação da contingência, de tal modo que os imperativos morais humanos, as causas naturais e o acaso reinam no lugar das cosmologias religiosas. Mais ainda: tais azares e infortúnios passaram a ser riscos quando o projeto da Modernidade, implantado com sucesso na confiança dos indivíduos, emergiu com a fórmula de previsão e probabilidade da ocorrência de perigos. A fórmula da Modernidade valorizou a capacidade de explicar as indeterminações, a partir da construção da racionalidade cartesiana. Ora, a Modernidade caracteriza-se pela sua capacidade de controlar as indeterminações. E, assim, de produzi-las. Este paradoxo acrescenta a necessidade de proteção e segurança. É a necessidade de agir para que as indeterminações não adquiram valor de estrutura (...). Com a Pós-modernidade os riscos se acentuam devido, sobretudo, à incapacidade metodológica da Modernidade. A convincente relação de causa e efeito desmanchou-se no ar e o que resta são apenas possibilidades. O desejo de segurança de tranquilidade, não mais suprido pela técnica cartesiana, abre espaço para o sentimento de insegurança e intranquilidade sociais”.

<sup>3</sup> Apesar da produção social dos riscos e das riquezas andarem *pari passu* juntas, Beck (1998, p. 52; 65-66) ressalta que “as condições de risco não são condições de classe”, uma vez que não existe a classe dos atingidos e a classe dos não atingidos. Ademais, na passagem da sociedade de classes para a sociedade do risco modifica-se a qualidade das opiniões – enquanto na sociedade de classes o ideal é a igualdade, na sociedade do risco o ideal é a segurança, na medida em que nesta a “visão do medo” marca a época.

seu sistema de cálculo de riscos, que originou e origina consequências negativas, as quais fazem mesmo perigar a própria continuação da vida no planeta.

Neste sentido, a expressão sociedade do risco representa uma reviravolta da ideia de risco tradicionalmente moldado sob os alentos de total controle da Modernidade. Isto porque os riscos que se podiam calcular na esteira da Modernidade tornaram-se incalculáveis e imprevisíveis na sociedade dos riscos contemporâneos.

Destarte, a atual sociedade do risco, ao substituir a noção linear de causa e efeito, produz a entropia nos fenômenos, diluindo as linearidades e certezas. Os riscos acentuados implicam desta forma, novas modalidades de riscos<sup>4</sup> (CAVALCANTI, 2005, p. 151).

Observa-se, nesse mister, que o *modus vivendi* contemporâneo agasalha uma série de novos interesses, os quais, ou não existiam anteriormente – ou não com a mesma incidência –, ou, por outro lado, encontravam-se em processo de deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, ou ainda, certas realidades que sempre se fizeram presentes e que, graças a evolução social e cultural, experimentaram um incremento essencial de valor que outrora não existia (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 27).

O que se quer dizer com isso é que a sociedade do risco se caracteriza por sobrelevar uma gama de relações jurídicas originadas dos novos avanços tecnológicos, dos cidadãos *on line*, da manipulação genética, assim como, das relações advindas da difusão dos preceitos de sustentabilidade do patrimônio material e imaterial, tais como meio ambiente e patrimônio histórico-artístico.

Em face destas características, surge um número expressivo de novos riscos que radicam não apenas nas decisões individuais que geram insegurança, mas, sobretudo, naquelas decisões que distribuem, ou mesmo, institucionalizam, a insegurança<sup>5</sup>.

Sob esse prisma, Luhmann (1986, p. 20) ressalta que em uma sociedade que leva a efeito todas as decisões importantes, graves, sob o aspecto do risco, não

<sup>4</sup> Dentre as novas modalidades de riscos, Silva Sánchez (2002, p. 29) ressalta a configuração do risco de procedência humana como fenômeno social estrutural. “Isto pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros cidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações, etc. Mas, também, porque a sociedade tecnológica, crescentemente competitiva, desloca para a marginalidade não poucos indivíduos, que imediatamente são percebidos pelos demais como fonte de riscos pessoais e patrimoniais.

<sup>5</sup> Sobre a gestão policial e carcerária da insegurança social, cfr. Wacquant (2001, p. 37).

há critérios nem instâncias que se possam afirmar como indubitáveis, de forma que “não existe segurança além do momento. Somente a insegurança pode ser representada como duradoura”.

E isto conduz, no contexto contemporâneo – em que parte da população não convive diretamente com a violência, mas sim com a sua intensa e exaustiva divulgação nos meios de comunicação, ampliando os seus efeitos e criando um relativo aumento da consciência dos riscos e das violências que são ameaçadoras<sup>6</sup> –, “à indeterminação do futuro, que por sua vez, conduz à incerteza, a um fator de insegurança que conta com uma emocionalização e uma moralização do discurso público” (SILVA, 2004, p. 89-90).

A violência, então, passa a apresentar uma natureza subjetiva, passa a ser também um sentimento. E o sentimento de estar exposto, fragilizado, expressa uma subjetividade que é resultado da violência real, mesmo quando esta insegurança objetivamente não existe. Vive-se sob a sensação subjetiva do medo<sup>7</sup>! Assim o indivíduo passa a se sentir mais exposto aos perigos do que efetivamente está sob o risco de sofrer alguma violência (DORNELLES, 2002, p.123).

Ressoa, portanto, a atual distensão entre os valores humanos da liberdade e da segurança em sociedade. A antinomia entre ambos é latente e afigura-se irreconciliável, vez que a constante oposição com que são apresentados ao corpo social, amiúde, faz acreditar que não se pode querer mais de um sem renunciar a um tanto, talvez grande parte, do outro.

E, nesse exercício de guerra, a exasperação da fenda existente entre a liberdade e a segurança impulsiona a sociedade por uma busca desenfreada por mecanismos de proteção – sejam eles de efeito mediato ou imediato o importante é sentir-se seguro!

## 2. UM MODELO DE ESTADO DA SEGURANÇA

Na concepção kantiana, o direito é o que possibilita a livre coexistência dos homens, a coexistência em nome da liberdade, porque somente onde a liberdade

---

<sup>6</sup> Batista (2002, p. 271) sinaliza para a ultrapassagem da mera função comunicativa por parte da mídia e observa que a incerteza, a insegurança e o medo do outro que circundam o cidadão contemporâneo são sementes plantadas pelos meios de comunicação social e pelos titulares de cargos políticos, em função de interesses escusos que alavancam uma série de crenças e encobrem um silêncio sorridente sobre as informações que as desmintam. Para maior aprofundamento no tema Guimarães (2006, p. 06-13), Garland (2002, p. 86) e Fernandes (2001, p.47).

<sup>7</sup> Para Garland (2002, p. 86), “a criminologia oficial é cada vez mais dualista, polarizada e ambivalente”, ou seja, divide em “criminologia de si” e “criminologia do outro”. “A primeira é invocada para banalizar o crime, moderar os medos desproporcionais e promover a ação preventiva, enquanto a segunda tende a diabolizar o criminoso, a estimular os medos e as hostilidades populares e a sustentar que o Estado deve punir mais”.

é limitada, a liberdade de um não se transforma numa não-liberdade para os outros, e cada um pode usufruir da liberdade que lhe é concedida pelo direito de todos os outros de usufruir de uma liberdade igual à dele (BOBBIO, 1997, p. 70).

Ocorre que nesse espaço – em que o corpo social é emoldurado pelos riscos advindos do exercício da coexistência humana – o usufruto da liberdade encontra-se demasiadamente limitado, transformando a coexistência em nome da liberdade em coexistência em nome da segurança.

Não causa espanto, assim sendo, asseverar que a sociedade contemporânea mais se assemelha a prisões, orfanatos ou manicômios que a lugares de liberação das potencialidades cívicas.

Por certo, são incontáveis as precauções tomadas diuturnamente por muitos cidadãos no afã de minorar as chances de serem vítimas da violência que os assola. São grades, cadeados, trancas, carros blindados, condomínios fechados, senhas indecifráveis, armas no coldre, câmeras de segurança, leitores biométricos, etc.

Nesse contexto – em que a mais completa ausência de coesão social repele a incursão ativa ou reativa de qualquer instância de controle social informal –, a trincheira que exsurge, prioritariamente – em sede de controle social formal –, é o Direito Penal.

Isto porque o Direito Penal tornou-se fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população<sup>8</sup> (TANGERINO, 2006, p. 166).

Como se pode observar, o Direito Penal é convocado a responder às exigências de globalização e de integração supranacional, reforçadas pelas rupturas de barreiras jurídicas na livre circulação de bens e de pessoas, assim como, a responder ao novo catálogo de perigos existentes na sociedade contemporânea<sup>9</sup>.

Desta forma, ao assumir esse papel que não lhe pertence, o Direito Penal redireciona sua perspectiva fundamentada no modelo reativo-repressivo e limitador para uma perspectiva eminentemente preventiva, fomentando a criação de um Estado intervencionista e também de um Estado da Segurança (BUERGO, 2001, p. 32-33).

<sup>8</sup> “No mundo globalizado neoliberal, os excluídos são produto do sistema, mas carregam a culpa de não terem sabido alcançar sua inclusão. Incluído, da sua parte, é aquele que está dentro do mercado, consumindo e, de conseqüência, produzindo. O excluído, por seu turno, sobrevive das migalhas porque, à margem do mercado é um não consumidor, coloca-se na condição de descartável e, portanto, no quadro atual, mostra-se como um empecilho dado continuar demandando pelas necessidades básicas, *homo famelicus*” (COUTINHO, 2000, p. 78).

<sup>9</sup> Sobre direito penal simbólico, cfr. Andrade (2003, p. 292).

Igualmente, tem-se que a crescente transformação do Direito Penal em instrumento flexível de intervenção do Estado, resulta uma resposta equivocada à questão de como podem ser prevenidas de maneira correta as situações de risco.

Desta feita, a partir da perspectiva da Constituição e da situação social do problema, este só pode ser abordado de forma razoável com a consolidação do Direito Penal do Estado de Direito (BUERGO, 2001, p. 32-33).

Firme nesse sentir, cabe não somente refletir sobre os motivos condicionantes da ampliação do Direito Penal na sociedade do risco, mas, também, sobre quais respostas o Direito Penal tem dado às interações surgidas neste novo contexto social.

### **2.1. A TRINCHEIRA PENAL: O DIREITO PENAL DO PERIGO**

A sociedade do risco produz poucas certezas, é fato! Contudo, dentre aquelas que produz a incerteza é uma delas. E dela infere-se decorrer, pelo menos, outras duas. A primeira redundava no fato de que a residência mimetiza o cárcere enquanto este adentra a sociedade.

A segunda, óbvia tão quanto a antecedente, decorre do fato de que – mesmo sem o exercício amplo da liberdade – grande parte do contingente do corpo social conduz sua forma de agir como se estivessem no estágio pré-cívico hobbesiano, fazendo com que a irracionalidade do controle, ou hiper-controle, contrarie a lógica social ao ocasionar a necessidade reiterada de mais controle e propiciar a separação definitiva entre liberdade e segurança, a ponto de não contemplar satisfatoriamente ambas.

Assim, na Sociedade do Risco os princípios da prevenção e da precaução não somente ganharam força como condicionaram a ideia de futuro ao dueto informação-conhecimento das incertezas e riscos provenientes desta sociedade (princípio da prevenção), razão que fomenta a criação frequente de tipos penais de perigo, precipuamente de perigo abstrato (CAVALCANTI, 2005, p. 161)<sup>10</sup>.

A celeuma é de difícil solução e a resolutividade para tal tem sido calcada na opção legislativa pelos tipos penais de perigo abstrato, os quais trazem consigo a pretensão de resguardar e suprimir as lacunas decorrentes das novas situações de ameaça.

---

<sup>10</sup> “A perigosidade da conduta típica é determinada *ex ante*, através de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na idéia de mera probabilidade. O perigo atua como um mero motivo, *ratio* de criação do delito, mas não chega a ser o resultado típico do mesmo. Assim, para a consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de um ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa” (GOMES e BIANCHINI, 2003, p. 276-277).



É dizer: não se deseja apenas evitar a produção dos resultados lesivos, mas sim, adiantar a prevenção a fim de propiciar uma sensação de segurança.

Nesse caminhar, é indubitável que um dos traços que mais caracteriza este Direito Penal contemporâneo é a crescente utilização da técnica dos tipos de perigo abstrato, assim como dos delitos de consumação antecipada e a punição específica de atos preparatórios, com a finalidade declarada de ampliar a capacidade de resposta e a eficácia no controle de condutas, pois ao diminuir os requisitos de punibilidade, estes delitos facilitam enormemente a ampliação do tipo e com ele o alcance da utilização do instrumento penal (BUERGO, 2001, p. 78, tradução livre).

Com este desiderato – potencializador do desvalor das “formas de condutas perigosas” – amiúde profético –, a própria liberdade de ação torna-se um perigo em si mesma, pois, o preço a se pagar pela proteção contra o crime é, em última análise, tornar as ruas, praças, ônibus e metrô um gigantesco cárcere, onde todos sejam suspeitos de crimes que ainda não ocorreram e eternos vigias de seus pensamentos, palavras e ações<sup>11</sup> (VIANA, 2004, p.63).

Isto posto, constata-se que se o bem jurídico e a conduta lesiva se distanciam ao ponto desta satisfazer-se com um mero juízo probabilístico – que antecede, prescinde, a ofensa àquele –, é óbvio que a exigência de cuidado será sobrelevada a níveis aviltantes de vigilância recíproca, graças a gravidade das sanções impostas às “condutas perigosas” (“princípio da precaução”)<sup>12</sup>.

Para além, imprescindível mencionar, ainda, a antecipação não propriamente da lesão ao bem jurídico, mas, isto sim, a antecipação quanto à determinação da autoria e do elemento subjetivo do injusto, vale dizer, a criminalização dos deveres de vigilância por meio de crimes omissivos próprios e impróprios (TANGERINO, 2006, p. 170).

Eis a controvérsia que surge: é admissível a busca reiterada por juízos de prognose, a fim de evitar determinados resultados naturalísticos, em detrimento dos princípios garantistas que estruturam a dogmática penal clássica?<sup>13</sup>

<sup>11</sup> “A expansão do Direito penal do perigo é explicada como resposta à complexidade e insegurança da vida moderna, que criam a correspondente necessidade e demanda de segurança e, portanto, reclamam o aumento dos tipos de perigo. Nesta medida, o Direito Penal já não se apresenta como uma mera reação repressiva ou retributiva diante das lesões aos bens jurídicos, mas assume a tarefa de previsão estatal da existência dos riscos no sistema de segurança” (BUERGO, 2001, p.86-87, tradução livre).

<sup>12</sup> Sobre os princípios da prevenção e da precaução, cfr. Cavalcanti (2005, p. 161).

<sup>13</sup> Advertidamente, Hassemer (1989, p. 284) pontua que “para proteção perante os mega-riscos da sociedade pós-industrial só pode ser pedido auxílio a outros ramos de direito (não penal) e, porventura sobretudo, a meios não jurídicos de controle social. Outra concepção, conduziria a uma



### 3. A CRISE DO DIREITO PENAL DO BEM JURÍDICO<sup>14</sup>

Se se deixa claro que as respostas que o Direito Penal tem dado às interações surgidas neste novo contexto social é dissonante da construção dogmática liberal, à toda evidência que as consequências daí advindas serão tão desastrosas quanto as premissas que lhes dão origem.

Nessa esteira, observa-se que o Direito Penal do Perigo, longe de aspirar a conservar o seu caráter fragmentário, como *ultima ratio*, tem se convertido em *sola ratio*, cuja expansividade, dentre outras características, manifesta-se por intermédio da mudança no paradigma que vai da hostilidade para o bem jurídico e da perigosidade para o mesmo (PRITTWITZ, 2003, p. 4, tradução livre)<sup>15</sup>.

Em outras palavras, se se analisar os fins os quais o Direito Penal do Perigo pretende servir sociologicamente segundo à ideia de risco, trata-se da massificação da ideia de prevenção, de proteção de bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de uma estabilização da norma (PRITTWITZ, 2003, p. 195, tradução livre).

Ocorre que – diferentemente do Direito Penal Clássico, em que as condutas não eram criminalizadas somente *mala per se* –, no Direito Penal do Perigo proibem-se condutas para que com isso elas se tornem socialmente inadequadas. Ou seja: o comportamento que vai ser tipificado não é considerado socialmente inadequado (PRITTWITZ, 2003, p. 197, tradução livre).

Falta-lhe, pois, o filtro social<sup>16</sup>. E, nesse sentido, o princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se de uma “restrita proibição de punição em um mandato de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização” (HASSEMER *apud* SILVA, 2004, p. 98).

---

excessiva antecipação da tutela, através da eleição de bens jurídicos vagos, incapazes de cumprir a função crítica que lhe é reconhecida e suporte de um aumento excessivo de crimes de perigo abstrato. Por isso afirma que são imensos os riscos de um direito penal do risco para a função de garantia do direito penal. À categoria de bem jurídico-penal cabe assim a função de lançar para fora da normatividade penal todos os fenômenos sociais patológicos incapazes de lesar ou pôr em perigo objetos dignos de serem considerados autênticos bens jurídicos, quer no domínio de novos riscos, quer no domínio estatal e econômico”.

<sup>14</sup> “O paradigma penal das sociedades democráticas do nosso tempo consubstancia-se na função exclusiva do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos penais. As raízes longínquas deste paradigma devem procurar-se no pensamento filosófico ocidental a partir do Séc. XVII e, pelo que diretamente respeita ao âmbito jurídico penal, no movimento do Iluminismo Penal; e exprimem-se por excelência no racionalismo cartesiano, na doutrina jurídico política do individualismo liberal e na mundividência antropocêntrica e humanista que comandou o movimento em favor dos direitos humanos” (DIAS, 2007, p. 135).

<sup>15</sup> Sobre a expansão do direito penal Cfr. Silva Sanches (2002).

<sup>16</sup> Para maior aprofundamento sobre a definição social de crime, Cfr. Dias (2007, p. 132).

Tortuoso é o caminho que o Direito Penal Clássico percorre sem que consiga fazer penetrar seus conceitos na orientação global de risco social. E, igualmente, indisfarçável a existência de duas tendências complementares aos desígnios da sociedade contemporânea.

De um lado, uma que amplia vários aspectos no âmbito do Direito Penal, tais como: a proteção de novos bens jurídicos penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes e a flexibilização das regras de imputação.

De outro, uma tendência que restringe – ou mesmo elimina – aspectos fundamentais do Direito Penal, dentre eles: a relativização dos princípios político-criminais de garantia, o princípio da intervenção mínima e, ainda, a exigência de certeza da lei penal.

Ante tais circunstâncias, ressoam vozes no sentido de que o Direito Penal não estará preparado para a tutela dos grandes riscos se teimar em ancorar a sua legitimação substancial no modelo contratual, fundamento último de princípios políticos-criminais tão essenciais como o da função exclusivamente protetora de bens jurídicos, o da secularização, o da intervenção mínima e da *ultima ratio* <sup>17</sup>.

Entrementes, estima-se que não assiste razão a tal raciocínio, mas sim àquele que reconhece que a necessidade de segurança não é, por si só, suficiente para legitimar a proteção através do Direito Penal e que a demanda por mais intervenção – para conseguir um maior controle de determinados fatos –, não deve dirigir-se primordialmente ao Direito Penal. Assim, o erro está em entender que somente o Direito Penal pode oferecer e garantir segurança e que é sempre legítimo utilizar-se da sanção penal para atingir essa finalidade (HERZOG, 1993, p. 39-40, tradução livre).

Assim sendo, é necessário sobrelevar o acerto daqueles que advertem que o controle penal dos riscos sociais deve ser debatido com base em critérios objetivos – que se delineiam claramente das exigências de política interna –, vez que se considera oportuno que o conteúdo do Direito Penal não seja delimitado com base em relações políticas de força, pressão da opinião pública ou outros fatores políticos, já que eles acarretariam consequências indesejáveis para sua certeza, estabilidade e limitação (HERZOG, 1993, p. 322, tradução livre).

Com toda certeza, a forte demanda por segurança desenvolvida pela sociedade do risco não pode pressupor uma alteração geral do paradigma do Direito Penal do bem jurídico, nem, tampouco, fazer impor, sem qualquer questionamento, o adiantamento progressivo da linha de defesa do dano ao perigo <sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Sobre a temática Cfr. Dias (2001).

<sup>18</sup> Acerca do Princípio da não-intervenção moderada, Cfr. Dias (2007, p. 131).

Há que se questionar, diuturnamente, qual modelo de Direito Penal a ser mantido, quais consequências adviriam para a dogmática jurídico-penal e, ainda, como seria a política criminal a ser imposta.

Desta feita, a decisão sobre a intervenção, ou não, do Direito Penal – ou, ainda, a forma ou a medida da mesma em um determinado âmbito – não pode ser tomada somente em atenção aos critérios de obtenção de maior eficácia. Ao revés, deve ter em consideração que a intervenção penal está – e deve estar – submetida a numerosos requisitos e limites próprios de um Estado de Direito, que devem ser, necessariamente, respeitados, embora isso possa implicar uma certa diminuição ou prejuízo da eficácia total do direito (BUERGO, 2001, p. 168, tradução livre).

À toda evidência, a adoção de um modelo penal – sobretudo aquele cuja pretensão é efetivar um controle global<sup>19</sup> e que irá recair impiedosamente sobre a sociedade – deve perpassar por uma reflexão objetiva acerca deste, distanciando-se, pois, de um movimento social sonâmbulo em que as ações e interações ocorrem por mimetismo.

Outrossim, deve-se concebê-lo dentro de uma perspectiva proporcional, racional e crítica capaz de ser obtida por intermédio de um processo de comunicação intersubjetiva realizado no seio do corpo social e destinado a traçar os limites de abrangência do Direito Penal do bem jurídico sob o pálio de uma democracia deliberativa<sup>20</sup>.

## CONCLUSÃO

Ressalta-se que, amiúde, o ato político que valora a seara de atuação do Direito penal, mormente o Direito Penal do Perigo, fomenta decisões e programas de decisão que não serão orientados para modificar a realidade, mas, precipuamente, para falseá-la aos olhos dos espectadores, saciar o clamor punitivo

---

<sup>19</sup> Para maior aprofundamento sobre o Direito Penal de Controle Global, Cfr. Kratzsch *apud* Buergo (2001, p. 130).

<sup>20</sup> Habermas (1989, p. 381) encontra a chave de sua “teoria social crítica” na noção de agir comunicacional. Para ele, a razão comunicacional é de saída misturada com o processo da vida social pelo fato de que os atos de intercompreensão desempenham o papel de um mecanismo que tem o objetivo de coordenar a ação. As ações comunicacionais formam um tecido que se alimenta dos recursos do mundo vivido e constitui, por isso mesmo, o meio a partir do qual se reproduzem as formas de vida concretas. Assim, a intersubjetividade é necessariamente o campo no qual, sobre fundo de integração social, a razão “discursiva” e “comunicacional” apresenta, visando a outros e numa busca de consensualidade, uma conduta “processual” de argumentação e justificação. É o acordo obtido de maneira comunicacional, avaliado à luz do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade, que torna possível a constituição de uma rede das interações sociais e dos contextos procedentes do mundo vivido.

da opinião pública e encobrir os graves problemas sociais advindos da inoperatividade do Estado minimalista e das falácias do, tão sonhado, discurso do bem estar social.

Desta forma, a nota característica do Direito Penal do Perigo é a contradição crescente sob a aparência de pragmatismo – ou seja, uma eficácia instrumental às avessas à qual a eficácia simbólica legítima, pois a repressão conforme a ideologia da *segurança urbana* (demagogia legislativa) não somente cria leis que anulam garantias, como, também, corrompe as agências de criminalização – já que o fortalecimento do poder de seleção e de vigilância, sob o pretexto de prevenir, de investigar condutas “perigosas”, de identificar suspeitos, de deter ações lesivas, de vigiar espaços públicos, de exercer o controle veicular, etc., fertiliza o terreno tanto para o arbítrio quanto para o desregramento do exercício de criminalização.

Consequentemente observa-se que a influência dos riscos contemporâneos propicia um processo expansivo o qual substitui a democracia pela comunicação entre políticos e seu público, fragilizando o princípio da intervenção mínima, pois vulgariza a quintessência da construção dogmática – a *ultima ratio*, ao difundir o Direito Penal do Perigo.

Assim sendo, tem-se, a rigor, um resultado desalentador porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*.

Com efeito, constata-se que o Direito Penal do Perigo utiliza o ser humano como meio para a consecução de fins sociais meramente utilitários, de duvidosa eficácia, os quais nutrem as tendências atuais de um direito penal máximo, que não somente edificam o autoritarismo penal, mas, sobretudo, infringem o princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, agridem o Estado Democrático de Direito.

Isso porque, seja na teoria ou na *práxis* ele se esgota na confrontação de suas premissas basilares: ou seja, não há como ser garantista se os preceitos que prevêm e orientam a sua estruturação tem consequências deletérias para os Direitos Fundamentais.

Destarte, diante da tendência expansiva do Direito Penal que se observa na Sociedade do Risco, é imprescindível que se questione o caráter programático do Direito Penal com a síndrome criminalizante instalada na sociedade – a qual consolida o Direito Penal do Perigo, visto que essa tendência ocasiona o conflito com os princípios tidos como básicos do direito penal, como o de exclusiva pro-

teção de bens jurídicos, também denominado de princípio da ofensividade ou lesividade, ou da *ultima ratio*, ou da subsidiariedade ou intervenção mínima, e o da culpabilidade.

Constata-se que, de fato, as leis penais advindas da Sociedade do Risco possuem legitimidade questionável, pois contemplam tipificações com limites difusos, com elementos valorativos moralistas, com referências de ânimo, com omissões ou ocultamentos do verbo do tipo, e, por derradeiro, com uma concepção calcada, predominantemente, na periculosidade, vinculando a punição à personalidade do criminoso, desqualificando, na imposição do castigo, a própria tipicidade.

Afirma-se, por fim, que responder ao tipo errado de questões com frequência ajuda a desviar os olhos das questões realmente importantes, pois o que deve ser delineado no estudo do Direito Penal do Perigo não são os seus limites de atuação diante dos riscos contemporâneos, mas sim, a legitimidade de seus conteúdos, porque lhes falta coerência interna, valor de verdade quanto à sua operatividade social, falta fundamentação antropológica – imposição de considerar o homem como pessoa e nunca como meio para alcançar qualquer finalidade, ou seja, falta uma racionalidade deslegitimadora da sociologia criada pelo poder punitivo. Portanto, não se pode pretender condicionar a legalidade do Direito Penal do Perigo à legitimidade de seus conteúdos.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 292.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*; tradução Juarez Cirino dos Santos. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Editora Renavam, 2002, pp. 161;176.
- BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. Discursos Sediciosos. *Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. p. 271, 2. sem. 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Civitas, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Unb, 1995. p. 70.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, 209p.
- CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e Sociedade Complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização*. Campinas – SP: LNZ, 2005, 362 p.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Pensamento Economicista no Direito Criminal de Hoje. Discursos Sediciosos. *Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 78, 1. e 2. sem. 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, São Paulo, ano 9, n. 33, 2001.

DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. p. 123, 2. sem. 2002.

DURKHEIM, Émile. *Selected Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972, p. 94.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal. Coimbra: Almedina, 2001. 127 p.

GARLAND, David. As contradições da Sociedade Punitiva: o caso britânico. *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*. Rio de Janeiro, ano 7, n. 12. p. 86, 2. sem. 2002.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Globalização e Direito Penal. In: *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: RT, 2003. p. 276-277.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho Penal, in Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio del siglo. *El análisis crítico de la Escuela de Francfort*. Toledo: Universidad Castilla-La Mancha, 2003, p. 04.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luís Olavo de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 151 p.

TANGERINO, Davi. Reflexões acerca da inflação legislativa em matéria penal: esvaziamento semântico da Ultima Ratio e o Direito Penal Disfuncional. *Revista Ultima Ratio*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 0, p. 166, 2006.

THOREAU, Henry David. *A desobediência civil seguido de Walden*. Porto Alegre: L&PM, 2017.

VIANA, Túlio Lima. A era do controle: introdução crítica ao direito penal cibernético. *Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14. p. 63, 1. e 2. Sem. 2002.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2001, 157 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 222 p.

## **A VIABILIDADE DE DESESTATIZAÇÃO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**

### ***THE FEASIBILITY OF DE-STATIZATION OF THE BRAZILIAN POST AND TELEGRAPH COMPANY***

Emerson Ademir Borges de Oliveira

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Curso Estágio Pós-Doutoral em Democracia e Direitos Humanos na Universidade de Coimbra. Coordenador-Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista.

Marcos Vinícius Marini Kozan

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo Damásio Educacional. Analista Judiciário do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso.

**Submetido em:** 28/02/2020

**Aprovado em:** 19/09/2020

**Resumo:** O presente trabalho possui o propósito precípua de avaliar a viabilidade de desestatização da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em especial a partir da compreensão neoliberal de redução da intervenção direta do Estado na economia, desde as previsões constitucionais até a recente Declaração de Direitos da Liberdade Econômica. A partir desta plataforma, operacionalizar-se-ia a ideia de subsidiariedade do Estado quanto à intervenção direta, relegando a atividade econômica cada vez mais aos particulares. De certo, a ECT é uma das empresas estatais mais antigas do país, com relevante papel histórico e social perante a população brasileira. A ECT, ainda, mantém, até os dias atuais, o monopólio postal, confirmado pelo STF na ADPF 46, o que lhe confere um tratamento distinto, em alguns pontos próximo da Fazenda Pública. A desestatização da empresa, por outra via, traz à discussão justamente o seu papel social, por vezes deficitário em termos financeiros, o que é incompatível com o exercício privado da atividade. Assim, não bastaria uma análise que se cingisse à obediência ao Programa Nacional de Desestatização (Lei 9.491/1997) e ao Programa de Parcerias de Investimento (Lei 13.334/2016), sendo prudente o questionamento da continuidade intacta de sua função perante a sociedade. O trabalho se desenvolve a partir de método dedutivo e pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chaves:** Atuação do Estado na Economia; Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Serviço Postal; Desestatização.

**Abstract:** *The main purpose of this investigation is evaluating the feasibility of privatization of the Brazilian Post and Telegraph Company, especially from the neoliberal understanding of reducing the direct intervention of the State in the economy, from the constitutional forecasts to the recent Declaration of Rights of Freedom Economical. From this platform, the idea of state subsidiarity would be operationalized in terms of direct intervention, relegating economic activity more and more to private individuals. Certainly, ECT is one of the oldest state-owned companies in the country, with a relevant historical and social role in the Brazilian population. ECT still maintains, until the present day, the postal monopoly, confirmed by the STF in ADPF 46, which gives it a different treatment, in some points close to the Public Treasury. The privatization of the company, in another way, brings to the discussion precisely its social role, sometimes deficient in financial terms, which is incompatible with the private exercise of the activity. Thus, an analysis that is limited to compliance with the National Privatization Program (Law 9.491/1997) and the Investment Partnership Program (Law 13.334/2016) would not be enough, and it is prudent to question the intact continuity of its function before society. The work is developed from a deductive method and bibliographic research.*

**Keywords:** *State performance in the economy; Brazilian Post and Telegraph Company; Postal Service; Privatization.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Atuação do estado na economia. 2. A empresa brasileira de correios e telégrafos. 2.1 Serviço Postal. 3. Desestatização? Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O Estado atua no âmbito econômico em menor ou maior escala, a depender do sistema liberal ou intervencionista adotado pelo país. No liberal, o Estado deixa para a iniciativa privada explorar a atividade econômica e para o mercado se autorregular, enquanto no intervencionista atua por meio de incentivo, planejamento, fiscalização, regulação e normatização. Evidente que dentro desses parâmetros existem situações medianas.

A Constituição Federal de 1988 buscou afastar o Estado da atuação e exploração da atividade econômica, em conformidade com o princípio da subsidiariedade, que recentemente foi reforçado pela Declaração de Direitos da Liberdade Econômica.

Esse princípio expressa que o Estado deve atuar nos serviços considerados essenciais, como saúde, educação, infraestrutura, seguridade, dentre outros, e deixar que as demais atividades econômicas sejam exploradas pela iniciativa privada, ficando o Estado responsável pela regulamentação de tais atividades, para que não haja abusos.

Nesse sentido, verifica-se que no Brasil existem inúmeras empresas estatais que foram criadas não apenas para cuidar de atividades tidas como essenciais, mas com o fim de obtenção de lucro, o que, na maioria das vezes, não têm alcançado o seu objetivo.



Entre essas empresas, observa-se que os Correios, empresa pública, que detém o privilégio postal e possui um regime jurídico diferenciado, nos últimos anos, não se mostra mais tão atrativa do ponto de vista econômico, em especial em razão dos avanços tecnológicos que diminuiram sobremaneira sua demanda.

Diante disso, passa-se a discutir a viabilidade da sua desestatização e quais os procedimentos a serem seguidos e como isso poderia ocorrer, tendo em vista sua posição de prestadora de um serviço público e de privilégio postal.

## 1. ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A atuação estatal no domínio econômico varia conforme o contexto histórico. No entanto, é relevante anotar que o Estado sempre atuou no âmbito econômico, seja em menor ou maior escala, a depender do sistema mais liberal ou intervencionista adotado pelo país.

No liberalismo, grosso modo, o Estado atua minimamente, deixando que o mercado se regule sozinho, por meio da atuação das empresas privadas, as quais passam a exercer as principais atividades com o fim de atender os mais variados interesses econômicos.

Como elucida Alberto Venâncio Filho (1968, p. 6), no liberalismo o Estado tem três deveres a cumprir, quais sejam: proteger os membros da sociedade; estabelecer uma adequada administração da justiça e manter certas instituições públicas que não se sustentariam pela iniciativa privada, por não gerarem lucro.

Por outro lado, no Estado intervencionista, o mercado se regulará por meio de uma atuação mais rigorosa do Estado, que poderá se utilizar dos mecanismos de incentivo, planejamento, fiscalização, regulação e normatização, além da sua própria atuação direta empresarial.

Segundo Gilberto Bercovici (2011, p. 271), o Estado deve conciliar o sistema de livre mercado com o intervencionista, sabendo equilibrar os lados, não sendo somente liberal ou apenas intervencionista.

Para Leonardo Vizeu Figueiredo (2009, p. 77):

É de se ressaltar que, embora a atual Constituição não admita mais o irrestrito intervencionismo do Estado para estabelecer monopólio de qualquer atividade econômica ou mesmo um movimento estatizante da Ordem Econômica Nacional, não há que se falar em economia de mercado pura, o que aliás não existe em nenhum Estado do mundo. Por intervenção direta do Estado na economia há que se entender a possibilidade de exploração da atividade econômica por parte deste. Por sua vez, como veremos adiante, por intervenção indireta do Estado enten-

de-se a atuação deste como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Assim, pode-se dizer que a intervenção do Estado na economia se dá por algumas razões, e dentre elas se destacam a necessidade em se recriar o mercado, os critérios de equidade na distribuição e a obtenção rápida de determinados objetivos de política econômica (FONSECA, 2017, p. 176).

No primeiro caso, o Estado passa a assumir atividades que não costumam ser vantajosas, como os monopólios naturais, atuando para garantir uma livre competição no mercado. Já no segundo, o Estado objetiva uma redução das desigualdades, proporcionando uma justiça distributiva. Com relação à terceira razão, destaca-se o exercício da função empresarial do Estado, visando atender resultados mais rápidos.

Para Gaspar Ariño Ortiz (1993, p. 56), o Estado passou a atuar de quatro formas distintas: na regulação da economia; na atuação fiscal e financeira; no regime concorrencial; e também com a reserva ao setor público.

No caso da regulação econômica, o Estado edita normas de fomento e regulação, pretendendo a fiscalização dos agentes econômicos, bem como estimulando determinadas atividades econômicas. Já quanto à atuação fiscal e financeira, atua com o fim de conceder benefícios fiscais, ou, ainda, impondo cargas tributárias mais ou menos onerosas, ou seja, estimulando algumas atividades em detrimento de outras.

Quanto ao regime concorrencial, o Estado atua como sujeito econômico, por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, em regime de concorrência com as demais empresas privadas. No que se refere à reserva ao setor público, este ocorre com a reserva de forma exclusiva de alguns setores da economia, como no caso dos monopólios.

Segundo Eros Roberto Grau (2003, p. 122), existem três modalidades de intervenção: por indução, por direção e por absorção ou participação.

No primeiro caso o Estado altera os instrumentos de intervenção na economia em conformidade com as leis que regem o funcionamento dos mercados. De outro modo, a intervenção por direção ocorre quando o Estado atua por meio de mecanismos e normas de comportamento para os agentes da atividade econômica. Já a intervenção por absorção ou participação se dá quando o Estado assume o controle dos meios de produção, seja atuando em regime de monopólio (absorção) ou em regime concorrencial com as demais empresas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 641), a intervenção do Estado na economia desponta em três espécies: como agente normativo e

regulador da atividade econômica, ao disciplinar o comportamento dos particulares; fomentador da atividade econômica, por meio de benefícios fiscais; e como agente direto no cenário econômico, por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 173 que a participação do Estado na atividade econômica ocorrerá diretamente, no regime concorrencial, de forma subsidiária, sendo permitida apenas nos casos de relevante interesse coletivo ou necessário aos imperativos da segurança nacional. Como já foi dito:

Imperativos de segurança nacional dizem respeito à defesa da nação brasileira. Seriam empresas voltadas para o desenvolvimento de atividades que visam resguardar a pátria, a soberania nacional e a integridade territorial, como, por exemplo, a fabricação de armamento ou de aeronaves. Daí porque a necessidade de que tais empresas pertençam exclusivamente à União, não podendo ser criadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Exemplo é a Indústria de Material Bélico do Brasil (IMBEL), assim como a antiga Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A., que deixou de ser estatal em 1.994.

Relevante interesse coletivo traz um conceito extremamente aberto e sem delimitação legal. Para Eros Grau, o relevante interesse coletivo deve ser ponderado por princípios como a dignidade humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, construção de sociedade justa, livre e solidária, liberdade, erradicação da pobreza, dentre outros (BORGES DE OLIVEIRA, 2020, p. 343).

Dessa forma, quando se tratar de atividades industriais e comerciais que não digam respeito a relevante interesse coletivo ou necessárias à segurança nacional, não seria o caso de o Estado intervir, deixando que o setor privado cuide de referidas atividades.

Já o artigo 174 da Constituição elenca a atuação indireta do Estado no âmbito econômico, por meio de medidas de fomento e regulação. Ele exercerá o poder de fiscalização, incentivo e planejamento sobre a atuação das empresas no mercado.

Portanto, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 buscou afastar o Estado da atuação e exploração da atividade econômica, deixando a cargo deste apenas o que fosse considerado essencial, como por exemplo, atividades envolvendo sistema financeiro, infraestrutura, dentre outros ramos.

Com isso, o Estado deve se preocupar mais em zelar pela fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, garantindo a eficácia dos princípios elencados no artigo 170 da Constituição, quais sejam, soberania nacional, pro-

priedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Leonardo Vizeu Figueiredo (2009, p. 77) reforça essa ideia de subsidiariedade ao afirmar que:

Assim, fica claro que a intervenção material do Poder Público em qualquer atividade econômica se dará apenas em caráter excepcional e subsidiário, não estando mais o Estado habilitado pelo mandamento constitucional a retirar dos particulares a iniciativa da exploração da economia. Destarte, a ação estatal no âmbito da economia só será justificada quando os particulares não possam ou não queiram intervir, ou, ainda, quando se fizer necessário, para salvaguardar os interesses da República e, por corolário, de toda a sociedade que ela representa.

Assim também reforça Danilo Vieira Vilela (2018, p. 94) ao afirmar que: “considerando a atual conformação do Estado brasileiro e a prevalência do seu caráter regulador, não cabe mais a este assumir a iniciativa da atividade econômica, que deverá ser avocada apenas de forma excepcional”.

Outro que adota tal posicionamento é João Bosco Leopoldino Fonseca (2017, p. 191) ao entender que o Estado não é eliminado, mas passa a assumir novas funções. Com isso, o direito econômico passa a ser tido como um conjunto de normas que regem a organização do mercado.

Ainda, para André Ramos Tavares (2011, p. 267):

A subsidiariedade, como visto, significa a possibilidade de o Estado atuar no âmbito econômico estrito de forma supletiva à atuação privada. No momento atual, a intervenção autorizada constitucionalmente não mais convive com esse sentido estrito de subsidiariedade, albergado pelo sistema constitucional pretérito. Encontra-se na redação do art. 173 sua consagração, na medida em que a exploração de atividade econômica pelo Estado é considerada uma exceção à regra geral. A constituição apregoa que ao Estado resta um papel restrito, subsidiário, no contexto econômico do país, mas nem por isso de menor relevância econômica. A primazia constitucional da atividade econômica dos particulares (DIMOULIS, 2006:141) é a consequência direta da assunção do princípio da subsidiariedade.

Há que se destacar, nesta linha, a Lei nº 13.874, de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo garantias de livre mercado, e que, em seu artigo 2º, inciso III, elencou o princípio da intervenção

subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas, deixando ainda mais claro que a intervenção do Estado na economia deve ocorrer de forma excepcional.

Para que o Estado atue na atividade Econômica ele se valerá da Administração Indireta, sendo necessária a criação de empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista ou suas subsidiárias), conforme preconiza o artigo 173, §1º da Constituição (VILELA, 2018, p. 96).

Conforme disposição do artigo 5.º II, do Decreto-Lei 200, a empresa pública é dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito<sup>1</sup>. Como exemplo, pode-se citar a Caixa Econômica Federal e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Como regra, a sua atuação envolve a prestação de serviço público ou o desenvolvimento de atividade econômica propriamente dita. Admite-se também que a empresa tenha por objeto a prestação de serviços de apoio ao próprio Estado. Neste caso seu objetivo seria satisfazer necessidades do próprio Estado (JUSTEN FILHO, 2015, p. 289).

Já a Lei nº 13.303, de 2016, em seu artigo 3º, disciplina que a empresa pública é dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios. Verifica-se que houve uma alteração no tocante ao ente público, abrangendo também os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por outro lado, segundo o disposto no artigo 5.º III, do Decreto-lei 200, a sociedade de economia mista é dotada de personalidade de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade da Administração Indireta. Como exemplo, pode-se citar o Banco do Brasil e a Petrobras.

O regime jurídico a ser seguido no caso das empresas estatais é o próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comer-

---

<sup>1</sup> “No contexto das empresas públicas, a despeito de uma enorme variação conceitual no direito comparado, entre nós, a primeira Instituição com as características que lhe atribuímos foi o Instituto de Resseguros do Brasil, de 1939. Sua rápida ascensão durante o período da II Guerra chegou a gerar entre alguns doutrinadores a crença de que tais empresas provocariam um abandono da utilização da fórmula da sociedade mista, o que, de fato, não ocorreu” (BORGES DE OLIVEIRA, 2017, p.243-244).

ciais, trabalhistas e tributários. Isso com o objetivo de não gerar concorrência desleal com o setor privado. No entanto, em alguns casos, será permitido o tratamento diferenciado, quando, por exemplo, essas empresas prestarem serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2015, p. 523).

Sendo assim, os principais aspectos do regime jurídico das empresas públicas são: que as decisões dos seus dirigentes equiparam-se a atos de autoridades para fins de ajuizamento de mandado de segurança, ação popular e ação civil pública; observância do artigo 37 da Constituição Federal, necessitando da realização de licitação para contratar; o regime dos trabalhadores rege-se pela Consolidação das Leis dos Trabalhos, necessitando de aprovação prévia em concurso para a investidura, não necessitando de motivação para dispensa; há um controle administrativo exercido pelo órgão da Administração direta a que se vincula a entidade.

## **2. A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS**

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) é uma empresa pública de direito privado, vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), que teve sua origem no Brasil em 25 de janeiro de 1663, com a criação do Correio-Mor no Rio de Janeiro. Portanto, é uma das empresas mais antigas do país.

Ela é responsável pela execução do envio e entrega de correspondências e encomendas no Brasil, bem como à logística integrada, como serviços financeiros e de conveniência, atendendo toda a população brasileira, nos mais de 5.500 municípios do país. Dessa forma, funciona também como um grande integrador nacional, ao conectar pessoas de todos os lugares do país e até mesmo do mundo.

No período colonial, as cartas eram o único meio de comunicação à longa distância existente, tendo sido muito utilizadas ao longo do processo de colonização. Além disso, representavam uma forma de controle de informações sobre as riquezas e demais assuntos da colônia. Nesse período, os cargos do Correio-Mor eram exercidos por integrantes da coroa portuguesa (BOVO, 1997, p. 19).

Foi apenas em janeiro de 1663 que houve a nomeação dos primeiros assistentes do Correio-Mor para o Brasil. A partir de então, começou o processo de interiorização dos correios e a criação de linhas postais, sendo estabelecido a primeira comunicação postal terrestre entre São Paulo e Rio de Janeiro.

Com a vinda da família real para o país, os correios passam a ter um papel de maior importância, aumentando a prestação de seus serviços, como o estabelecimento do serviço telegráfico e a consequente expansão para as províncias (BOVO, 1997, p. 20).

Posteriormente, no período da República, houve mais desenvolvimento dos Correios, com a aquisição de novas máquinas, ampliação da área interna e externa e evolução dos transportes, ocasionando uma expansão dos serviços às populações de todas as regiões do país.

No ano de 1931, por meio do Decreto 20.859, de 26 de dezembro de 1931, foi criado o Departamento dos Correios e Telégrafos, continuando a ser um órgão diretamente vinculado ao Estado brasileiro. Nas décadas de 1940 e 1950, o DCT investiu na criação do Correio Aéreo Nacional (BARROS NETO, 2004, p. 47).

Com o desenvolvimento dos setores produtivos no país, tornava-se necessária a reorganização postal de uma forma mais moderna que o DCT, uma vez que o serviço se apresentava de forma ineficiente e sem a devida infraestrutura. Nesse sentido, em 20 de março de 1969, foi criada a empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

A mudança foi seguida por uma grande alteração no modelo de gestão do setor postal brasileiro, tornando-o mais eficiente. Assim, a empresa passou a cumprir também importante ação social do governo, atuando no pagamento de pensões e aposentadorias, na distribuição de livros escolares, no transporte de doações em casos de calamidade, em campanhas de aleitamento materno e no treinamento de jovens carentes.

Nos dizeres de Tadeu Gomes Teixeira (2013, p. 58):

Com isso, os correios passaram a transitar entre duas lógicas administrativas: uma empresarial e outra pública. Garantiu-se à empresa a manutenção de seu patrimônio como pertencente integralmente à União. Além disso, garantiu-se autonomia à ECT para escolher – como na lógica empresarial – as estratégias de gestão que deviam guiá-la para, como em uma empresa privada, buscar a eficiência e o lucro em suas operações.

Atualmente, conforme discurso do presidente dos Correios, Floriano Peixoto, na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, em sessão realizada na Câmara dos Deputados, em 6 de agosto de 2019, os correios são responsáveis por atender 5.570 municípios, entregando mais de 20 milhões de mensagens por dia, possuindo mais de 11 mil agências de atendimento, com mais de 99 mil empregados, distribuídas em 45 unidades de tratamento e 1.052 unidades distribuidoras, bem como 11 linhas aéreas postais noturnas e 24,8 mil veículos próprios, entregando mais de um milhão de encomendas por dia, num total de 21,9 milhões de objetos distribuídos por dia<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público Câmara dos Deputados - Presença do ministro Marcos Pontes - 06/08/2019. Disponível em: <https://www.you->

Ainda, cumpre frisar que a receita obtida no regime concorrencial corresponde a 56,7%, enquanto a receita obtida por meio do regime de monopólio diz respeito a 43,3% do total de receita.

Na exposição, o Presidente dos Correios, também, destacou a crescente na entrega de encomendas. Em contrapartida, demonstrou o decréscimo no número de envio de mensagem via carta nos últimos anos.

Isso se dá em razão dos avanços tecnológicos e do *e-commerce*, que alterou substancialmente a forma de aquisição dos bens pelas pessoas, as quais, muitas, vezes deixam de ir até a sede da empresa e optam por comprar diretamente pela internet e aguardar o produto em sua casa.

Por outro lado, a diminuição na troca de cartas tem ocorrido em razão da utilização da internet e demais mídias sociais, em que as pessoas trocam mensagens instantaneamente, sem praticamente custo algum.

Como resultados recentes da empresa, expôs que no período de 2014 a 2016 a empresa teve prejuízo, enquanto nos anos de 2017 e 2018 foi obtida uma margem de lucro. No ano de 2014 o prejuízo foi de 20 milhões de reais, enquanto no ano de 2015 o prejuízo foi de 2.121 milhões de reais e em 2016 o prejuízo foi de 1.489 milhões de reais. Por outro lado, no ano de 2017 a empresa obteve um lucro de 667 milhões de reais e em 2018 de 161 milhões de reais.

Ademais, ressaltou que do total de 5.570 municípios que são atendidos pela empresa, apenas 324 geram lucro, enquanto nos outros 5.246 municípios ocorre prejuízo. Os critérios utilizados foram o de potencial de mercado, concorrência, demanda de mercado e compra/venda de encomendas.

Assim, verifica-se que o lucro obtido nesses poucos municípios serve para balancear o prejuízo gerado nos demais, equilibrando as contas da empresa, que, por um lado, obtém muito lucro em poucos municípios, enquanto acumula alto índice de despesas com a maior parte dos municípios, especialmente os mais afastados e menores. Além disso, constata-se que a maioria desses municípios que geram lucro se concentram nas regiões Sul e Sudeste e algumas capitais do Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

Sendo assim, pode-se dizer que a maior parte dos municípios menores ou mais afastados dos grandes centros urbanos acabam gerando um déficit para a empresa. Para exemplificar com os números de 2018, nesses 324 municípios houve receita de 18,12 bilhões de reais, com despesa de 11,41 bilhões de reais.

---

[tube.com/watch?v=9PXhYF-10Js&t=1807s](https://www.youtube.com/watch?v=9PXhYF-10Js&t=1807s). Acesso em: 30 out. 2019.



Enquanto isso, nos demais municípios, a receita seria de 1,58 bilhões de reais, enquanto as despesas chegariam a 8,12 bilhões de reais. Assim, no balanço total, considerando todos os 5.570 municípios, as receitas seriam de 19,70 bilhões de reais, enquanto as despesas alcançariam 19,53 bilhões de reais.

## 2.1. SERVIÇO POSTAL

A Lei 6.538/1978, a qual dispõe sobre os serviços postais, em seu artigo 2º, disciplina que o serviço postal e o de telegrama são explorados pela União, por meio de uma empresa pública. Além disso, o artigo 7º da referida lei elenca que o serviço postal constitui-se como um conjunto de atividades que torna possível o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomenda.

Ademais, o artigo 9º da mencionada lei expressa que é monopólio da empresa o recebimento, transporte e entrega no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta, cartão-postal e de correspondência agrupada, além da fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

Essa lei, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46, foi declarada recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal. Com isso, ficou estabelecido que cartas pessoais e comerciais, cartões-postais, correspondências agrupadas (malotes) só poderiam ser transportadas e entregues pela empresa pública.

Em julgamento, o STF assentou que o serviço postal é um serviço público e não seria uma atividade econômica em sentido estrito, englobando-o em um sistema de exclusividade, ao invés de monopólio.

Por outro lado, o Plenário entendeu que as transportadoras não cometeriam crimes ao entregar outros tipos de correspondências e encomendas. No entendimento dos ministros, essa tipificação de crime só deveria ocorrer caso o objeto transportado fosse de distribuição exclusiva da empresa dos Correios, como no caso das cartas.

O relator para o acórdão do caso à época, Ministro Eros Grau, discriminou em seu voto que a Empresa dos Correios deveria atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem situação de privilégio, que seria o privilégio postal.

Ainda, cabe destacar que o artigo 21, inciso X da Constituição Federal, dispõe que compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional. Assim, verifica-se que se trata de competência exclusiva da União.

Desse modo, por se tratar o serviço postal de prestação de um serviço público, apesar de os Correios contarem com a natureza jurídica de uma

empresa pública, possuem um tratamento jurídico diferenciado, equiparando-se à Fazenda Pública. Disso decorre a imunidade tributária recíproca, o pagamento de seus débitos mediante o regime de precatórios e o tratamento processual diferenciado, como o prazo em dobro (VILELA, 2018, p. 129).

Com relação aos servidores dos Correios, para a despedida destes, deve-se haver uma motivação, em razão do tratamento jurídico de Fazenda Pública que a ela é dispensado (TST SDI-1 OJ 247).

Em julgados do STF, como no Recurso Extraordinário 627.051/PE, de relatoria do ministro Dias Toffoli, bem como consta do Informativo 767 do STF, a Corte entendeu que a imunidade tributária também se aplicaria nos casos em que a empresa realiza o transporte de bens e mercadorias, uma vez que, diferentemente das demais empresas, ela não poderia se recusar a entregar em lugares distantes, conforme previsão do artigo 7º, caput e §3º da Lei 6.538/78.

Sendo assim, como seria obrigatória a regularidade do serviço postal e a sua continuidade, não seria desarrazoado que a empresa aproveitasse espaços ociosos nos veículos que utilizasse para exercer atividades afins. Dessa forma, não se estaria criando determinada estrutura para competir com particulares, mas aproveitando meios já disponíveis e utilizados, necessários ao serviço postal.

Além disso, as atividades exercidas sob regime concorrencial existiriam para custear aquela exercida sob o regime constitucional de monopólio (RE 627051/PE, rel. Min. Dias Toffoli, 12.11.2014, Info 767).

Outra questão polêmica envolvendo a empresa diz respeito à entrega de carnês de IPTU e ISS. Conforme julgados do STJ, como o AResp 228.049-MG, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, bem como o Informativo 519 do Tribunal, os municípios poderiam realizar a entrega de carnês para cobrar impostos, como o IPTU e ISS. Isso seria possível porque a notificação e constituição do crédito tributário seria ato próprio dos entes federativos, no exercício da sua competência tributária.

Dessa forma, não haveria privilégio dos Correios para a entrega desses carnês, não havendo, portanto, violação do privilégio da União na manutenção do serviço postal.

### **3. DESESTATIZAÇÃO?**

A desestatização é o afastamento do Estado da posição de executor de certas atividades e serviços, por meio da venda de ativos públicos ou a transferência da prestação de serviço público à iniciativa privada por prazo determinado. Há

várias formas de desestatização, como as privatizações, a desregulamentação, a concessão, a permissão e a terceirização (SOUTO, 2000, p. 9).

Para Odete Medauar (2015, p. 114):

A desestatização significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado. Com esse sentido, abrangeria a desregulamentação e a privatização. A desregulamentação consiste na eliminação total ou parcial de normas incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas, levando à simplificação e desburocratização. Por sua vez, a privatização aparece, num sentido amplo, para expressar o controle e participação mais efetivos da sociedade no processo produtivo, e, em sentido restrito, como transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado.

Isso ocorre em razão da ordem política e econômica, muitas vezes porque a empresa não está mais gerando lucro ou por estar enfrentando crises financeiras.

As empresas estatais são exemplos de ativos que podem ser privatizados. Por outro lado, alguns serviços que podem ser desestatizados são os relacionados aos setores de energia elétrica, saneamento, gás, portos, aeroportos, rodovias, saúde, educação, dentre outros.

Essa venda pode ocorrer de duas formas: pulverizada, por meio da venda de ações; ou concentrada, quando há a realização de leilões públicos.

A privatização ocorre quando há a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para a iniciativa privada em definitivo.

Já a concessão é a transferência da prestação do serviço público à iniciativa privada por prazo determinado. Essa pode ser comum ou em regime de parceria público-privada (PPP). No primeiro caso, a tarifa cobrada do usuário e as outras receitas da administração do serviço são suficientes para remunerar o concessionário pela prestação do serviço público.

Importante observar, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 362): “no que se refere aos serviços públicos, deve ressaltar-se que o Estado não deixou de ser o titular, transferindo somente a execução em si dos serviços”.

No caso da PPP, há um pagamento realizado pelo ente público ou pelo particular, diante da (in)existência de cobrança de tarifa, insuficiente para remunerar a prestação do serviço ou lucrativa. Logo, essa lucratividade ou déficit determinará o responsável pelo pagamento ao outro ente.

Na PPP, há distinção entre concessão administrativa e patrocinada. No primeiro caso não há cobrança de tarifa, sendo a remuneração totalmente feita pelo

ente público. Já na concessão patrocinada há a cobrança de tarifa, que poderá ser insuficiente, gerando algum tipo de pagamento pelo ente público, ou lucrativa, gerando pagamento do particular ao ente público para exploração.

Em 1990, foi criado o Programa Nacional de Desestatização, por meio da Lei 8.031, a qual posteriormente fora revogada pela Lei 9.491, de 1997. Essas leis foram criadas para transferir à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. A ideia era deixar a Administração Pública cuidando apenas das atividades consideradas essenciais, atendendo ao princípio da subsidiariedade.

Conforme detalha José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 360), são quatro aspectos que têm relevância para a boa percepção do programa, quais sejam:

O primeiro diz respeito aos objetivos fundamentais do Programa, e entre estes merece relevo o de “reordenar a posição estratégica do Estado na Economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público” (art. 1º, I), mostrando que a busca desse objetivo acarretará, por via de consequência, a redução da dívida pública líquida (art. 1º, II) e a concentração da Administração Pública em atividades nas quais seja fundamental a presença do Estado em vista das prioridades nacionais (art. 1º, V). Assim agindo, será possível “permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada” (art. 1º, III) propiciando o fortalecimento do mercado de capitais pela oferta de valores mobiliários (art. 1º, VI) e a reestruturação do setor privado para aumentar sua competitividade e modernizar sua infraestrutura (art. 1º, IV).

Assim, a Lei 9.491, de 1997, define desestatização em seu artigo 2º, §1, como: a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade; a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União.

Além disso, o artigo 4º da mencionada lei discrimina o processo de desestatização, o qual poderá ser executado mediante as seguintes modalidades: I - alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, preferencialmente mediante a pulverização de ações; II - abertura de capital; III - aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição; IV - alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações; V - dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos,

com a consequente alienação de seus ativos; VI - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos; VII - aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União.

Outra forma de desestatização está disposta no artigo 8º desta lei: sempre que houver razões justificantes, a União deterá, direta ou indiretamente, ação de classe especial do capital social da empresa ou instituição financeira objeto da desestatização, conferindo poderes especiais em determinadas matérias. A isso se dá o nome de *Golden Share*, tendo como objetivo resguardar os interesses estratégicos dos Estados nessas empresas privatizadas, no entanto, sem acabar com sua liberdade empresarial (BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2019, p. 184).

Dessa forma, a lei define que o objeto de desestatização nas empresas poderá ocorrer pela alienação de participação societária, pela abertura de capital, pelo aumento de capital ou pela dissolução ou desativação dos empreendimentos da sociedade. Quanto aos serviços públicos, estes poderão ser concedidos, permitidos ou autorizados à iniciativa privada. No tocante aos bens móveis e imóveis, estes poderão ser alienados, arrendados, locados, postos em comodatos ou em cessão, ou, ainda, aforados, permutados, concedidos com direito real de uso e alienação.

No ano de 2016, por meio da Lei 13.334, foi criado o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), que tem a finalidade de celebrar contratos de parceria entre o Estado e a iniciativa privada. Com a lei, duas estruturas foram criadas na Administração Federal, o Conselho do PPI e a Secretaria do PPI.

O primeiro avalia e recomenda ao Presidente da República os projetos, bem como decide sobre os temas relacionados à execução dos contratos de parcerias e desestatizações e o segundo atua em apoio aos Ministérios e às Agências reguladoras para a execução das atividades dos programas.

Com isso, passou-se a existir sete etapas para o processo de desestatização, quais sejam: 1) Recomendação da Inclusão no Programa Nacional de Desestatização pelo Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos; 2) Inclusão no Programa Nacional de Desestatização por meio de Decreto Presidente da República; 3) Contratação do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) para realização de estudos para desestatização; 4) Elaboração de estudos pelo BNDES e contratação de consultores, caso necessário; 5) Com estudo pronto, é submetida a modelagem ao conselho do PPI para aprovação ou rejeição. O estudo abrange tanto aspectos econômicos, como jurídicos e trabalhistas e pode apontar diversos cenários, inclusive a inviabilidade da privatização; 6) Com estudos aprovados e alterações na regulação feitas,

segue-se o processo de leilão (caso seja essa a decisão do Conselho do PPI) para a Desestatização; 7) Em havendo sucesso no leilão, o ativo é transferido à iniciativa privada (POLETTI, 2019).

Recentemente, no julgamento das ADIs 5.624, 5.846, 5.924 e 6.029, o STF entendeu que o governo federal não pode privatizar empresa estatal matriz sem o aval do Congresso, mas tão somente as suas subsidiárias. Com isso, necessita-se de autorização legislativa e processo licitatório. No caso das subsidiárias, apesar de não necessitar de autorização legislativa, deve-se observar os princípios da administração pública.

No caso específico da empresa dos Correios, verifica-se que apenas desregular o monopólio do serviço postal não seria uma alternativa viável, uma vez que a empresa permaneceria com um regime jurídico diferenciado, gozando de alguns privilégios, o que ocasionaria uma competição desigual no mercado. Assim, certamente muitas empresas privadas não se interessariam pelo serviço.

Uma alternativa que se vislumbra seria a realização de leilões públicos – modelo concentrado –, visando a concessão do serviço público, com a finalidade de conceder áreas lucrativas juntamente com áreas menos lucrativas, para que, assim, as empresas competidoras desse leilão não fiquem apenas com as regiões lucrativas. Dessa forma, os municípios considerados pequenos, que não geram lucro, não ficariam desassistidos. Aliás, o contrato estipularia obrigação de assistência em relação a tais municípios. Desse modo, seria necessária a criação de uma agência reguladora para fiscalizar a prestação desse serviço, garantindo o atendimento ao cidadão e a forma de atuação da empresa no mercado.

Outra via seria por meio do modelo pulverizado, em que a empresa abriria o seu capital, com a venda de suas ações em bolsa de valores. Caso o Estado permaneça com a maior parte das ações, pode ser considerada uma sociedade de economia mista. Se alienar a maior parte à iniciativa privada será considerada apenas como uma sociedade anônima.

Essas medidas buscariam atender ao princípio da subsidiariedade disposto nos artigos 173 e 174 da Constituição Federal, bem como aos princípios da ordem econômica expressos no artigo 170 da Carta Magna. Com isso, o Estado deixaria de gastar para manter mais uma empresa que nos últimos anos não tem sido lucrativa e se aproveitaria do momento atual em que ela ainda tem um alto valor de mercado.

Isso porque, como anteriormente exposto, a cada ano as entregas de cartas têm diminuído e a de encomendas aumentado. Assim, seria oportuno abrir o capital antes que ela passe a perder valor no mercado.

Além disso, a tendência é que a indicação política diminua, o que consequentemente pode gerar uma diminuição nos casos de corrupção na empresa, prática que tem se desvendado nos últimos anos, como a que se desdobrou no mensalão, em 2005, descoberto após a CPI dos Correios, e também no Fundo de Pensão Postal, em 2011. Cabe destacar que esses casos de corrupção geram diversos prejuízos à sociedade, tanto de ordem moral, como financeira.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, que adotou um modelo de Estado capitalista e intermediário entre o liberal e o interventor, prevê que o Estado deve se ater à prestação de serviços essenciais à população, como saúde, infraestrutura e segurança, deixando para a iniciativa privada a exploração da atividade econômica, conforme o princípio da subsidiariedade.

Nesse sentido, verifica-se que no Brasil foram criadas, ao longo dos anos, muitas empresas estatais que buscavam a exploração da atividade econômica, que visavam o lucro e maximizar a atuação do Estado. Assim, desvirtuavam o princípio da subsidiariedade.

Entre essas empresas, observa-se que os Correios, empresa pública, que detém o privilégio postal e possui um regime jurídico diferenciado, tem um grande papel histórico e social para o país. No entanto, nos últimos anos, em razão dos prejuízos que tem acumulado, bem como por sua desnecessidade em se manter como empresa estatal, passou a ser analisada a sua desestatização, e, ainda, a quebra do monopólio no serviço postal.

Uma das alternativas seria a realização de leilões públicos, visando a concessão do serviço público, ou então, a abertura de capital da empresa, com a venda de suas ações em bolsa de valores, tornando-se uma sociedade de economia mista ou anônima. Essencial, no primeiro caso, que o contrato estabeleça uma situação de blocos, agregando e obrigando não apenas em relação aos municípios lucrativos, mas também aos demais, assim como a criação de uma agência reguladora para fiscalizar a atividade do particular que venha a assumi-los.

Dessa forma, essa privatização atenderia ao princípio da subsidiariedade inserido nos artigos 173 e 174 da Constituição Federal, bem como aos princípios da ordem econômica expressos no artigo 170 da Carta Magna, deixando o Estado de arcar com os custos de mais uma empresa estatal. Com isso, poderia despende maiores esforços em áreas consideradas essenciais.



## REFERÊNCIAS

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- BARROS NETO, J. P. *Administração Pública no Brasil: uma breve história dos Correios*. São Paulo: Annablume, 2004.
- BENSOUSSAN, Fábio Guimarães; GOUVÊA, Marcus Freitas. *Manual de direito econômico*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademar. *A Constituição brasileira ao alcance de todos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademar. Da imprescindibilidade da criação da Procuradoria das Empresas Estatais Federais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.100, a. 25, p.241-257, mar./abr. 2017.
- BOVO, Cassio Ricardo Martines. *Criação da ECT: (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos): a modernização dos serviços de correio no Brasil e a organização racional do trabalho*. São Paulo: Annablume, 1997.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público Câmara dos Deputados: Presença do ministro Marcos Pontes - 06/08/2019*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=9PXhYF-1OJs&t=1807s>. Acesso em: 30 out. 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. *Demonstrações Financeiras*. Disponível em: <https://www.correios.com.br/sobre-os-correios/a-empresa/publicacoes/demonstracoes-financeiras>. Acesso em: 09 jan. 2020.
- EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. *História postal*. Disponível em: <https://www.correios.com.br/sobre-os-correios/a-empresa/historia>. Acesso em: 10 jan. 2020.
- FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método, 2015.



POLETTI, Luma. *Correio Privado é melhor?* Disponível em: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/rumos-privatizacao-correios/#processo-nao-e-simples>. Acesso em: 09 jan. 2020.

GOVERNO FEDERAL. *Programa de parcerias e investimentos*. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/sobre-o-programa>. Acesso em: 07 jan. 2020.

RIBEIRO, Roberto Luiz. *Direito econômico brasileiro*. 2. ed. Goiânia: Kelps, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TEIXEIRA, Tadeu Gomes. O sistema postal brasileiro em transformação: propostas e mudanças na regulação do mercado e na reestruturação do modelo organizacional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. *Rev. Adm. Pública*, v. 48, n. 6, p.1355-1380, 2014.

TEIXEIRA, Tadeu G. *Os correios em transformação: reestruturação, organização do trabalho e políticas de gestão do trabalho (1994-2011)*. 2013. Tese (Doutorado em ciências sociais) — Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013.

VILELA, Danilo Vieira. *Direito Econômico*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

## **BEBÊ-MEDICAMENTO: DIREITO À PRIVACIDADE VS DIVULGAÇÃO NAS MÍDIAS DIGITAIS**

### ***SAVIOR SIBLING: RIGHT TO PRIVACY VS DIGITAL MEDIA DISCLOSURE***

Juliana Carvalho Pavão

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogada. Especialista em Direito Civil e em Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina.

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora do Programa de Mestrado em Direito Negocial e da graduação da Universidade Estadual de Londrina.

**Submetido em:** 19/02/2020

**Aprovado em:** 19/09/2020

**Resumo:** Na contemporaneidade, as novas tecnologias têm traçado novas situações e conflitos entre direitos. Nesse aspecto, dois avanços devem ser destacados: a internet e a geração de bebês-medicamento. Correlacionando-os, este trabalho objetiva analisar o direito à privacidade e à intimidade dos bebês-medicamento, no tocante a sua exposição em matérias jornalísticas da internet. Dessa forma, estudam-se os direitos fundamentais da criança em um aspecto histórico e jurídico, para posteriormente se compreender sobre o caso concreto dos bebês-medicamento. O resultado da análise é uma ponderação sobre os casos, seguindo-se o modelo português, com o qual se entende como viável sua divulgação para informação da sociedade, contudo sem citar dados pessoais das crianças envolvidas. O método utilizado é o dedutivo e a análise bibliográfica, além da apresentação de matérias jornalísticas *on-line* de diversos países a fim de se conceder concretude à temática.

**Palavras-chave:** Bebê-medicamento; Mídias digitais; Privacidade.

**Abstract:** *Children's rights were acquired through social change and international concern with this group. Thus, international declarations came to safeguard such guarantees. However, technologies have evolved, the internet has emerged and the generation of savior siblings. This last case is much publicized by the media in the internet, divulging personal data of those involved. Thus, the present*

*work seeks to analyze the right to privacy and intimacy of these children regarding the dissemination of materials on the Internet. The method used is the deductive and bibliographic analysis, as well as the presentation of online journalistic material from various countries to grant concreteness to the theme.*

**Keywords:** *Savior Sibling; Digital media; Privacy.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A criança como sujeito de direito e a proteção internacional. 2. Novas tecnologias e a geração do bebê-medicamento. 3. Caso dos bebês-medicamentos: direito à privacidade vs divulgação nas mídias sociais. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Na história, a criança esteve sempre à margem da sociedade. Somente com o decorrer do tempo, conquistou proteção e foi vista, pela primeira vez, como um sujeito de direito. Conseqüentemente, diversos ordenamentos jurídicos, nacionais e estrangeiros, passaram a tutelar e resguardar os menores de idade. Inclusive, com o desenvolvimento das novas tecnologias, em especial da internet, os direitos das crianças passaram a ser analisados sob esse novo contexto social. Diante disso, o presente trabalho busca discorrer sobre a geração de um bebê-medicamento e sua exposição nas mídias digitais, com o intuito de observar o caso pela ótica do direito à privacidade e do direito à informação.

Nesse caso, é-se primeiramente estudada a evolução histórica dos direitos da criança, no entendimento social e jurídico, até sua consagração como um sujeito de direito e um ser em desenvolvimento. Ademais, são analisados dispositivos internacionais que garantem liberdades essenciais a esses indivíduos.

Em um segundo momento é apresentado o caso do bebê-medicamento, plano de fundo principal do trabalho. Assim, é conceituado o que é um bebê-medicamento, quando este é gerado e quais procedimentos médicos são necessários para tanto, bem como os casos que já ocorreram.

Por fim, o último tópico realiza a importante discussão sobre a divulgação dos casos de geração de bebês-medicamentos e o direito à privacidade dessas crianças. A partir disso, sucede-se uma imprescindível análise, tendo em vista que se trata de um caso extremamente atual e de frequente divulgação pelas mídias digitais brasileiras.

Nessa seara, o trabalho utiliza o método dedutivo, partindo de uma análise bibliográfica cuja base é de autores nacionais e estrangeiros. Também utiliza, no último tópico, algumas matérias de jornais, divulgadas na internet, sobre os casos de bebês-medicamento a fim de indicar, concretamente, a divulgação de

dados dos envolvidos. Para tanto, os países selecionados foram Brasil, Estados Unidos da América e Portugal. Os Estados Unidos da América foram selecionados porque se tratam do primeiro país com caso de bebê-medicamento, o qual foi o mais divulgado até hoje pelas mídias. Enquanto isso, Portugal foi selecionado tendo em vista a proximidade legislativa com o Brasil e a facilidade de acesso a dados, além de apresentar matérias sobre bebês-medicamento sem a divulgação de informações pessoais dos envolvidos, o que torna possível a comparação entre matérias jornalísticas. Após essa breve introdução, deve-se iniciar o estudo pela análise da proteção da criança no cenário internacional.

## **1. A CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITO E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL**

A situação da criança perante os ordenamentos jurídicos nacional e internacional nem sempre foi de proteção e resguardo. Antigamente, ela era compreendida como um pequeno adulto, e não como um ser em desenvolvimento, fator que ocasionava a ausência de proteção jurídica à infância.

Philippe Ariès (1986) afirma que, nos séculos anteriores, era entendido que, quando a criança se mostrasse capaz de viver sem a atenção constante da progenitora, seria inserida no mundo adulto. Com isso, não havia a noção de infância como há hoje, isto é, a de que o menor deve ter tempo para estudar, exercer o lazer, descansar, entre outras atividades.

Tal visão perdurou durante a Idade Média, havendo, portanto, pouca sensibilidade quanto à infância nesse período histórico. Segundo o Manuel Pinto (1997, p. 36), na época medieval, a escola não realizava separação por idade, visto que não detinha a finalidade de educação infantil. Desse modo, as crianças eram tratadas como adultas.

Apenas na Idade Moderna, em decorrência da Revolução Industrial, a infância passa a ser considerada pela sociedade um período diferente da fase adulta. De tal modo, a revolução e a consolidação do capitalismo trouxeram o aumento no interesse pela alfabetização dos menores de idade, logo a educação infantil, separada da adulta, passou a ter maior destaque. No entanto, ressalta-se, em um primeiro momento, que a divisão entre adultos e crianças ocorreu apenas nas classes sociais mais elevadas, mantendo as demais no exercício do trabalho desde muito cedo (PINTO, 1997, p. 36-37).

Essa mudança no campo educacional indica que o processo de compreensão da infância como uma fase especial da vida do ser humano ocorreu de forma gradual, atingindo primeiramente as classes com poder aquisitivo superior, até chegar a toda a sociedade. Por isso, a maioria das crianças continuou exercendo

o mesmo trabalho que os adultos, principalmente em fábricas, donde resultavam diversos acidentes.

Em decorrência desse contexto, desde o fim do século XIX até princípio do século XX, surgiu uma corrente de profissionais que buscavam reformular as instituições e intervir na situação sobre os menores. Esse grupo era chamado de reformista pro-direitos (FARÍAS, 2004, p. 187). Com o decorrer do tempo, o interesse quanto aos direitos da criança foi crescendo, assim como seus defensores.

Nesse sentido, no contexto histórico, passou-se a identificar a criança como um sujeito próprio, diferente do adulto, a qual começa a ganhar autonomia e ser considerada um ser dependente e inocente que deve ser protegido (MARÔPO, 2007, p. 178).

No contexto internacional, a partir da segunda metade do século XIX, surgem movimentos que buscam defender as crianças e os adolescentes. Nesse cenário, surgem as Sociedades de Proteção da Infância em diversos países, além de organizações não governamentais – uma delas, inclusive, foi denominada *Save the Children* e propôs, pela primeira vez, a Declaração sobre os Direitos da Criança. Esta, após modificações, foi aprovada em 1924 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e é conhecida como Declaração de Genebra. Todavia, apenas em 1959, o documento foi aprofundado e aprovado pela Organização das Nações Unidas, tornando-se conhecido como Convenção de 1959 (MARÔPO, 2007, p. 178).

A Declaração, apesar de ser um marco importante para os direitos desse grupo, foi criticada por apresentar caráter político. Isso decorreu do fato de não haver nenhuma coercibilidade aos países, cabendo apenas à vontade dos Estados de seguirem suas recomendações (ROSEMBERGE; MARIANO, 2010, p. 700-701).

Em função do caráter político da Declaração, houve um entrave para seu avanço prático nos países, os quais não se sentiam obrigados a aplicar as normas. Apesar dessa questão, ela foi um documento internacional que reconheceu a necessidade de proteção à criança e a sua infância, entendendo-a como igual, sem realizar distinção quanto a sua classe social e sua situação econômica. Por si só, isso já representou um avanço significativo no direito dos menores de idade no contexto internacional, porque abdicou da concepção de que eram pequenos adultos e que a educação infantil era apenas para proles oriundas de classes abastadas. Dessa forma, trata-se de um documento importantíssimo para o processo de compreensão do menor de idade como um sujeito de direito.

Posteriormente, no tocante aos avanços internacionais sobre a proteção dos menores de idade, deve-se destacar a Convenção de 1989, porquanto trouxe como inovação o reconhecimento e a extensão de todos os direitos e liberdades

presentes na Declaração de Direitos Humanos para as Crianças e Adolescentes. Contudo, destaca-se que a Convenção segue a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 ao considerar que esse grupo necessitava de uma especial proteção por não ter a “maturidade física e intelectual” (ROSEMBERGE; MARIANO, 2010, p. 699).

O entendimento de que a criança ainda não detém as mesmas condições que um adulto condiz com a doutrina da proteção integral da criança em decorrência de constituir-se como um ser em desenvolvimento. Logo, é muito acertada a visão da convenção, porque proporciona considerar que esses indivíduos são sujeitos de direito, os quais, todavia, não devem ser equiparados a um adulto em termos civis, nem negociais, penais e administrativos, uma vez que ainda estão na formação de sua consciência. Ainda assim, ressalta-se que a condição de sujeito de direito concede à criança um *status* de integrante da sociedade, sendo considerada um ser com direitos e deveres, de modo a não estar mais à margem da sociedade. Além disso, sua condição não significa que não deve ser ouvida nem considerada em discussão, muito pelo contrário, trata-se de um sujeito autônomo com direitos próprios.

Essa mudança que ocorreu no Direito, concedendo à criança o posto de um sujeito de direito, foi uma grande transformação paradigmática, pois renovou a relação entre Estado, família e criança (FARÍAS, 2004, p. 187), no sentido de que a última se tornou responsabilidade do Estado e da família. Isso pode ser visto tanto na convenção como na legislação interna brasileira, no tocante à concessão de responsabilidade ao Estado, à família e também à comunidade para a proteção e o desenvolvimento da criança.

A Convenção de 1959 prevê que todas as crianças, independentemente de qualquer característica, detêm os mesmos direitos e as mesmas liberdades (Princípio 1º) e que a sociedade deve zelar pelo melhor interesse dos menores (Princípio 2º). Com isso, o acordo trouxe garantias às crianças assim como as já resguardadas aos adultos, mas concedeu uma proteção especial ao compreender a necessidade de uma proteção social maior.

No mesmo sentido, a convenção de 1989 reforça a garantia aos direitos das crianças, destacando que estas são pessoas com menos de 18 anos (Art. 1). Dentre todos os direitos resguardados, pode-se destacar a liberdade de expressão e o acesso à informação (artigos 12 e 13). Logo, a criança tem direito a se manifestar no tocante a assuntos que a envolva e também ter acesso a informações de acordo com sua faixa etária.

A Convenção de 1989 apresenta um avanço na definição, proteção e promoção dos direitos das crianças. Isso porque, primeiramente, não é uma declaração, e

sim um tratado internacional de maior consenso. Segundo a Convenção, há a previsão do desenvolvimento de políticas e recursos pelos Estados para a garantia dos direitos dos menores. E, por fim, apresenta quatro princípios base envolvendo crianças e adolescentes, que serão os fundamentos de toda a proteção: princípio da não discriminação; princípio do direito à vida e à sobrevivência; princípio do melhor interesse da criança; e princípio do ponto de vista da criança (JIMÉNEZ, 2007, p. 89). Por isso, a convenção foi um avanço para os direitos desse grupo.

No entanto, apesar de muitos assinarem a Declaração, por exemplo, o Brasil, apenas depois de muitos anos, tais países realmente trouxeram os direitos garantidos no plano internacional para a legislação interna (MARÔPO, 2007, p. 178). Essa realidade, infelizmente, é semelhante em outros países (FARÍAS, 2004).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 apresenta, em seu artigo 227, o dever da família, do Estado e da sociedade de assegurar a proteção, em caráter de prioridade absoluta, à criança e ao adolescente. Dessa forma, é reconhecida, no texto magno, a proteção da criança e a responsabilidade, de forma solidária, desses três atores. Ademais, na legislação brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu como um grande avanço nacional no intuito de assegurar os direitos dos menores de idade.

Diante do exposto, pode-se observar a evolução dos direitos das crianças e dos adolescentes no contexto internacional e nacional. A partir desse momento, deve-se iniciar o estudo com base nas transformações das biotecnologias e sua afetação sobre esse grupo.

## **2. NOVAS TECNOLOGIAS E A GERAÇÃO DO BEBÊ-MEDICAMENTO**

As tecnologias têm avançado muito nos últimos tempos, o que afeta drasticamente a vida em sociedade e a relação entre os próprios indivíduos. Dentre todas as mudanças existentes, deve-se destacar as relacionadas ao âmbito da saúde, atuando sobre o planejamento familiar, e sua divulgação cada vez maior nas mídias digitais.

No tocante aos avanços médicos relacionados à seara familiar, surgiram técnicas de reprodução assistida capazes de permitir que casais com algum problema de fertilidade tivessem sua prole. Logo, a reprodução assistida realiza a união artificial dos gametas para a geração de um novo ser vivo, de modo que pode ser dividida em dois métodos: fertilização *in vitro* e inseminação artificial (DINIZ, 2008, p. 520).

No primeiro método, o óvulo é retirado do útero da mulher para ocorrer a fecundação em uma proveta, e, posteriormente, ocorrendo a formação de um

embrião, este será implantado no útero. Já na inseminação artificial, a fecundação ocorre dentro do útero da mulher com a implantação do sêmen do marido ou doador (DINIZ, 2008, p. 520). Assim, a diferença reside no local da ocorrência da fecundação: um é fora do corpo da mulher; outro é dentro. Todavia, em ambos os casos, é necessário utilizar procedimentos laboratoriais para auxiliar a fecundação. Dentre os dois procedimentos, este trabalho focará na fertilização *in vitro*, tendo em vista ser a utilizada na geração do bebê-medicamento.

Sobre a técnica de fertilização *in vitro*, Genival Veloso de França afirma que se trata de um processo biológico de junção dos gametas visando originar um novo ser vivo. O autor entende que “a expressão fecundação artificial sugere uma união dos gametas fora do organismo feminino e, no entanto, o processo consiste em tentar-se a fecundação dentro desse próprio organismo” (FRANÇA, 1992, p. 270). Então, tal procedimento conseguiu promover efetivamente o princípio do planejamento familiar, na medida em que pessoas inférteis puderam, a partir desse momento, gerar sua prole.

Nesse contexto, o primeiro caso de fertilização *in vitro* ocorreu na Inglaterra, em 1978, com a geração de uma menina chama Louise Brown (FERRAZ, 1991, p. 44). Esse país é pioneiro quando se trata das técnicas de reprodução assistida, devendo-se destacá-lo, portanto.

Além das técnicas de reprodução assistida, a medicina continuou avançando, tanto que a genética tornou possível selecionar embriões de acordo com as características genéticas desejadas pelos pais e, conseqüentemente, surgiu o diagnóstico genético pré-implantacional e a seleção embrionária.

A esse respeito, primeiramente, deve-se observar que a manipulação genética apenas é permitida no Brasil com fins terapêuticos, podendo ocorrer para impedir a seleção de genes causadores de uma doença. Em outros países, como os Estados Unidos da América, é possível a seleção de genes baseada em características físicas, como cor de olhos e cor de cabelo.

Um das técnicas utilizadas para a seleção de embriões é o diagnóstico genético pré-implantacional, também conhecido como DGPI. Por meio dessa técnica, há a identificação dos embriões portadores de determinado gene causador de uma doença e os embriões “saudáveis”, aqueles sem o gene da doença (NOGUEIRA FILHO, 2009). Sendo possível realizar essa identificação, o médico geneticista pode determinar quais embriões serão implantados, afastando aqueles que já têm o gene propenso a uma enfermidade.

Obviamente, tal procedimento acarreta uma série de críticas quanto a seus limites e questiona-se se não se trata de uma técnica eugênica. A eugenia surge



como uma pretensão da melhoria na linhagem humana. Isso quer dizer que seus adeptos buscavam a melhoria especial por meio da perpetuação de genes considerados bons para a humanidade (SANDEL, 2013). Logo, a eugenia resultou em casos de esterilização compulsória de determinadas pessoas e nas atrocidades do regime nazista (SANDEL, 2013).

Em decorrência dos casos de extermínios de seres humanos, perdeu, pois, muito apoio. Todavia, após as descobertas e aos avanços da genética, a eugenia liberal passou a ganhar maior destaque (MALANDA, 2004). Com isso, a manipulação genética tendo como base a seleção embrionária passou a ser alvo de questionamentos e críticas, acarretando discussão sobre os bebês-medicamento.

Jürgen Habermas (2004) é um dos filósofos que se posiciona contrário à seleção de genes dos filhos pelos pais. Isso porque entende que há a perda da identidade da criança e da sua liberdade de escolha, condicionando sua vida às escolhas realizadas pelos genitores.

Michael Sandel também é enfático no posicionamento contrário à seleção embrionária, indicando que, nos dias atuais, ocorre a utilização das técnicas por pais privilegiados que desejam moldar seus filhos para competirem na atual sociedade (SANDEL, 2013).

Contudo, em posicionamento diverso, Ronald Dworkin é favorável à utilização da fertilização *in vitro* e da seleção embrionária. O autor pondera que as técnicas permitem uma melhoria na vida do indivíduo, além de que sua aplicação pode resultar em avanços na medicina que beneficiarão toda a humanidade (DWORKIN, 2011).

Nesse sentido, pode-se observar que as técnicas de seleção embrionária dividem opiniões no campo filosófico. No caso específico do bebê-medicamento, há um fator importantíssimo que deve ser lembrado: a seleção não tem como finalidade apenas beneficiar o indivíduo que irá nascer, mas também outra criança que já existe e sofre de uma doença. Assim, a discussão se agrava, não havendo uma pacificação no pensamento.

Apesar de ser ainda muito polêmica, essa técnica já está sendo utilizada em alguns países, principalmente no Brasil, e é cumulada com a fertilização *in vitro* para gerar os bebês-medicamentos. Estes, também conhecidos como “*savior siblings*”, representam um dos avanços no campo da reprodução assistida e do DGPI, mas recaem especificamente sobre a geração de um novo ser vivo com uma finalidade específica.

A criança chamada de “bebê-medicamento” é gerada por meio de técnicas de fertilização *in vitro* e diagnóstico genético pré-implantacional, para que não

tenha determinada doença genética e seja compatível no sistema HLA, a fim de que possa ser doadora de células-tronco para o irmão mais velho que está doente (MOYANO, 2016). Diante disso, María Garcia Moyano (2016, p. 57) define essas crianças como:

Se denominan “bebés medicamento”, los niños concebidos con el propósito de que sean donantes compatibles para salvar, por ejemplo, mediante un trasplante medular, a un Hermano que sufre una enfermedad congénita inmunitaria.

Dessa forma, verifica-se que essa criança é gerada em uma família que já contém um filho com uma doença genética cuja cura só ocorrerá mediante transplante. Frente a esse cenário, os pais utilizam os avanços tecnológicos médicos para garantir que o novo filho não seja portador do mesmo gene, além de se tornar um doador para o irmão. Trata-se de um caso complexo que envolve a vida de duas crianças e a submissão a tratamentos médicos.

O primeiro caso de um bebê-medicamento que tem registro está no livro *Genética – Escolhas que nossos avós não faziam*. Nessa obra, a autora Mayana Zatz (2012) narra que teve conhecimento da geração de um bebê, para salvar o irmão, em 1990, nos Estados Unidos da América. Nesse caso, um casal tinha uma filha chamada Molly, diagnosticada com anemia de Fanconi, a qual necessitava do transplante de células-tronco para o tratamento. Com o agravamento do quadro clínico da filha, os pais decidiram ter um segundo filho com o intuito de doar as células-tronco do cordão umbilical para a primogênita. A futura criança teria que ter seu embrião selecionado para não ter a mesma doença genética da irmã e também ser compatível para doar as células-tronco.

No entanto, na década de 1990, nos Estados Unidos da América, o procedimento de diagnóstico genético pré-implantacional apenas tinha sido utilizado para selecionar embriões sem doença genética, nunca para indicar compatibilidade do sistema HLA. Por causa disso, surgiu uma discussão entre a comunidade médica da época. Apesar da polêmica, o médico responsável decidiu realizar o procedimento e gerar uma criança para ser doadora para Molly. Assim, nasceu o irmão da garota, Adam, que doou seu cordão umbilical e salvou a vida da irmã mais velha (ZATZ, 2012).

No Brasil, já existem casos de bebês-medicamento. O primeiro ocorreu em 2012 e foi também o primeiro caso da América Latina. Na ocasião, um casal tinha uma filha com a doença de talassemia major, enfermidade hereditária que afeta a produção de glóbulos vermelhos, de tal forma que o portador tem de receber, recorrentemente, transfusão sanguínea, e a cura só ocorre por meio do transplante de células-tronco (VERSOLATO, 2013).

Diante do agravamento da situação, os pais decidiram ter um segundo filho, mediante técnicas médicas de seleção embrionária, para se tornar um doador de células-tronco para a filha mais velha e, assim, tornar possível o tratamento. Então, nasceu a filha mais nova do casal. Infelizmente, quando de seu nascimento, a quantidade de células-tronco do cordão umbilical não foi suficiente para o tratamento da filha mais velha, tendo em vista o peso desta. Portanto, foi necessário esperar que a caçula completasse um ano de idade para que fossem retiradas as células-tronco adultas (VERSOLATO, 2013).

Com isso, foi realizada, em 2013, a retirada das células-tronco adultas por meio de uma punção, e a doação teve sucesso para a filha mais velha (VERSOLATO, 2013). Esse caso corresponde ao primeiro registro no Brasil. Após esse, já foram realizados outros procedimentos de geração de bebê-medicamento. Tal técnica tem sido aplicada aqui e em outros países, como Estados Unidos da América, Inglaterra e França.

Apesar de corresponder a um avanço importante na seara médica, deve-se observar que tal procedimento resulta na geração de um novo ser vivo. Um ponto importante nesse caso reside no fato de que tais situações são noticiadas pelas grandes mídias digitais, as quais expõem informações médicas e imagem dos envolvidos.

Em função disso, a questão abarca o direito à privacidade e à imagem das crianças envolvidas, as quais são expostas a grandes mídias digitais desde muito cedo e têm seus direitos fundamentais afetados por estarem em fase de desenvolvimento.

### **3. CASO DOS BEBÊS-MEDICAMENTOS: DIREITO À PRIVACIDADE VS DIVULGAÇÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS**

Nota-se que a mídia começou a ter interesse em noticiar situações envolvendo crianças a partir da década de 80, o que se intensificou nos anos 90 (PONTE, s/p). Com o decorrer do tempo, foi constatado que a sociedade tinha interesse em ler sobre matérias abrangendo crianças, como as relacionadas à guarda em caso de divórcio e adoção (PONTES, s/p).

Posteriormente, passou-se a retratá-las também em situação de violência e risco. Em ambos os casos, foram constatados que a criança era vista de forma muito estereotipada, como um ser totalmente vulnerável e sem opinião. Em decorrência disso, países realizaram pesquisas para compreender como elas estavam sendo retratadas para apresentarem orientações aos jornalistas. No Brasil, a Agência de Notícias dos Direitos da Infância orientou a mídia a contri-

buir para a formação de uma cultura jornalística que investigasse a situação de crianças em caso de exclusão social (PONTES, s/p).

Essa pesquisa, assim como outras, buscou conceder um direcionamento para a mídia no tocante aos menores, uma vez que, segundo a Convenção dos Direitos das Crianças, estas têm direito ao acesso à informação e a sua imagem na mídia. Apesar dessas pesquisas, sua estereotipação persiste, de modo que são retratadas em contextos especiais, principalmente envolvendo crimes e violência. Nesse último caso, são tratadas sempre como vítimas ou problema, sem se analisar a complexidade da situação. Também há o tratamento da criança de forma estereotipada, como sempre “boa, inocente e meiga” (BUCHT; VON FEILITZEN, 2002, p. 72), principalmente no campo da publicidade.

Tal retrato não é bem aceito por crianças e adolescentes, os quais desejam ser melhor representados pela mídia. Assim, em dezembro de 2000, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) realizou uma campanha chamada “A cobertura dos jovens pela mídia é boa?”, buscando compreender qual era a opinião dos adolescentes pela sua representação nas mídias. No geral, o resultado da pesquisa foi que eles não concordavam com a forma que eram retratados. Por conseguinte, foram enumerados pontos de que eles não gostavam, dentre eles: “crianças sendo tratadas de forma paternalista, ou de cima para baixo”, “adultos colocando palavras na boca das crianças, ou as interrompendo” e “crianças mostradas como passivas, quando elas não são” (BUCHT; VON FEILITZEN, 2002, p. 77).

Diante disso, a pesquisa realizou recomendações aos jornalistas de como as crianças gostariam de ser vistas. Entre algumas delas, pode-se destacar: “deixe-as falar por si próprias, sem interferências dos adultos”, “converse com elas sobre assuntos tratados na mídia” e “leve suas opiniões a sério” (BUCHT; VON FEILITZEN, 2002, p. 77-78).

Dessa forma, analisa-se que se tornaram um objeto das mídias, não tendo sua imagem retratada da forma desejada por elas. Ademais, nesse contexto, deve-se compreender que se trata de seres em desenvolvimento, com direitos resguardados pelo ordenamento interno e externo, logo, assim como tais, devem ter sua privacidade e imagem resguardadas, caso contrário, haverá dano.

No tocante à imagem das crianças, é interessante observar as palavras de Paulo David (2002, p. 40):

Em muitas sociedades, o paradoxo é que, embora as tecnologias de mídia sejam ultrassofisticadas, a imagem da criança veiculada pela mídia permanece simplista. As crianças são geralmente invisíveis na mídia, exceto quando estão envolvidas em um acontecimento especial ou drama sensacional.

A respeito de acontecimento especial ou drama sensacional, pode-se encaixar o caso dos bebês-medicamentos. Conforme analisado no ponto acima, eles são crianças geradas com o intuito de salvar seu irmão mais velho. Contudo, desde o primeiro caso realizado nos Estados Unidos da América, as mídias digitais têm divulgado dados específicos sobre essas situações, incluindo nome das crianças, fotos e dados sobre seu histórico médico, como a doença que elas tinham e os procedimentos médicos a que foram submetidas.

Tais dados envolvem a esfera íntima das crianças envolvidas. Apesar da necessidade de autorização dos pais sobre os dados dos filhos, deve-se refletir que o direito personalíssimo à imagem está sendo exercido pelo seu representante, enquanto seu titular não tem capacidade de compreender e de consentir.

No cenário atual, as mídias digitais brasileiras têm divulgado os bebês-medicamentos da seguinte forma: “Bebê gerada após seleção genética doa medula à irmã” (VERSOLATO, 2013) e “Bebê é gerada para doar medula para a irmã mais velha” (SPERB, 2015). Em ambos os casos, há fotos das crianças envolvidas, seus nomes, idades, quais procedimentos médicos foram realizados e a doença que desejavam curar. Deve-se frisar que as crianças envolvidas contavam com idade entre um ano e dois meses e seis anos, ou seja, eram muito novas para consentirem e compreenderem o que essa exposição poderia acarretar.

Uma consequência dessa superexposição resulta no envolvimento dessas crianças em debates éticos. A geração de um bebê-medicamento não é um assunto pacificado pelos bioeticistas, pois muitos questionam se seria ético gerar uma prole com o objetivo de salvar outra. Disso, surgem diversas matérias tratando da questão, sendo que algumas delas citam especificamente as crianças envolvidas, reforçando sua exposição nas mídias e as envolvendo na discussão.

Por exemplo, a matéria do *The Seattle Times* intitulada “‘Savior sibling’ raises a decade of questions” (MARCOTTY, 2010). Nela, trata-se dos pontos éticos da geração de um bebê-medicamento, do caso Molly e o bebê Nash, apresentado no tópico anterior, que foi o primeiro abrangendo um bebê-medicamento. Assim como essa matéria, muitas outras voltam a discutir a questão, sempre citando nomes e dados das crianças envolvidas, de forma a mantê-las constantemente nas mídias, mesmo sem sua autorização, tendo em vista que os dados já foram divulgados uma vez por alguma outra mídia.

O caso do bebê Nash é o que mais é divulgado na internet, porque se trata do primeiro bebê-medicamento. Dessa forma, é comum encontrar matérias que fazem referência a essa criança. Consequentemente, torna-se dificultosa a retirada de tais dados das redes, caso o envolvido venha um dia a desejá-la.

Por conseguinte, no caso do bebê-medicamento, há claramente o conflito entre o direito à imagem e à privacidade da criança em confronto com a liberdade jornalística e o direito à informação da sociedade. Para resolvê-lo, deve-se entender a regulamentação nacional sobre o assunto.

As crianças têm proteção constitucional no art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1998).

Nesse ponto, os direitos adquiridos no contexto internacional foram inseridos no Brasil, na Constituição Federal de 1988. Além disso, o Estatuto da Criança e da Adolescente disciplina, de forma específica, sobre os direitos e deveres dos menores de idade. O fundamento principiológico central dessa proteção é o da proteção integral.

De tal sorte, a criança e o adolescente são entendidos como pessoas em desenvolvimento pelo ordenamento pátrio, então devem ser protegidos por família, Estado e sociedade. Nesse aspecto, um dos direitos que deve ser protegido é o direito à imagem, um direito da personalidade disciplinado no artigo 20 do Código Civil:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Com isso, deve-se entender que a divulgação de imagens sem a autorização configura um dano à própria imagem do indivíduo. A esse respeito, segundo Chiara Spadaccini de Teffé (2017, p. 175), esse direito “confere à pessoa a faculdade de usar a própria imagem, dispor dela e reproduzi-la, podendo haver caráter comercial ou não na utilização”.

No mais, a criança também tem direito à privacidade, resguardado pela Constituição Federal de 1988 no artigo 5º. Por sua vez, os incisos V e X do mesmo dispositivo legal garantem o direito à imagem e impõem a necessidade de indenização quando houver sua violação.

Conforme Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1989, p. 63), a privacidade é:

(...) faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.

Portanto, a privacidade está relacionada a aspectos externos da pessoa e envolve a intimidade e a vida privada dela. De tal modo, deve-se compreender o que significam esses dois aspectos da privacidade.

Segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 80), “os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência do segundo”.

Enquanto isso, Tatiana Malta Vieira (2007, p. 29), que trata da diferença de intimidade e vida privada de forma mais detalhada, assevera: “a intimidade, por corresponder à esfera mais interior do indivíduo, deve ser sempre mantida em segredo, inacessível e escondida, sendo de conhecimento apenas do próprio titular”, já a vida privada “abrange a confiança, reserva e todo ato humano externo, social, lícito, que a pessoa queira preservar de divulgação ou conhecimento por terceiros em geral” (VIEIRA, 2007, p. 29).

Posto isso, deve-se entender, no primeiro caso, que a intimidade refere-se a um aspecto interno da pessoa, enquanto, no segundo, trata de atos externos, mas que a pessoa não deseja que outros conheçam. Logo, pode-se entender que a privacidade é um direito fundamental de todo ser humano, resguardado pelo texto constitucional. Contudo, existem atos que o violam, os denominados danos à privacidade.

A respeito da legislação nacional, as matérias jornalísticas têm respaldo no art. 220 da Constituição, tendo como fundamento a liberdade. Todavia, o texto constitucional limita a liberdade jornalística ao respeito à vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas, conforme pondera Antonio F. Costella (2002, p. 47):

Toda liberdade na vida social tem uma contrapartida: a responsabilidade. A liberdade de cada pessoa deve ser exercida, tanto quanto possível, sem prejuízo para os outros membros da sociedade ou para a própria sociedade, como um todo. Em outras palavras: as liberdades acarretam consequências para quem as exercita. É isso que a Constituição está demonstrando, nesses mesmos incisos, ao proibir o anonimato, garantir o direito de resposta, admitir a indenização por dano, ressaltar a intimidade.

Nesse aspecto, caso a privacidade seja violada, é possível a responsabilização do agente agressor. Entretanto, há o conflito entre o direito à imagem e à privacidade e o direito à informação. Frente a isso, Anderson Schreiber (2014, p. 116) apresenta uma série de critérios que devem ser observados:

Em termos gerais, podem-se indicar os seguintes parâmetros para aferir o grau de realização do exercício da liberdade de informação por meio da veiculação de imagens: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade de veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário onde a imagem foi colhida.

Questiona-se se a imagem e os dados pessoais seriam essenciais para informar sobre o fato. Posto isso, sendo possível informar sem divulgar imagens e dados, deve-se realizar essa abstenção em nome dos direitos de personalidade do indivíduo.

Naturalmente, os casos dos bebês-medicamento correspondem a avanços tecnológicos importantes, devendo ser informados para toda a comunidade. Contudo, não há necessidade de se exporem dados íntimos dos envolvidos, como fotos, nomes completos, doenças e procedimentos médicos. Poder-se-ia, no mínimo, omitir os nomes e as fotos, de modo que, quando a criança atingisse uma idade de discernimento, ela mesma pudesse autorizar a divulgação de sua imagem. Tal preocupação deve imperar, tendo em vista ser praticamente impossível o retorno ao *status quo* se houver um dano à imagem. Caso a criança ou o adolescente se sintam lesionados, dificilmente conseguirão retirar os dados das mídias digitais.

Apesar de o Brasil apresentar matérias que tratem expressamente dos dados dessas crianças, deve-se destacar que Portugal, por exemplo, apresenta suas matérias de uma forma diferente. O jornal “Público”, disponível na internet, já divulgou matérias sobre bebês-medicamentos com os títulos: “Autorizado primeiro ‘bebê-medicamento’ em Portugal” (GOMES, 2015a) e “Recusado novo pedido de um casal para ter ‘bebê-medicamento’” (GOMES, 2015b). Em ambas as notícias, os casos são apresentados de forma objetiva, informando qual a doença o médico deseja tratar e quais foram os procedimentos necessários, sem expor as crianças envolvidas, mediante sua identidade não relevada. Assim, é mantido o direito à privacidade e, ao mesmo tempo, o essencial para a informação e o conhecimento da população portuguesa é divulgado. Tal aspecto indica que é possível tratar dos casos de bebês-medicamento sem violar a privacidade das crianças.



A internet, plataforma na qual são divulgadas as notícias com fotos e dados pessoais das crianças envolvidas nos casos de bebê-medicamento, corresponde a uma ferramenta tecnológica perigosa para a lesão dos direitos fundamentais. Por isso, deve-se observar as palavras de Anderson Schreiber (2014, p. 172):

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas ao desgaste ao seu suporte fático, as informações que circulam na rede ali permanente indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm à tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito de lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito.

A *web* tem, como grande problema, a dificuldade da retirada dos dados da rede, além da possibilidade de lembrar notícias do passado. Sobre essa última situação, surgiu, no direito italiano, e atualmente é discutido no Brasil, o direito ao esquecimento (SCHREIBER, 2014, p. 173). Todavia, ainda se encontra em discussão na doutrina, não havendo uma devida pacificação sobre seus efeitos e aplicação, além disso, não se trata de objeto de estudo no momento.

De tal maneira, a impossibilidade de retirada dos dados somado ao retorno no futuro das notícias correspondem à possibilidade de manutenção de um estado de violação dos direitos fundamentais da criança. Nesse sentido, é importante observar a crítica realizada por Paulo David (2002, p. 40) que, apesar de ter sido feita antes do caso dos bebês-medicamento, é adequada para os dias atuais:

De forma sistemática, as crianças são simplesmente tratadas como objetos pela mídia, que “fazem vista grossa” a seus direitos à dignidade e integridade, bem como a seus interesses maiores. Sob pressão para publicar uma história, os jornalistas via de regra infringem o direito da criança à privacidade como reconhecido pela Convenção (artigo 16). Jornalistas e donos da mídia estão raramente conscientes das medidas de direitos humanos, menos ainda dos direitos específicos reconhecidos como sendo da criança. O treinamento e reciclagem dos jornalistas em direitos humanos e ética deveria ser uma prioridade em todos os países.

Nessa perspectiva, fica evidente a necessidade de um maior respeito aos direitos da criança e a conscientização de que a divulgação dos dados envolvendo menores de idade na internet são capazes de gerar danos permanentes. Assim, é determinante que haja cautela ao se noticiarem esses casos, para que não se viole o direito à privacidade, ainda mais na internet, um campo extremamente difícil de terem informações retiradas.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se observar que, graças às mudanças sociais importantes, a comunidade começou a compreender que os menores de idade são seres em desenvolvimento e, em decorrência dessa condição peculiar, dependem de uma proteção especial. Posto isso, as crianças foram consideradas sujeitos de direitos, e dispositivos internacionais começaram a resguardar as liberdades essenciais desse grupo. Nesse mesmo viés, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, assegurou tais prerrogativas e consagrou os princípios da proteção integral e do melhor interesse dos menores de idade. Nesse contexto, um dos direitos garantidos às crianças é o direito à privacidade e à intimidade, cuja violação é passível de indenização.

Os direitos à privacidade e à intimidade correspondem prerrogativas das pessoas de não terem dados pessoais seus publicados sem seu consentimento. Outrossim, no tocante aos infantes, essas garantias são reforçadas pelos princípios da proteção integral e do melhor interesse, no sentido de que é necessária uma proteção especial a esse grupo, dada a sua vulnerabilidade.

Ademais, nesse cenário, as biotecnologias evoluíram, possibilitando mudanças importantes na vida das pessoas. Um avanço substancial, tanto para a sociedade como afeto às crianças, foi a geração dos bebês-medicamentos, isto é, uma pessoa gerada com o intuito de salvar um irmão mais velho. Esses bebês já existem em vários países, como Brasil, Estados Unidos da América e Portugal.

Além disso, as mídias digitais têm noticiado muito esses casos, de forma bem detalhada. Destarte, jornais brasileiros informam dados pessoais como nome e fotografias das crianças em suas matérias, que são rapidamente compartilhados nas redes e ficam permanentemente expostos. Dessa forma, os indivíduos envolvidos são apresentados nas mídias desde a tenra idade, tendo sua privacidade violada. No mais, a retirada desses dados no futuro é muito difícil. Não bastasse isso, conforme demonstrado em pesquisas, os adolescentes já se manifestaram contrários à forma que são expostos pelas mídias, devendo haver um respeito à imagem desse grupo e uma divulgação precisa em relação aos fatos.

Todavia, em oposição ao direito à privacidade dos infantes, há o direito à informação da população. Tal garantia não deve ser esquecida, mas também não depende da divulgação de dados pessoais para que a comunidade seja informada dos bebês-medicamentos. De forma muito satisfatória, a informação é apresentada pelo jornal “Público”, de Portugal, que trata dos casos sem divulgar dados pessoais e íntimos dos envolvidos, assim intimidade e privacidade são preservadas.

Portanto, com a internet, as crianças estão tendo sua imagem cada vez mais exposta nas mídias. E, no caso do bebê-medicamento, essa divulgação fica evidente. Por isso, é importante lembrar que os dados divulgados na *web* não conseguem ser retirados, violando o direito à intimidade, privacidade e imagem desse grupo. Conseqüentemente, as matérias divulgadas pelas mídias sobre esses casos devem se atentar aos direitos fundamentais dos menores de idade, difundindo a informação de forma ética e de acordo com os preceitos previstos na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ARIÈS, Philippe. *História Social da criança e da família*. Tradução de Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, 2 v.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 18 nov. 2018.

BUCHT, Catharina; VON FEILITZEN, Cecilia. *Perspectivas sobre a criança e a mídia*. Tradução de Patrícia de Queiroz Carvalho. Brasília: UNESCO, Ministério da Justiça, 2002.

COSTELLA, Antonio F. *Legislação da comunicação social: curso básico: jornalismo, publicidade e propaganda, relações públicas, rádio e TV, produção editorial, cinema*. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2002.

DAVID, Paulo. Os direitos da criança e a mídia: Conciliando proteção e participação. In: VON FEILITZEN, Cecilia (Org.); CARLSSON, Ulla (Org.). *A criança e a mídia: imagem, educação, participação*. São Paulo: Cortez, UNESCO, 2002. p. 37-44.

DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. *Revista de Informação Legislativa*, v. 54, n. 213, p. 173-198, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 5. ed. Rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

FARÍAS, Ana Maria. El dificio camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos. *Revista de derechos del niño*. Número Dos, 2004. Santiago. Disponível em: [http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/Derechos2.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Derechos2.pdf). Acesso em: 13 nov. 2018.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1991.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 5. ed. São Paulo: Fundo Editorial. 1992.

GOMES, Catarina. Autorizado primeiro “bebê-medicamento” em Portugal. *Público*, Portugal, 30 abr. 2015a. Disponível em: <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/>

autorizado-primeiro-bebe-medicamento-em-portugal-1694062. Acesso em: 19 nov. 2018.

GOMES, Catarina. Recusado novo pedido de um casal para ter “bebê-medicamento”. *Público*, Portugal. 25 maio. 2015b. Disponível em: <https://www.publico.pt/2015/05/25/sociedade/noticia/recusado-novo-pedido-de-bebemedicamento-1696533>. Acesso em: 19 nov. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

JIMÉNEZ, Juan Guilló. La convención sobre los derechos del niño. Derechos y necesidades de la infancia. In: GIMÉNEZ, Teresa Vicente (Coord.); PEDREÑO, Manuel Henández (coord.). *Los derechos de los niños, responsabilidad de todos*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2007. p. 83-94.

MALANDA, Sergio Romeo. A incidência da genética no direito (humano) ao matrimônio. CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARÔPO, Lidia. Crianças como sujeitos de direito: o processo de construção de uma nova identidade. In: *Comunicação e Identidade Sociais: diferença e reconhecimento em sociedades complexas e culturas pluralistas*, p. 173-192, 2007.

MARCOTTY, Josephine. ‘Savior sibling’ raises a decade of questions. *The Seattle Times*. Estados Unidos da América. 28 set. 2010. Disponível em: <https://www.seattletimes.com/seattle-news/health/savior-sibling-raises-a-decade-of-questions/>. Acesso em: 19 nov 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 80.

MOYANO, Loreto María García *et al.* Análisis bioético de la generación de “bebés medicamento”. *Revista de bioética y derecho*, n. 36, p. 55-66, 2016. Disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/15376/18574>. Acesso em: 18 nov. 2018.

NOGUEIRA FILHO, Luiz Nódgi. Estatuto ético do embrião humano. *Bioethikos*, São Paulo: São Camilo, 2009. Disponível em: <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/71/225-234.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

ONU. *Declaração dos Direitos da Criança*. 20 de novembro de 1959. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 6 nov. 2018.

PAVEZ, María Isabel. *Los derechos de la infancia en la era de internet: América Latina y las nuevas tecnologías*. Serie Políticas Sociales n. 210. Santiago: Nações Unidas, 2014.

PINTO, Manuel. A infância como construção social. In: PINTO, Manuel (coord.); SARMENTO, Manuel Jacinto (Coord). *As crianças: contextos e identidades*. Minho: Universidade do Minho, 1997.

PONTE, Cristina. Crianças como matéria jornalística. In: *Crianças em notícias: a construção da infância pelo discurso jornalístico. 1970-2000*. Lisboa: ICS, 2005. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cedeca\\_ce/cristina\\_ponte.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cedeca_ce/cristina_ponte.pdf). Acesso em: 13 nov. 2018.

ROSEMBERG, Fúvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 141, p. 693-

728, 2010. Disponível em: <http://publicacoes.fcc.org.br/ojs/index.php/cp/article/view/142/142>. Acesso em: 31 out. 2018.

SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na área a engenharia genética*. Tradução Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2014.

SPERB, Paula. Bebê é gerada para doar medula para a irmã mais velha. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2015, Equilíbrio e Saúde. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/04/1615282-bebe-e-gerada-para-doar-medula-para-a-irma-mais-velha.shtml>. Acesso em: 19 nov. 2018.

UNICEF. *Convenção sobre os Direito da Criança*. Convenção de 1989. 20 de novembro de 1989. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10120.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html). Acesso em: 6 nov 2018.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. 2007. 287 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

VERSOLATO, Mariana. Bebê gerada após seleção genética doa medula à irmã. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 abr. 2013, Equilíbrio e saúde. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2013/04/1265168-bebe-gerada-apos-selecao-genetica-doa-medula-a-irma.shtml>. Acesso em: 19 nov. 2018.

ZATZ, Mayana. *Genética: Escolhas que nossos avós não faziam*. 1. ed. São Paulo: Globo, 2012.

## O LITÍGIO PENAL COMO LITÍGIO ENTRE DIREITOS HUMANOS: ENTRE EXCESSO E DESPROTEÇÃO

### *CRIMINAL LITIGATION AS LITIGATION BETWEEN HUMAN RIGHTS: BETWEEN EXCESS AND UNPROTECTION*

Júlio César de Aguiar

PhD in Law pela University of Aberdeen, Reino Unido (2012). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás (2001). Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Pesquisador-Colaborador Pleno do Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília.

Rafael Guimarães Nogueira

Procurador da República do Ministério Público Federal, lotado e em exercício na Procuradoria da República no município de Barreiras/BA. Atuação em todas matérias da unidade.

**Submetido em:** 19/09/2019

**Aprovado em:** 22/09/2020

**Resumo:** O presente artigo aborda o litígio penal sob a perspectiva de conflito entre direitos humanos e, como tal, analisa a necessidade de aplicação da técnica de ponderação entre direitos, aliada aos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade penal. Através de pesquisa bibliográfica e documental, apresenta-se elementos que permitem afirmar que todo litígio penal é um litígio entre direitos humanos. Em seguida analisa-se o uso penal sem interposição dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade penal, o que provoca seu uso em excesso. Por fim, registra que o excesso de uso do Direito Penal tem como consectário lógico a desproteção de direitos humanos gerada pela inoperância do sistema.

**Palavras-chave:** direito penal; direitos humanos; ponderação; princípio da proporcionalidade; subsidiariedade penal.

**Abstract:** *The aim of this paper is to approach the criminal litigation under the perspective of human rights collision and, as such, to analyse the need of balancing test between rights, added last resort and proportionality principles. Through bibliographic and documentary research, we present elements enable to assert that every criminal litigations are a human rights litigation. After that we analyse the criminal practise without last resort and proportionality principles, what causes excessive sanctions. Finally, we say that the excessive use of criminal law has as logical implication the human rights unprotection caused by sistem collapse.*

**Keywords:** *balancing; criminal law; human rights; last resort principle; proportionality principle.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O litígio penal como um conflito entre direitos humanos. 2. O excesso na aplicação *in concreto* de leis penais incriminadoras. 3. A desproteção de direitos humanos gerada pela inoperância do sistema penal. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

Há décadas que se anuncia o colapso do sistema penal no mundo e no Brasil. De um lado muitos advogam a supercriminalização (overcriminalization) (HUSAK, 2008), a expansão (SILA SÁNCHEZ, 2013), o excesso do uso de Direito Penal; enquanto, de outro lado, temos os vazios, a inoperância do sistema, a desproteção de direitos humanos básicos. A ausência de limites para o uso do Direito Penal parece não decorrer somente da inflação de novos tipos penais, mas também da falta de filtros e técnicas mais apuradas para resolução do conflito, mesmo em se tratando de crimes tradicionais.

Através de pesquisa bibliográfica e documental, a partir do pressuposto, a ser explicado e justificado abaixo, de que o litígio penal é sempre um conflito entre direitos humanos, investiga-se se sua resolução exige aplicação da técnica de ponderação, aliada aos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade penal, ao final concluindo que o inadequado uso do instrumental penal causa, por um lado, excessos, e, por outro, desproteção.

Na primeira parte apresentamos rapidamente elementos dogmáticos que permitem afirmar que todo litígio penal é ou deveria ser (já que deveria o Direito Penal tutela apenas Direitos Humanos) um litígio entre direitos humanos, o que exige técnicas e critérios de resolução próprios. Na segunda parte, incursionamos sobre a aplicação do Direito Penal sem interposição dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade penal, provocando seu uso em excesso. Por fim, na terceira parte, rememoramos que o excesso de uso do Direito Penal tem como consectário lógico a desproteção gerada pela inoperância do sistema.

## 1. O LITÍGIO PENAL COMO UM CONFLITO ENTRE DIREITOS HUMANOS

O Direito Penal é o ramo jurídico que busca a proteção de bens jurídicos através da aplicação de penas, tendo como traço distintivo a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade. Os conceitos de Direito Penal encontrados na doutrina variam em alguma medida, mas preservam a essencialidade do disposto, qual seja: a finalidade de proteção de bens jurídicos através da aplica-

ção de sanções, sendo peculiar a aplicação das mais graves sanções, preponderando a pena privativa de liberdade.<sup>1</sup>

Por ser o Direito Penal a forma mais gravosa de intervenção estatal, intuitivamente se deduz que não é utilizado para punir qualquer ilicitude (civil, administrativa, eleitoral, ambiental etc.). Daí surgem as suas características de subsidiariedade e fragmentariedade. A subsidiariedade, ao tempo que se revela como característica do Direito Penal, pela constatação de que os Estados sempre lhe reservavam a função de “soldado de reserva”, consolidou-se como princípio através do reconhecimento de sua normatividade para limitar o alcance da sanção penal, exigindo que outros instrumentos de proteção não sejam suficientes. Adota-se o significado corrente na doutrina brasileira acerca da subsidiariedade e não se discute se possui normatividade autônoma. Sobre esta questão é pertinente ver Jareborg, que analisa o princípio e elenca autores que visualizam nele conteúdo idêntico à proporcionalidade (JAREBORG, 2005).<sup>2</sup> A existência de normatividade autônoma não implica na negativa do seu conteúdo, mas sim no reconhecimento de que a subsidiariedade já estaria contida no princípio da proporcionalidade.

A fragmentariedade também possui natureza descritiva, ou seja, de característica do Direito Penal, que é revelada pelo fato de não proteger todos bens jurídicos nem mesmo todas as lesões aos bens selecionados. O Direito Penal seleciona fragmentos do direito em geral, selecionando tanto bens jurídicos - os fundamentais -, quanto lesões - as mais relevantes. No que tange à sua natureza normativa, ou seja, de princípio, há quem questione tal normatividade, pois o princípio da subsidiariedade seria o responsável por impedir a punição penal de qualquer fato antijurídico, o que teria como consequência tanto a seleção de bens jurídicos mais importantes quanto a seleção de lesões mais relevantes (JAREBORG, 2005). Não teria assim a

---

<sup>1</sup> Juarez Cirino afirma que “o direito penal é o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas” (Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3). Zaffaroni e Pierangeli chamam atenção para distinção das leis penais e do ramo jurídico, explicando que “o direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama “delito”, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou de interpretação) da legislação penal” (ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI, J.H. 2011).

<sup>2</sup> “Roxin e Jakobs, entre outros, parecem considerar o princípio da subsidiariedade como idêntico ao princípio da proporcionalidade em sua faceta prospectiva. Sendo assim, o que foi dito acima na parte V é válido. Que o princípio da subsidiariedade não tem função normativa independente”. (Tradução livre) “Roxin and Jakobs, among others, seem to regard the subsidiarity principle as identical with the prospective proportionality principle. If this is so, what was said above in Part V is applicable. Such a subsidiarity principle has no independent normative function”. (JAREBORG, 2005).



fragmentariedade qualquer conteúdo normativo, mas sim meramente descritivo ou adjetivo. Para os que sustentam seu caráter de norma, seu comando normativo seria complementar à subsidiariedade.

O que importa neste trabalho é registrar que a doutrina majoritária consente com a função de tutela dos bens jurídicos mais relevantes atribuída ao Direito Penal. Roxin, ao defender a exclusiva proteção de bens jurídicos como sua tarefa, assevera que “a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos” (2018, p. 16-17). O professor lembra que desde o iluminismo e da concepção de contrato social, a transferência de poderes do cidadão para o Estado tem como finalidade a realização das condições necessárias para uma vida livre e pacífica, tendo como limites do Estado a estrita necessidade, o que visa encontrar um equilíbrio entre intervenção e liberdade individual.

A restrição do Direito Penal à tutela das condições essenciais para a vida livre e pacífica conduziria sua função para proteção de direitos humanos, entendidos estes como os direitos essenciais para uma vida digna. Que o Direito Penal é uma forma de proteção dos direitos humanos é inquestionável. Há quem afirme que o Direito Penal interno possui relação de complementariedade com o Direito Penal Internacional na proteção de Direitos Humanos e que a legislação interna deve atentar para que o Direito Penal não se converta em instrumento de opressão de grupos humanos vulneráveis e já violados em direitos humanos fundamentais (BORGES, 2002). Passível de debate é se a tutela penal deveria se exaurir apenas nos direitos humanos. Sabe-se que a prática legislativa não conhece esses limites e há pressão social para sua expansão. O Direito Penal conta na atualidade com reconhecimento da sua função protetiva quase unânime na sociedade, mesmo entre segmentos sociais distintos. Sobre este ponto, Vormbaum afirma que para a sociedade “já não é considerado como um meio de proteção perante o Estado que castiga, senão um meio que é bem-vindo para a proteção por meio do Estado” (VORMBAUM, 2013, p. 207).

Não se descarta do papel protetivo que tem o Direito Penal contra os abusos de punições particulares ou excessos de punição estatal, não sendo correto, portanto, dizer que houve uma superação total da ideia de “Carta Magna do delinquente”, mas sim que foi agregado ao instrumento penal um grau de legitimidade social muito alto como forma de defesa dos direitos.

Como o Direito Penal tem como traço peculiar a utilização da forma mais severa de sanção, a privativa de liberdade, ao usar de tão drástica medida, torna-

-se inevitável o conflito entre direitos humanos, de um lado a liberdade ambulatoria, a dignidade da pessoa humana e todos direitos atingidos por consequência da prisão, do outro os direitos humanos tutelados pela norma penal punitiva. A antinomia é afastada parcialmente por regras expressas de Direito Penal (que afastam tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade), as quais contemplam previamente a solução para o conflito de direitos. Nota-se que remanescem outros casos de antinomia sem resolução, o que adiante se desenvolverá.

Não é demais consignar que a liberdade de locomoção, o direito de ir, vir e ficar é consagrado no âmbito internacional e interno. A Declaração Universal de Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, dispõe expressamente em seus artigos 1º e 3º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” e “Todo o indivíduo tem direito a vida, a liberdade e a segurança pessoal”.

A Constituição da República de 1988, por seu turno, ratifica em seu art. 5º “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à liberdade, nos termos dos direitos e garantias que enumera”, acrescentando no inciso XV que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

É evidente que ao atingir a liberdade de locomoção, atinge-se por consequência outras liberdades e vários outros direitos, por restarem impossibilitados de gozo. Daí ser óbvio constatar que a dignidade da pessoa humana é também atingida por uma pena privativa de liberdade. A questão posta no litígio penal é a definição de quando essa restrição será legítima ou ilegítima, a depender do resultado decorrente da equação entre os valores fundamentais envolvidos.

Do dito até aqui, de forma intuitiva, vislumbra-se que será legítima a restrição de liberdade ambulatoria, com todas suas consequências para outros direitos humanos, quando este for o meio estritamente necessário para conciliação dos direitos em conflito. *Contrario sensu*, será ilegítima a restrição de liberdade quando não estiver presente a estrita necessidade, por existirem outras formas de tutela adequada do bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Esta resposta intuitiva surge da ponderação entre os direitos envolvidos no litígio penal.

Sobre o conflito entre direitos, Mendes explica sua ocorrência a partir do exercício do direito por titulares distintos, sendo possível sua ocorrência “entre (a) direitos individuais, (b) direitos individuais e bens jurídicos da comunidade, e (c) entre bens jurídicos coletivos” (MENDES; BRANCO, p. 236). Cabe ao legislador impor limites ao uso do direito, para garantir o “exercício pacífico de faculda-

des eventualmente conflitantes” (MENDES; BRANCO, p. 236). A colisão no caso de prisão se estabelece entre um direito de defesa de caráter liberal e o direito de proteção.

Para solução do conflito entre direitos humanos, os critérios tradicionais de solução são inaptos (hierarquia, anterioridade e especialidade). A colisão no caso concreto entre direitos humanos válidos e vigentes não se resolve pela simples exclusão de um direito. É preciso um esforço de harmonização entre os direitos concorrentes. O ponto fulcral da distinção reside no fato de que os direitos humanos não constituem regras, mas sim princípios de mesma hierarquia, os quais não concorrem no plano abstrato, mas sim em casos concretos, exigindo esforços de concretização e harmonização (MENDES; BRANCO, p. 182-189).

Excluída a lógica do “tudo ou nada” na resolução deste tipo de conflito, só o caso concreto oferecerá elementos suficientes para sua solução através da técnica da ponderação. A ponderação visa realizar da forma mais ampla possível todos valores consagrados no ordenamento. A ponderação não fornecerá uma solução aritmética para o caso. A resolução do conflito deverá observar, dentre outros critérios, a proporcionalidade em suas três facetas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Destaca-se que o conflito entre princípios, entre princípios e regras, ou mesmo entre regras, não implica necessariamente na invalidação da norma que deixe de ser aplicada no caso concreto, como se se tratasse sempre de um “conflito aparente de normas”. Adota-se a lição de Ávila, no sentido de que a diferenciação ontológica entre princípios e regras não é absoluta, não sendo possível indicar uma única técnica para resolução do conflito, como se entre regras sempre houvesse um conflito aparente a ser resolvido em abstrato ou se entre princípios sempre houvesse um conflito a ser resolvido por ponderação no caso concreto. Para ambos, regras e princípios, em casos difíceis, será necessário recorrer à técnica de ponderação (ÁVILA, 2006, p. 36, 47, 90, 91). Este tema é riquíssimo e é muito bem explicado pelo autor. Para viabilizar este trabalho, torna-se imperativo restringir-se ao registro de que a ponderação pode ser aplicada também para regras, podendo, no caso concreto, servir para conciliação de vários direitos, mesmo contidos em princípios e regras que concorrem entre si.

A restrição a um direito fundamental deve ser adequada ou idônea para concretizar outro direito de igual estatura. Adequação exige uma estrita relação entre meios e fins. Por outro lado, deve ser necessária aquela restrição, inexistindo outras medidas igualmente adequadas e menos restritivas. A necessidade ou exigibilidade é conhecida como princípio da menor ingerência possível ou proibição de excesso (BARROSO, 2004, p. 227-228). A lei será inconstitucional

se houverem outras medidas menos lesivas. Por fim, deve ser proporcional em sentido estrito, ou seja, ainda que haja relação direta causal entre meio e fim (adequação), e que inexistam outras medidas menos lesivas (necessidade), não deve ser aplicada quando causar mais malefícios do que benefícios. É a ponderação entre o ônus da aplicação da norma e o benefício trazido, para aferir se se justifica a “interferência na esfera dos direitos dos cidadãos” (BARROSO, 2004, p. 229).

A privação de liberdade como traço peculiar do Direito Penal não permite que sua aplicação seja feita desvincilhada de uma cuidadosa ponderação entre os direitos envolvidos, com aplicação do princípio da proporcionalidade. Vê-se que não se trata de analisar o tipo penal em abstrato, mas sim de sua aplicação concreta. Não se ignora a possibilidade de declaração de invalidade de um tipo penal por completo, por não remanescer qualquer hipótese fática na qual sua aplicação seja permitida. Contudo, este não é o enfoque do presente trabalho. Trata-se de reconhecer que não existe solução adequada legislada abstratamente para todas hipóteses da complexa diversidade fática da vida. Assim, cabe sempre ao operador do direito confirmar no caso concreto se os direitos humanos em questão estão sendo harmonizados adequadamente, superando a mera letra da lei quando necessário. Seguindo mais uma vez os ensinamentos de Ávila, “normas que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais” (ÁVILA, 2006, p. 47).

A ponderação entre os direitos humanos envolvidos no litígio penal se concretiza pela ponderação e mensuração dos benefícios e malefícios decorrentes do seu uso. A questão da relação entre vantagens e desvantagens do direito penal foi objeto de estudo por Ferrajolli, segundo quem o sistema só se justifica se a “soma das violências – delitos, vinganças e castigos arbitrários” a serem evitadas for superior “às violências constituídas por delitos não prevenidos e pelas penas estabelecidas para estas” (LUIGI FERRAJOLLI, 1995).

A análise de Ferrajolli é bastante interessante sob o ponto de vista da proporcionalidade em sentido estrito, exatamente por trazer a ideia de quantificação, de mensuração dos benefícios e malefícios, como critério justificador da restrição de direitos pelo Direito Penal. Ocorre que, como dito pelo professor, o cálculo total das violências e arbitrariedades é impossível. Saliente-se, por outro lado, que a contabilidade total referida por ele refere-se à análise do sistema inteiro, sendo mais ilustrativa do que proposta de uma prática jurídica. Por outro lado, certamente não pretendeu o autor afirmar que admite deliberadamente injustiças (violências) em casos concretos com a justificativa de que estão compensa-

dos por uma justiça ou bem maior (a evitação de injustiças). As injustiças e erros judiciais são admitidos como fatos inerentes à estrutura judiciária e à condição humana, como equívocos, erros que não podem ser evitados, mas nunca como uma forma intencional de injustiça para produção de outro bem maior. Não se admite esse pragmatismo de compensação de injustiças e justas, que coisifica o cidadão, transformando-o em mero objeto de política criminal. O objeto da análise aqui é mais restrito, referindo-se à prática penal em casos concretos. A desconsideração do litígio penal como um conflito entre direitos humanos provoca graves injustiças e torna o sistema disfuncional. Por tal razão, Queiroz afirma que o direito penal desconsidera o conflito existente, agravando-o e criando outros (QUEIROZ, 1998, p. 36).

Pensa-se que o uso da proporcionalidade possui o mérito de verificar a compatibilidade do uso do direito penal nos casos concretos com os valores que se pretende proteger. Contudo, usar proporcionalidade como filtro para o instrumento penal encontra duas principais dificuldades: a complexidade fática e o perigo de invasão da seara legislativa.

Na perspectiva fática, pode-se seguramente afirmar que vários casos penais se qualificam como *hard cases* do ponto de vista da solução do conflito entre direitos humanos. Trata-se de complexidade predominantemente fática, já que será preciso avaliar o uso do Direito Penal em cotejo com o uso de outros instrumentos de controle. Acredita-se que essa discussão foi obscurecida no Brasil, em parte, pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que parecia vedar ao Ministério Público e Justiça a análise de adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e subsidiariedade penal, em favor de um respeito cego ao legislado, e doutra parte, pela carência de estudos empíricos na área de criminologia e controle social. Que o princípio da obrigatoriedade - como equivocadamente adotado no Brasil - proíbe a discussão é evidente, já que havendo tipicidade, ilicitude e culpabilidade, a ação penal deveria ser proposta (RANGEL, 2011), e ao Ministério Público seria vedado analisar conveniência, oportunidade ou utilidade social (FEITOZA, 2010). Por seu turno, no que pertine à falta de estudos empíricos em direito, Mello aponta que é predominante nas escolas de direito a tendência de separar o que é específico do direito de outras “preocupações não jurídicas” (MELLO, 2014, p. 145-155), o que acaba por conferir aos trabalhos acadêmicos em direito uma aparência de parecer jurídico oriundo de autor que apenas pretende comprovar uma opinião preconcebida, no que é ratificada por Veronese ao asseverar que a formação tradicional é “quase nula em termos de qualificar o bacharel para o diálogo com outras áreas” (VERONESE, 2013, p. 197-237) (VERONESE, 2011, p. 171-218).

No que se refere ao perigo de invasão da atividade legislativa, a doutrina e jurisprudência majoritária parecem compreender que o princípio da subsidiariedade penal somente incidiria na esfera legislativa. Roxin (1997, p. 67) afirma que a subsidiariedade deixa muita liberdade para o legislador, que pode incriminar lesões leves, desde que não insignificantes, funcionando apenas como princípio de política criminal. As decisões que mencionam o princípio da subsidiariedade o fazem invariavelmente em conjunto com outros fundamentos (v.g.: insignificância). Não se questiona, porém, o consagrado princípio da proporcionalidade. Ocorre que nem este parece encontrar lugar na prática penal. Onde encaixar os princípios na prática penal? Em quais hipóteses deixaria de ser aplicado o Direito Penal exclusivamente por força dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade? Em outras palavras, não possuem normatividade tais princípios na aplicação da lei penal?

Para evitar possível violação da repartição de poderes, é preciso que o Judiciário e o Ministério Público, na tarefa de interpretação e aplicação da norma penal, exerçam a autocontenção para não invadir a seara legislativa, o que não parece significar que devam permanecer inertes diante de violações claras dos princípios aqui tratados (MENDES, 2012, p. 674). A regra válida no controle de constitucionalidade é de que não se afasta a aplicação de uma lei quando seu conteúdo não ostente inadequação evidente, ou seja, em caso de dúvida, de margem de discricionariedade, preserva-se a lei impugnada, em respeito às atribuições dos demais poderes.

Mendes menciona a orientação do Tribunal Constitucional Alemão de que havendo incerteza científica sobre os melhores meios para se atingir um resultado, inexistindo informações suficientes disponíveis, “cabe ao legislador uma ampla margem de avaliação no tocante à adequação e necessidade” (MENDES, 2012, p. 675). Por outro lado, Mendes explica que tendo o legislador elegido medidas patentemente inidôneas para a política criminal, deve a norma ser considerada inconstitucional (MENDES, 2012, p. 674). Barroso (2004, p. 232) lembra que o conflito entre Judiciário e Legislativo não é irremediável nos casos de mera interpretação divergente. Cabe ao legislador mudar a lei ou a Constituição para “dar-lhe o sentido que desejar”, ou seja, explicitar o sentido de interpretação desejado. O mesmo autor usa expressões como “confronto”, “ocupação de espaços vazios” e “criação do direito” para se referir à postura ativista (BARROSO, 2011, p. 366). Ocorre que a interposição dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade como filtros para aplicação do direito penal não parece indicar nenhuma dessas posturas ativistas, mas tão somente a aplicação do direito considerado como todo, recusando aplicação superficial e solitária de uma norma penal. Mais à frente será mencionado que há vários

fatos formalmente típicos para os quais o legislador nunca cogitou fosse aplicado o tipo penal.

O problema proposto nesta pesquisa localiza-se na prática penal e não tem, portanto, o condão de declarar tipos penais inconstitucionais, mas sim afastar a sua aplicação para casos concretos. Pode-se dizer que afastar o tipo penal para alguns casos por inidoneidade, desnecessidade ou desproporcionalidade em sentido estrito equivaleria a uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Segundo Carvalho, a declaração parcial sem redução de texto significa afirmar a inconstitucionalidade somente para dada situação fática, sem invalidação do texto da norma, que permanece válido para as demais situações (CARVALHO, 2011, p. 425). Pensa-se que é o caso. É interessante notar, porém, que a aplicação do princípio da insignificância poderia ser entendida também como uma forma de declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto da norma penal incriminadora, mas é compreendida como simples aplicação da dogmática penal, não se submetendo, por exemplo, à cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição e reafirmada na Súmula Vinculante n. 1.<sup>3</sup> Se a declaração de insignificância não implica necessariamente declaração de inconstitucionalidade parcial do tipo penal, por ser a lesividade ou tipicidade material um filtro interno do Direito Penal, é possível atribuir idêntico *status* jurídico aos princípios da subsidiariedade penal e proporcionalidade. Se assim for, como elementos integrantes da dogmática jurídica, como filtros para permitir a punição penal (causa extintiva ou requisito da punibilidade?), também não se reputa sua aplicação uma forma de controle de constitucionalidade. Estas são questões, ainda não muito bem resolvidas, matéria para outras pesquisas.

Para o que importa nesta breve empreitada, o princípio da proporcionalidade é reconhecido como válido e plenamente aplicável para o controle de medidas restritivas de direitos, sendo também reconhecido o princípio da subsidiariedade penal como norma restritiva do alcance do Direito Penal.

## **2. O EXCESSO NA APLICAÇÃO *IN CONCRETO* DE LEIS PENAIS INCRIMINADORAS**

Como já dito, muito se discute sobre supercriminalização (*overcriminalization*) (HUSAK, 2008), expansão do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 2013), inflação legislativa ou excesso de leis incriminadoras. Neste artigo não será abordada a

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 11: “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”.



criação exagerada de leis penais. Isto porque a seleção de condutas para as quais o Direito Penal será acionado não decorre somente da criação de novos tipos penais. Há quem afirme que inexistem critérios para limitar o uso do Direito Penal pelo legislador. De igual modo, parece inexistir critérios claros para limitar a aplicação *in concreto* do Direito Penal, mesmo aquele tradicional, aqueles tipos penais existentes há séculos no nosso ordenamento jurídico.

A abordagem que proposta neste momento incide sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, do princípio da subsidiariedade penal e da técnica de ponderação na resolução do litígio penal. Naturalmente, a aplicação apenas restringe o alcance do Direito Penal, haja vista a impossibilidade de ampliação da punição penal sem lei anterior específica. Contudo, é intuitivo que a aplicação da proporcionalidade, subsidiariedade e ponderação na resolução do conflito penal pode indicar que há pouca punição e que direitos humanos estão desprotegidos.

De início, é preciso frisar que a técnica legislativa não dispõe, por mais rebuscada e cuidadosa que seja, de um levantamento de todas hipóteses fáticas da complexa vida real que possibilite listar os casos nos quais não deveria incidir o tipo penal criado. Por outro lado, ainda que se dispusesse de tão vasta pesquisa empírica de hipóteses fáticas, seria impossível ao legislador acompanhar as mudanças sociais, adaptando as normas penais para cada novo problema. Essa razão, por si só, já exige que o tipo penal seja objeto de interpretação e de limitação do seu alcance pelo operador do direito, opinião comungada por Queiroz e outros (QUEIROZ, 1998, p. 122).

Ninguém questiona, pois, a relevância da atividade do operador do direito na fixação dos casos nos quais deverá incidir o Direito Penal. Também não se questiona que a interpretação restritiva do tipo penal é permitida, em contraposição à interpretação ampliativa, esta vedada. Não se trata, todavia, de questão de pura interpretação de sentido do tipo penal legislado, mas de interpretação e aplicação do conteúdo de todo ordenamento jurídico para solução do conflito entre direitos humanos que se afirma existir. A técnica de ponderação e a aplicação do princípio da proporcionalidade e da subsidiariedade penal extravasam o campo das normas penais, sendo necessário avaliar a regulação e o funcionamento de todas normas que tutelam o bem jurídico protegido pelo tipo penal para permitir ou não a incidência penal. A questão penal é necessariamente constitucional, importando saber se a restrição ao direito fundamental de liberdade está justificada para a proteção do bem jurídico tutelado pelo tipo penal.

É de se notar a dificuldade prática da tarefa, não somente porque envolve uma ponderação entre normas, mas principalmente em razão da necessidade de análise do contexto fático social e das possibilidades de controle por outros



meios. Husak<sup>4</sup>, ao tentar elaborar uma “teoria da criminalização” nos Estados Unidos, levanta a hipótese de que a existência de poucos estudos sobre os motivos que justificam criminalizar uma conduta é resultado de ser uma tarefa difícil. O autor aponta criticamente que ninguém estuda nem é ensinado na faculdade as razões necessárias para criminalizar uma conduta, que algumas faculdades abordam o assunto em um semestre e que nem deveriam oferecer a disciplina, já que a discussão acaba empobrecida e reduzida a punir ou não a sexualidade. Acrescenta que poucos juristas têm intimidade com matérias sociais e a decisão de criminalizar exige a apreciação da sociedade, não do direito em abstrato.

Ocorre que a dificuldade empírica envolvida não pode, não é e nem deveria ser obstáculo para a atuação dos operadores do Direito Penal. A falta de dados completos sobre a realidade e sobre o grau de eficácia e eficiência de um determinado tipo de controle de condutas indesejadas não é motivo para inércia estatal, de nenhum dos seus poderes constituídos, seja o Executivo na proposição e execução de leis, seja o Legislativo na edição de leis, seja o Ministério Público e o Judiciário na sua interpretação e aplicação. O processo de decidir com dados parciais e diante da incerteza é inerente à quase todas atividades humanas, conforme bem explicitado em Taleb (TALEB, 2008). Por tal razão, mesmo nas Ciências Econômicas, íntimas dos dados e dos cálculos, admite-se a falta de dados e assume-se que os métodos de estimação de eventos não passam de aproximações. Como exemplo, Keynes afirma que a precariedade de base de dados é o maior problema para realizar prognósticos de renda (KEYNES, 1982, p. 125). Sobre o Direito Penal em específico, ninguém cogita de exigir do Legislativo um estudo empírico profundo para possibilitar a criação de um tipo penal, simplesmente porque a tarefa é impossível. Secundando a lição de Mendes acima citada, Greco afirma que o Tribunal Constitucional Alemão reconhece ao legislador a “faculdade de formular suas próprias suposições empíricas” quando em situações de incerteza (GRECO, 2010, p. 165-185).

As suposições de dados não podem, contudo, serem absurdas e contraditadas por dados existentes. No controle dessas normas também não se exige da justiça dados completos, mas dados suficientes para demonstrar que as considerações adotadas pelo legislador são improcedentes.

Em vez de paralisar o intérprete, a dificuldade empírica deve ser aliada à autocontenção do Judiciário e Ministério Público para indicar que a punição penal deve ser afastada nas hipóteses fáticas de evidente incompatibilidade com

---

<sup>4</sup> *“Perhaps the best explanation for this lacuna is simpler: The topic of criminalization is just too hard. If my subsequent efforts are less persuasive than I believe, I may unwittingly reinforce the suspicion that attempts to defend principled restrictions on the scope of penal liability are hopeless”* (HUSAK, 2008).

os parâmetros de controle. São aqueles casos que, independente de grandes esforços de pesquisa ou análise, revelem que o conflito entre direitos humanos não está sendo devidamente resolvido.

Nota-se que a relevância desta análise não é a retidão da atividade legislativa na criação de novos tipos penais, mas sim a prática dos órgãos de Justiça. Exemplifica-se com a análise de um tipo penal clássico, como exemplo o delito de estelionato, delito sobre o qual inexistente a pecha de ser resultado de inflação legislativa. O crime está em vigor no Brasil há tempo suficiente para impossibilitar o testemunho de sua criação por qualquer leitor deste texto. Não é arriscado afirmar que o legislador do delito nunca imaginou que fosse um dia existir, ao menos com as cifras de beneficiários hoje existentes, um programa como o seguro desemprego.

Há uma enormidade de brasileiros que todos os dias são demitidos involuntariamente e optam por permanecer em trabalho informal para receber concomitantemente o seguro-desemprego. Não raramente estes beneficiários solicitam ao patrão que não assine sua carteira de trabalho.<sup>5</sup> O benefício alcançou no ano de 2002 a cifra de 8,7 milhões de beneficiários. Um simples batimento de dados realizado naquele ano pelo Tribunal de Contas da União indicou indícios de recebimento indevido em 65.729 parcelas.<sup>6</sup> Veja que este número é muito subestimado, já que o batimento foi realizado com dados oficiais disponíveis em outros bancos de dados. O batimento não constata a fraude em razão da não assinatura de carteira de trabalho ou do desenvolvimento de outra atividade econômica informal.

Deixar de anotar a carteira de trabalho para receber seguro-desemprego é típico (formal e materialmente), ilícito e culpável. Contudo, é discutível se tais fatos passariam pelo crivo de uma análise do litígio penal como litígio entre direitos humanos, utilizando a técnica de ponderação de valores com aplicação dos princípios da subsidiariedade penal e da proporcionalidade.

Como já dito, este trabalho não se detém sobre a questão acerca da distinção ou não de conteúdo entre princípio da subsidiariedade penal e o princípio da proporcionalidade. Há autores, dentre eles Jareborg (2005), que afirmam inexistir conteúdo diferente no primeiro que já não seja abrangido pelo segundo, o que

<sup>5</sup> Há estudos que associam o seguro-desemprego ao incremento do mercado informal. Vide como exemplo Seguro-desemprego e formalidade no mercado de trabalho brasileiro. (MOURÃO; ALMEIDA; AMARAL, 2013).

<sup>6</sup> Auditoria de dados do seguro-desemprego. Tribunal de Contas da União. Acórdão: 2089/2013 – TCU – Plenário Data da Sessão: 07/08/2013, Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, TC: 012.829/2012-9. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-de-dados-no-seguro-desemprego-do-trabalhador-formal-dtf.htm>.

faria perder sua autonomia normativa, colocando-o como um subprincípio ou uma especificação do conteúdo da proporcionalidade no âmbito penal. Mesmo entre os que negam essa distinção, não se nega seu conteúdo e sua validade, o que torna desnecessário o debate para fins pragmáticos.

A subsidiariedade penal teria como comando básico a proibição de uso do instrumento penal em casos nos quais o uso de outros instrumentos jurídicos fosse suficiente. Já a proporcionalidade, destrinchada em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, exige que o uso seja adequado para obtenção do resultado pretendido; seja necessária a restrição do direito; que a restrição de direitos traga mais vantagens que desvantagens no resultado final.

Do ponto de vista da proporcionalidade-adequação, conclui-se que é inadequado tratar penalmente os casos de beneficiário que deixou de anotar carteira de trabalho para receber o seguro porque o instrumento é inidôneo para obtenção do resultado pretendido, já que o sistema penal não possui estrutura para tanto. A imensa maioria dos casos não serão registrados, nem investigados ou punidos por falta de estrutura implantada ou insumos (recursos humanos e materiais). Cabe mencionar que o total de inquéritos policiais concluídos pela Polícia Federal por ano entre 2014 e 2017 foi de, respectivamente, 54.745, 69.362, 63.671, 61.545 (DPF, 2018). Para que a atuação penal para proteção do programa do seguro-desemprego não seja meramente simbólica, seria necessário um novo órgão policial exclusivo, o que se repetiria com Promotores e Juízes criminais, medida que, por razões financeiras, é impraticável e indesejável do ponto de vista administrativo.

O apontamento não é novo e o problema da utilização do Direito Penal para solução de problemas para os quais é inapto já foi objeto de vários esforços de pesquisa. No Brasil, Gomes e Bianchini afirmam que o Direito Penal como meio de controle social não é apto para assumir funções além da sua capacidade natural e que a tentativa de alargá-lo faz o seu uso meramente simbólico (GOMES, 2002, p. 107). Pode-se afirmar que o uso simbólico é aquele que não tem qualquer efeito preventivo geral, ou seja, não é capaz de reduzir as estatísticas de ilícitos praticados. Para os crimes que não possuem estrita necessidade para cumprimento de funções repressivo/retributivas, a manutenção de tal crime resulta em uma restrição de direito gratuita, desvencilhada de qualquer vantagem, já que se mantém a quantidade de ocorrências com ou sem o crime.

Admitindo, porém, que a punição penal ajuda em alguma medida na prevenção do ilícito, tem-se que, sob o viés da proporcionalidade-necessidade, é preciso reputar desnecessário tratar tais casos com penal porque os recebimentos indevidos isoladamente não representam perigo para o funcionamento do programa, sendo relevantes apenas no seu conjunto e acaso atingidas enormes

cifras. Controlar o conjunto de recebimentos indevidos é possível com simples controles administrativos, os quais evitariam a maior parte dos delitos, com efeito idêntico ao uso penal.

Por exemplo, houve a intenção estatal de condicionar o recebimento do benefício à realização de cursos, o que faria com que o beneficiário se qualificasse e, por outro lado, evitaria a fraude por tornar na maioria dos casos incompatível o horário do emprego informal com o curso exigido. Ocorre que a falta de disponibilidade de cursos fez com que 96% dos beneficiários fossem dispensados da exigência (ALVES; ALEGRETTI, p. 2014). Observe que a decisão de não controlar administrativamente o regular recebimento do benefício visa economizar recursos na administração pública. Trata-se, no entanto, de decisão que transfere o ônus financeiro do controle de uma rubrica orçamentária, a do Ministério do Trabalho e Emprego, para outras, a do Ministério da Justiça (Polícia Federal), Ministério Público Federal e Justiça Federal.

Ainda sob o viés da necessidade, no que tange ao valor total acumulado com milhares de benefícios indevidos recebidos, cabe lembrar a lição de Silva Sanchez (2013) sobre os delitos de acumulação, os quais são deslocados indevidamente para o âmbito penal sob o argumento de que é preciso controlá-los penalmente para evitar que “todos” façam igual. Se o resultado que se deseja impedir é que “todos” façam o mesmo, não há perigo de grave afetação decorrente dos fatos individuais, mas sim se “todos” ou uma cifra muito grande de pessoas praticarem a conduta. Ora, se a intenção é manter os danos ou perigos num determinado patamar e os controles administrativos são suficientes, não há necessidade de punir criminalmente. Poderíamos citar outros casos de condutas pequenas do dia a dia que conjuntamente podem causar grandes prejuízos econômicos ou ao meio ambiente, mas que não possuem individualmente um desvalor suficiente para justificar a prisão de uma pessoa.

Seguindo com a análise, ainda sobre a necessidade de punição penal, este caso parece adequar-se à orientação do Tribunal Constitucional Alemão, conforme apontado por Mendes, o qual indica a declaração de inconstitucionalidade em matéria penal se houver prova “de maneira contundente, de que o Poder Público não adotou medidas preventivas de proteção, ou que evidentemente as regulamentações e medidas adotadas são totalmente inadequadas ou completamente insuficientes para o alcance do objetivo de proteção” (MENDES, 2012, p. 674).

Neste ponto cabe distinguir a função preventiva da função repressiva ou retributiva da pena. Se o número de ocorrências é controlado em nível aceitável sem o uso do Direito Penal, temos satisfeito o efeito preventivo. Mas para que seja dispensado o Direito Penal não basta seu efeito preventivo. É preciso aferir se a

função repressiva ou retributiva da prisão é necessária para o caso ou se é suficiente a aplicação de outras sanções, à exemplo de uma multa em dobro do valor recebido a ser descontada de outros benefícios ou salários, pelo perdimento do bem ou pela suspensão de um direito. Os efeitos repressivos e retributivos nunca seriam alcançados por outros meios em casos de crimes violentos como homicídio e estupro. Vê-se que para estes crimes há uma forte legitimação jurídico-social para punição como repressão ou retribuição do mal causado, sendo desimportante saber se a taxa de homicídios é pequena ou alta. É dizer, ainda que os efeitos preventivos fossem muito bem sucedidos por outros meios e estivéssemos no país com menor taxa de homicídios do mundo, a pena não deixaria de ser aplicada porque para tal crime inexistente sanção jurídica diversa da pena privativa de liberdade que satisfaça o efeito repressivo ou retributivo (HUSAK, 2005).

Como exercício de argumentação, já que o meio penal seria eliminado nas etapas anteriores, na última dimensão do princípio da proporcionalidade, é possível dizer que a criminalização de tais condutas é desproporcional em sentido estrito porque causa mais malefícios do que benefícios. De um lado, os benefícios: (1) a vantagem da punição do mal causado, que é baixíssima, já que inexistente um clamor social pela prisão da pessoa; (2) a vantagem da prevenção geral, que também é baixíssima, tendo em vista a inidoneidade para tratar dos milhares de casos, não obtendo sucesso na tentativa de redução de recebimentos indevidos; (3) o benefício econômico para o Estado no uso do instrumento penal, pela recuperação dos ativos perdidos, também muito baixo, consistente apenas nos poucos benefícios efetivamente investigados e processados. Do outro lado, os malefícios: (1) o estigma gerado na pessoa e na família, além dos prejuízos financeiros decorrentes dos registros criminais e dificuldades para obtenção de novo emprego; (2) os prejuízos operacionais para o sistema de investigação, julgamento e execução penal, que são sobrecarregados com grandes números de casos pequenos, impossibilitando-os de processar vários casos mais graves; (3) os prejuízos financeiros decorrentes do alto custo do sistema penal (polícia, justiça, ministério público e órgãos de execução penal), custos que superam em muito os valores recuperados no processo; (4) a desvantagem decorrente do risco de produção de injustiça pela aplicação de punição maior do que o desvalor da conduta social indica.

Por fim e como já adiantado, fere a subsidiariedade penal a punição criminal para tais casos porque a União dispõe de outras formas de proteção, formas que conscientemente não utiliza por uma decisão de custo-benefício, já que a implantação de controles administrativos mais rígidos também possui vultosos custos financeiros, em especial se confrontados com o baixo valor do benefício concedido. Possivelmente tenha a União concluído que mais vale pagar os valores indevidos, do que gastar quantias aproximadas com a implantação de controles, o que envolve

contratação de novos servidores, construção ou locação de novos prédios ou salas, aquisição de materiais de trabalho, manutenção de veículos, entre outros. Se esta decisão administrativa de não investir em controles administrativos para fiscalização do benefício é legítima, estando compreendida na sua seara de discricionariedade, também não será legítima a utilização do instrumento penal para punir a conduta. É prática da União exigir apenas uma declaração para atos perante si, em vez de fiscalizar efetivamente o conteúdo da declaração, o que não é errado em absoluto. O que é equivocado é agregar à declaração a punição penal como uma espécie de garantia contratual, feita por razões de mera economia de recursos, o que tem o condão de criar em poucos anos milhões de criminosos no Brasil. Para ilustrar o absurdo basta imaginar que os bancos poderiam começar a pedir declarações aos clientes sobre sua renda, sobre seu endereço, sua profissão, seu patrimônio, em casos nos quais o risco envolvido seja aceitável pelo banco, no lugar de exigir os documentos comprobatórios. A instituição já calcula o risco envolvido e aceita o risco, mas poderia usar o Direito Penal como garantia contratual de custo zero para a instituição. Em pouco tempo teríamos milhões de novos criminosos no Brasil.

Não se trata de deixar impune estelionatários reiterados, falsificadores que usam os nomes de terceiros, quadrilhas organizadas para fraudar, mas sim de não criminalizar condutas simples para as quais outros instrumentos jurídicos são adequados e suficientes para prevenção e repressão.

A partir do exemplo visualiza-se fortes indícios de que a prática penal não encara o litígio penal como um conflito entre direitos humanos, desconsiderando que a aplicação dos tipos penais encontra limites na restrição proporcional de direitos do réu, medida de restrição que é encontrada a partir da técnica de ponderação e dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade. A prática gera sério risco para a liberdade de milhões de cidadãos brasileiros e para a funcionalidade do sistema (para alcançar seus objetivos de prevenção e repressão).

### **3. A DESPROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS GERADA PELA INOPERÂNCIA DO SISTEMA PENAL**

Encerra-se este breve trabalho, pontuando o efeito consequente da criminalização de dezenas de milhares de condutas desnecessárias de intervenção penal, apontando que a banalização do sistema penal gera também violação de direitos humanos, desta vez pelo lado da vítima, seja uma pessoa física, jurídica ou a sociedade. É que um sistema penal assoberbado viola direitos humanos das vítimas por perder eficácia. Basta ser brasileiro para saber que nosso sistema penal não entrega os produtos esperados, nem em decisões e execuções penais (repressão e prevenção especial), nem em prevenção geral.

É intuitivo que a degradação do sistema penal é o outro lado da moeda do seu uso em excesso. Por óbvio, não se afirma que eliminados os excessos haveria recursos suficientes em qualquer órgão do sistema penal. O que se afirma, e para isto basta a lógica matemática simples, é que a inclusão de dezenas de milhares de delitos novos na linha de produção penal, mantida a mesma estrutura, causa mais perdas pela morosidade (prescrição) e perdas pela diminuição da qualidade da prova (absolvição). Se um sistema possui estrutura para tratar 1000 (mil) casos por mês, a não ser que se viole as regras da lógica matemática, os mesmos investigadores não poderão investigar na mesma qualidade e quantidade 2000 (dois mil) casos, nem os mesmos acusadores e julgadores poderão fazer suas tarefas na mesma qualidade e quantidade. O que se afirma, como antes já feito, é que o sistema penal é inidôneo para tratar de casos repetitivos como o exemplificado, os quais alcançam milhões de pessoas, sendo absolutamente inviável a multiplicação da estrutura penal para alcançá-los.

O cruel destes números é que os casos mais importantes e relevantes para a sociedade, como as grandes corrupções e os crimes de organização criminosa, costumam ser os mais difíceis em termos probatórios, exigindo mais recursos de investigação e processamento, sendo estes os que mais se perdem na qualidade da prova e na morosidade da investigação ou do processo. Por tal razão, Queiroz assevera que o tempo do sistema de justiça gasto com matérias triviais é retirado da “prevenção da criminalidade séria” (QUEIROZ, 1998, p. 125).

Nada há de novo nas afirmações que aqui se faz acerca da relação entre aumento de fatos a serem tratados penalmente e a inoperância do sistema. Ocorre que a doutrina concentra-se na inflação legislativa, nos novos tipos penais, na expansão do Direito Penal, desconsiderando que a falta de freios para a criminalização sempre existiu e não é um problema unicamente legislativo, como fica claro ao analisar o delito de estelionato aplicado para os casos acima.

Reafirmando o efeito, Gomes e Bianchini consideram que a crítica ao aumento do uso da punição penal também é válida “porque sua natural consequência (o outro aspecto do mesmo fenômeno) consiste em causar sua inoperatividade”<sup>7</sup>, isto porque o aumento de trabalho no sistema é “autoneutralizador” (GOMES; BIANCHINI, 2002, p. 109).

---

<sup>7</sup> Gomes e Bianchine (2002, p. 59) acrescentam que “Consoante a doutrina de alguns críticos desse Direito penal transfigurado já não seria correto nem sequer falar de “crise do sistema”, porque desde os anos 70 vem demonstrando a moderna criminologia algo mais que uma crise: o que existe é uma verdadeira e absoluta incapacidade operacional, ou seja, o que está programado para ingressar no âmbito do controle penal (input) é infinitamente superior a sua capacidade de atuação (output). E sem atuação social e consenso, como já dizia Marx, o Direito “não é mais que um conjunto de papéis”.



Ocorre que as críticas acerca da expansão do Direito Penal não resolvem o problema dos crimes tradicionais que ocorrem repetidamente. Remanesce a questão do que fazer com os milhões de fatos típicos que não decorrem da dita inflação legislativa. Os números de recebimentos indevidos de seguro-desemprego, aos quais podem ser acrescidos outros, como bolsa-família e seguro de pescador, acaso não fossem parcialmente esquecidos na cifra negra, seriam suficientes para justificar a criação de um sistema próprio de justiça penal para cada um (uma polícia, um Ministério Público, uma Justiça e sistema de execução de penas). São números gigantescos. O pequeno percentual deste total é comunicado ao sistema penal, formalmente investigado, processado e condenado, o que para a pequena estrutura penal significa bastante, tendo em vista o gigantismo dos números de fraudes.

## CONCLUSÃO

A punição penal é utilizada sem atenção para a justificação do seu uso, tendo os operadores do direito aderido ao comando literal legislado sem a interposição dos filtros da proporcionalidade e subsidiariedade penal. O litígio penal é necessariamente um litígio entre direitos humanos, o que exige a utilização da técnica de ponderação de valores para adequada harmonização dos direitos envolvidos.

Parece que os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade penal trazem consigo a virtude de trazer o operador do direito para a realidade, fazendo valer a sua função de interpretar e aplicar o ordenamento jurídico de acordo com o caso concreto, a vida real, as complexas mudanças sociais que acontecem diariamente. A análise de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito trazem consigo a imprescindível análise dos meios de controle disponíveis para proteção de bens jurídicos, fornecendo ao operador da norma fundamento jurídico para que se evite injustiças, seja pela restrição desnecessária da liberdade, seja pela inoperância do sistema penal.

A postura do operador do direito de aplicar a lei penal desconsiderando os valores fundamentais insculpidos na Constituição da República, nos tratados de direitos humanos, além dos princípios básicos da ciência jurídica, é postura típica dos rábulas, os quais, carentes de formação científica, reproduziam na prática a literalidade dos comandos legais.

A ponderação dos direitos humanos envolvidos no litígio penal exige que sejam considerados os resultados jurídicos da aplicação da norma penal, sob pena de violação de outros direitos humanos. É dizer, não existe direito sem prática, sendo certo que os fatos e os resultados da operação jurídica são a finalidade da criação e operação do direito, não podendo ser ignorados em favor de uma construção teórica insustentável.



## REFERÊNCIAS

ALVES, Murilo Rodrigues; ALEGRETTI, Laís. Só 4% passam por qualificação para ter seguro-desemprego. *O Estado de São Paulo*, 02 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,so-4-passam-por-qualificacao-para-ter-seguro-desemprego,176943e>. Acesso em: 10 dez. 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Paulo Cesar Correa. A Tutela Penal dos Direitos Humanos. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 134, jul. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 11*.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 17. ed. rev. Atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CNC. *Curso de qualificação evita fraude no seguro-desemprego*. Disponível em: <http://sindiservicos.org.br/noticias/curso-de-qualificacao-evita-fraude-no-seguro-desemprego>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CIRINO, Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói: Impetus, 2010.

FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

GOMES, Luis Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante...* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto: § 173 Strafgesetzbuch. *Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim*, v. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010.

HUSAK, Douglas. *Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*. 2 *Ohio St. J. Crim. L.* 535, 2005.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The limits of the criminal law*. Oxford University Press, 2008.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. São Paulo: Atlas, 1982. p. 125.

JAREBORG, Nils. Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio). 2 *Ohio St. J. Crim. L.* 521, 2005.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. O Direito, a pesquisa empírica e a Economia. In: PORTO, Antonio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em dois mundos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 145-155.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 674.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOURÃO, Aline Nogueira Menezes; ALMEIDA, Mariana Eugenio; AMARAL, Ernesto Friedrich de Lima. Seguro-desemprego e formalidade no mercado de trabalho brasileiro. *Rev. Bras. Estud. Popul.* São Paulo, v. 30, n. 1, Jan./June 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Madrid, Ed. Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direito e ciências afins: v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira).

TALEB, N. N. *A lógica do Cisne Negro: O impacto do altamente improvável*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Auditoria de dados do seguro-desemprego. *Acórdão: 2089/2013* – TCU – Plenário Data da Sessão: 07/08/2013, Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, TC: 012.829/2012-9. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-de-dados-no-seguro-desemprego-do-trabalhador-formal-dtf.htm>.

VERONESE, A. Considerações sobre o problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de direito: a tentativa de uma perspectiva brasileira a partir da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Mato Grosso do Sul*, v. 14, p. 197-237, 2013.

VERONESE, Alexandre. O papel da pesquisa empírica na formação do profissional do direito. *Revista OABRJ*, Rio de Janeiro, v. 27, p. 171-218, jan./jun. 2011.

VORMBAUM, Thomas. Hagen. Resenha sobre o livro A expansão do direito penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. (Direito e ciências afins: v. 6/ coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). p. 207.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 1. Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

## INIMPUTABILIDADE E DIREITO PENAL DO INIMIGO: A CONVENIENTE CLASSIFICAÇÃO DO LOUCO

### *NON-IMPUTABILITY AND CRIMINAL LAW OF THE ENEMY: THE CONVENIENT CLASSIFICATION OF THE INSANE*

Ana Luiza Gardiman Arruda

Mestra em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.  
Possui graduação em Direito pela mesma universidade. Advogada.

Gustavo Junqueira

Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1996) e mestrado (2003) e doutorado (2009) em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca e Pós-Doutorado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Atualmente é professor de Direito Penal da graduação e da pós-graduação em sentido estrito da PUC-SP e do Curso Damásio. Professor convidado de cursos de pós-graduação "latu sensu" no COGAE (PUCSP), na Escola Paulista da Magistratura, na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, na Escola Paulista de Direito e na Unitoledo. Defensor Público, foi Diretor da Escola da Defensoria Pública de São Paulo.

**Submetido em:** 16/09/2020

**Aprovado em:** 21/09/2020

**Resumo:** A partir da análise da teoria do Direito Penal do Inimigo e dos estudos de Foucault em relação à loucura, o presente artigo busca compreender a aparente incompatibilidade entre o tratamento conferido pelo Direito aos portadores de transtorno mental que praticam injustos penais e a atual tendência de desinstitucionalização, presente na Lei da Reforma Psiquiátrica. Considerando a obra de Foucault, pretende-se tratar da influência de questões morais na formação da imagem do louco e a difícil confluência entre Medicina e Direito, que impede o tratamento ideal a essas pessoas. Além disso, busca demonstrar a importância e a incompatibilidade do tema em relação à dogmática penal, visando obter substrato suficiente para responder ao questionamento sobre a manutenção ou não do tratamento do portador de transtorno mental no Direito Penal.

**Palavras-chave:** Inimputabilidade. Loucura. Direito Penal do Inimigo. Medida de segurança. Reforma Psiquiátrica.

**Abstract:** Based on the analysis of the theory of Criminal Law of the Enemy and the studies of Foucault concerning madness, this article tries to explain the apparent incompatibility between the treatment

*given by Law to those who carry mental disorder and commit "penal unfairness" and the current trend of non-institutionalization, present in the Law of Psychiatric Reform. Considering Foucault's work, it is proposed to treat the influence of moral issues in the formation of the insane image and the hard confluence between Medicine and Law, fact that prevents the most suitable treatment for those people. Besides that, it tries to demonstrate the importance and the incompatibility of the issue in relation to the criminal dogmatic, aiming at getting enough abstract to answer the questioning whether maintaining or not the treatment of those who carry mental disorder in Criminal Law.*

**Keywords:** Non-imputability. Madness. Criminal Law of the Enemy. Security measure. Psychiatric Reform.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O Direito Penal do Inimigo como um Direito Penal do Autor. 2. A loucura em Foucault: patologia, estigma e justificativa para internação. 3. Dogmática penal e inimputabilidade por doença mental: uma indisfarçável incompatibilidade. 4. Há lugar para o transtorno mental no Direito Penal atual?. Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende tratar da (in)compatibilidade de imposição de sanção criminal ao portador de doença mental que pratica injusto penal, salvo se admitidas as premissas de um Direito Penal do Inimigo, que seria incompatível com os cânones de um Estado Democrático de Direito. As raízes desse problema remetem a temas já consagrados na obra de Foucault, como a internação tida como solução para o excedente populacional e a patologização da loucura a partir da transformação da Psiquiatria em ramo da Medicina, além da dificuldade de adequação dos discursos médico e jurídico nos laudos psiquiátricos e sentenças, impedindo medidas adequadas àquele que sofre com transtorno mental. Há que se constatar, ainda, a incompatibilidade entre a dogmática penal e o tratamento conferido aos inimputáveis praticantes de injustos penais, corroborando a disparidade entre o Direito Penal tal qual é praticado em relação aos inimputáveis e o Estado Democrático de Direito.

O tema é pertinente frente a atual tensão entre o movimento antimanicomial, inspirador da Lei da Reforma Psiquiátrica, lei nº. 10.216/01, e uma tendência reacionária segregacionista, responsável pela ainda tímida aplicação da lei referida. Dessa confluência, é notório o descaso em relação às medidas de segurança, as quais se mostram, na prática, meios de segregação revestidos da falsa promessa de tratamento para cessação de periculosidade, prognóstico passível de erros e que atua ainda mais para a estigmatização, como pretende-se demonstrar a seguir.

Para que o objetivo do artigo seja atingido, será feita análise do Direito Penal do Inimigo como um direito penal do autor, e sua (in)compatibilidade com

as premissas de um Estado Democrático de Direito. Em seguida será debatida a compreensão da loucura como patologia, como estigma e justificativa para internação, dialogando com a obra de Michel Foucault. Fixadas as premissas, será discutida a compatibilidade de categorias básicas da dogmática penal como conduta, dolo e antijuridicidade com a inimputabilidade por doença mental e, ao final, será cotejada a viabilidade de manutenção do tratamento penal ao portador de doença mental.

## 1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO COMO UM DIREITO PENAL DO AUTOR

O Direito Penal do Inimigo, ainda que com renovada roupagem, repisa a existência de dois sistemas penais: um dirigido aos cidadãos, tidos como amigos, e outro para os inimigos, caracterizados como perigosos. A dicotomia, como dito, não é nova, e faz lembrar os patrícios e a plebe na antiga Roma, o senhor e o vassalo feudais, o súdito e o traidor em Hobbes (JAKOBS: 2008; 42). A característica comum é a concepção de um sistema mais rígido para os inimigos, pautado em diferenças fisiológicas, culturais ou econômicas que tornariam o “outro” peculiarmente perigoso, o que justificaria sua separação, expulsão ou aniquilação, amparadas na garantia de segurança para a sociedade, ou, ainda, na reforma socializadora do próprio inimigo. Como ilustra ZAFFARONI (2007, p. 33), tratando das justificativas para a aniquilação do diferente na colonização:

(...) apresentava o genocídio colonialista como uma empresa piedosa, em cujo nome se matavam os dissidentes internos, os colonizadores rebeldes, as mulheres desordeiras. O inimigo desta empresa depois da extinção dos infelizes albigenses e cátaros, era Satã, que deu lugar à primeira de uma longa lista de emergências, que seguiriam pelos séculos afora até a atualidade, ou seja, ameaças mais ou menos cósmicas ou apocalípticas que justificam uma guerra e, por conseguinte, demandam a individualização de um inimigo.

A nova vestimenta do inimigo é hoje outorgada por Jakobs. A premissa do autor, um dos festejados nomes do funcionalismo penal, é que a função do Direito Penal é a manutenção das expectativas normativas essenciais para a configuração social, e, assim, apenas aquele apto a participar da comunicação normativa pode ser tratado como pessoa, pois *“quien no presta la garantia cognitiva de que se comportará como persona en el Derecho, tampoco debe ser tratado como persona en el Derecho”* (2006, p. 174).

Necessário então reconhecer ao lado de um Direito Penal do Cidadão um Direito Penal do Inimigo. O cidadão, mesmo após praticar um crime, persiste como uma fonte segura de expectativas, ou, seja, ainda participa da comunicação

social e é justificável a expectativa de que irá viver de acordo com a configuração social posta. Basta a tradicional pena para anular a indesejada comunicação do crime, pois a ruptura é eventual, ocasional. O inimigo, no entanto, não produz expectativas confiáveis, é refratário à comunicação normativa e, por consequência, se converte em uma fonte de perigos, que turva a comunicação social. Se a pena tem normalmente função comunicativa, mas o inimigo não é apto a compreendê-la e não há expectativa de que tenha o ordenamento como padrão de comportamento, de nada adianta puni-lo normalmente, como um cidadão. Não é digno de confiança, e sua existência perturba a comunicação social. Enquanto fonte de perigos, o inimigo deve ser eliminado.

Dentre as críticas mais frequentes recebidas pela proposta se destaca a dificuldade na legítima identificação do inimigo, pois ao traço característico pode ter os mais diversos e discriminatórios fatores de escolha. Em Jakobs, o inimigo poderia ser caracterizado em face da qualidade dos crimes praticados, como nos crimes contra a dignidade sexual, por escolher o crime como modo de vida, como o criminoso profissional, ou ainda por integrar uma organização criminosa, como no tráfico internacional de drogas ou no terrorismo (2006; 170).

O inimigo não deve ter o mesmo tratamento controlado e limitado reservado ao cidadão, sendo submetido a um direito penal de segurança, de contenção de periculosidade. A pena será indeterminada, desproporcional e vinculada ao risco de prática de crimes no futuro. O Direito Penal do inimigo é prospectivo: a pena pode ser antecipada, ou seja, não é necessário aguardar o mal do crime para que a sanção seja imposta: se é certa ou provável a prática de futuras lesões e se a mera presença do inimigo na comunidade turva a convivência harmônica, não faria sentido aguardar a grave lesão para que venha a reação, ou, em outros termos, é melhor a ação preventiva do que a reação. Nas palavras de Jakobs (2008, p. 14):

um exemplo do primeiro tipo pode ser o trato com um homicida simples, que, atuando em autoria unitária, somente se torna punível quando se prepara imediatamente para a realização do tipo (...); um exemplo do segundo tipo pode ser o trato com o mentor ou homem de trás (seja lá o que for isso) de uma associação terrorista, que já é atingido por uma pena apenas mais branda que a do autor da tentativa de homicídio, quando funda a associação ou quando nela atua (...), ou seja, algumas vezes, anos antes do fato previsto – de modo mais ou menos vago; na realidade, tratar-se-ia de uma custódia de segurança antecipada denominada “pena”.

A antecipação da punição rompe a máxima da imposição do “mal da pena ao mal do crime”, uma vez que é desnecessário aguardar o mal do crime, é pres-

cindível a lesão ao bem jurídico, que poderia ser insuportável para a sociedade, dado o grande perigo representado pelo inimigo (o terrorista é a imagem mais usada). Não se deve aguardar o terrorista explodir a bomba: ele deve ser contido antes de agir. Não se deve esperar o perigoso agir de forma lesiva, ele deve ser anulado em momento anterior. Não se trata do que fez o indivíduo estigmatizado como inimigo, até porque não precisa ter feito nada, mas sim quem ele é, em clara expressão de um direito penal do autor (ZAFFARONI, 2003, p. 131). É a seletividade penal expressa, marcada, confessa.

No âmbito processual as garantias podem ser mitigadas, com diminuição das possibilidades da defesa; o ônus da prova pode ser redistribuído, cabendo à defesa demonstrar a desnecessidade da sanção, além de recursos cerceados e as oportunidades de defesa restringidas. Mais uma vez, dadas as características do autor, menos importa a função comunicativa (própria do direito penal do cidadão) da sentença criminal ou sua sanção, mas sim a rápida imposição de uma medida de proteção, de uma medida de segurança.

No presente trabalho, o foco está na peculiar e estigmatizante característica da loucura, que acaba por atrair todas as consequências já aludidas sobre o Direito Penal do Inimigo: o foco está nas características pessoais do autor, e não no fato, que em regra é desprezado; é intensa a mitigação de garantias processuais, concentradas na estéril indicação de um forma curador durante o processo penal, além da sanção desproporcional, lembrando que mesmo a recente construção do STJ, que na Súmula 527 fixa prazo máximo para a medida de segurança, a medida de tempo foi a pena máxima que, como se sabe, nunca ou quase nunca é fixada na prática forense. O inimputável sofre sanção maior do que o imputável por ser quem é, e não pode ter feito o que fez.

Demonstrado que o direito penal do inimigo é um direito penal do autor, faz-se necessário analisar sua compatibilidade com um Estado Democrático de Direito, e a resposta é, inevitavelmente, negativa, pois, como ensina Ferrajoli (2014, p. 767), “A razão jurídica do Estado de Direito, de fato, não conhece amigos ou inimigos (...)”. A democracia pós-guerra tem como traços marcantes a convicção de que o poder emana do povo, e não de uma determinada coletividade homogênea e padronizada. O pluralismo, o respeito e tolerância à diferença são premissas da moderna democracia, que deve garantir às minorias direitos suficientes para que possam expor suas ideias e propostas e ascender a um protagonismo que possa se tornar majoritário (BOBBIO, 2000, p. 327). O indivíduo, minoria por excelência, também deve ser cercado de garantias, permitindo concluir que a moderna concepção de democracia de direito é umbilicalmente vinculada ao reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana. Dada a



universalidade dos direitos humanos, não se admite a caracterização de alguém como “não-pessoa”, rótulo usado por Jakobs (2006, p. 77) e extremamente criticado por autores como Prittwitz, que o qualifica como inacreditável e inadmissível após 1945 (2004, p. 924-925). Se ao inimigo são confiscados direitos básicos não em razão do que tenha feito, mas sim de quem é, a incompatibilidade da proposta com uma democracia de direito é flagrante. Mais e ainda, se a democracia pós-guerra é lastreada na tolerância e no pluralismo, características pessoais, diferenças culturais, sociais, religiosas ou políticas não poderiam justificar a caracterização do inimigo.

Por fim, em uma democracia ninguém pode ser sancionado por ser como é, mas apenas por fazer algo, o que não por acaso está expresso em nossa Constituição: “art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Se a letra da Constituição vincula a obrigação legal a um fazer ou não fazer, não se pode obrigar o sujeito a ser de uma forma ou outra. O sujeito só pode responder pelo que faz, e não por quem é, restando assim repudiado o direito penal do autor, e por consequência o direito penal do inimigo, pela letra expressa da Constituição.

## **2. A LOUCURA NOS “ANORMAIS” DE FOUCAULT: PATOLOGIA, ESTIGMA E JUSTIFICATIVA PARA INTERNAÇÃO**

Não há uma definição exata ou consensual para a loucura. Como manifestações diversas foram caracterizadas como loucura ao longo do tempo, a sua percepção acaba por exigir o contraponto da razão como elemento de comparação. A loucura não possui sintomas marcados como as (demais) doenças, ela somente existe em um contexto de comparação com o que seja normal, proveniente da razão. Ou seja, a existência da loucura é indissociável da razão, o que a torna um conceito fluido e variável, visto que a percepção da razão não se dissocia da moral vigente em determinada sociedade. De forma objetiva, a loucura tem como um de seus critérios a moral, e dela depende para sua definição. Ainda que se possa perceber traços peculiares em determinadas manifestações da loucura, como ocorre nos chamados loucos furiosos, nos maníacos ou nos violentos, Foucault (2017, p. 180) destaca que a percepção desses sintomas se refere a particularidades em uma base comum, que é a loucura, muitas vezes imperceptível:

É verdade que os dementes, os loucos furiosos, os maníacos ou os violentos podem ser logo reconhecidos: não porém porque sejam loucos e na medida em que o são, mas apenas porque seu delírio tem um modo particular que acrescenta à essência imperceptível de toda loucura os signos que lhe são próprios.



É a essa “base da loucura” que Foucault (2017, p. 81) se refere na comparação com a razão, demonstrando que a percepção marginal do louco parte de um raciocínio instantâneo, de evidências de um lugar comum, que não permite uma definição exata da loucura, mas de todo modo a constata: “Na própria medida em que não sabemos onde começa a loucura, sabemos através de um saber quase incontestável, o que é o louco”.

Existe, então, uma consciência da loucura no século XVIII a partir da razão e sob seus olhos: a percepção do louco parte da consciência do homem razoável. A loucura só é perceptível quando se manifesta, rompendo com a normalidade; e, ao mesmo tempo, apresenta singularidade em ações, gestos, linguagem que se diferenciam do que é considerado normal. Conforme Foucault: “É possível objetar que em toda época sempre houve, do mesmo modo, uma dupla apreensão da loucura: uma moral, sobre um fundo do razoável; outra, objetiva e médica, sobre um fundo de racionalidade”. (FOUCAULT, 2017, p. 184). Percebe-se que esses dois vieses, apesar de possuírem naturezas completamente distintas, foram unidos ou confundidos e formaram a acepção única da loucura no século XVIII. Ou seja, tanto a manifestação de sintomas médicos quanto a constatação de comportamentos moralmente condenados passaram a representar o que se entende por loucura.

A patologização da loucura representou inicialmente o seu afastamento da seara do direito. Crime e loucura são incompatíveis e se excluem, cabendo à medicina o tratamento de infratores com transtorno mental, restando a pena apenas para os livres da determinação patológica, para os sadios. Foucault destaca a dicotomia entre doença e responsabilidade em ordenamentos jurídicos já em 1810: era afastada a responsabilidade penal se o crime fosse praticado em momento de demência. (FOUCAULT, 2010, p. 27). É o que se vê também no atual Código Penal brasileiro, no qual o transtorno mental é previsto como excludente de culpabilidade, que deveria afastar do louco toda a sanção castigo.

A crença na anormalidade do criminoso, que ganha raízes na Escola Positiva e de uma ou outra forma acaba inspirando ou guardando resquícios em diversos movimentos posteriores de Defesa Criminal (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 17), acaba por fomentar a análise de características do criminoso como fonte ou parâmetro para a sanção-castigo. A pena deixa de se referir apenas ao fato praticado e passa a se relacionar diretamente com as características do autor.

A dicotomia louco/medicina x criminoso/Direito perdeu força. Não é possível afirmar que hoje exista uma completa separação entre direito e medicina no trato dos inimputáveis, tampouco dos imputáveis. Segundo Foucault, o exame criminológico foi responsável pela aproximação entre esses discursos, gerando

uma “dupla qualificação médica e judiciária”, (FOUCAULT, 2010, p. 28-29) e isso gerou o “domínio da perversidade”, ou seja, o direito passou a trabalhar com termos contraditórios tais como “preguiça”, “orgulho”, “maldade”, etc.

Todo esse campo das noções da perversidade, postas em circulação em seu vocabulário pueril, permite pôr as noções médicas para funcionar no campo do poder judiciário e, inversamente, as noções jurídicas no campo de competência da medicina. É como ponte, portanto, que ele funciona bem, e funciona tanto melhor quanto mais fraco for epistemologicamente.

As medidas aplicáveis aos portadores de transtorno mental mesclam terapêutica e expiação. Para Foucault, essa dualidade representa a possibilidade de reprimir de qualquer modo a periculosidade (2010, p. 29). Perigo – essência do conceito de inimigo – e perversão compõem a figura do louco, núcleo do exame médico-legal, e atuam em um discurso que amálgama medo e moralização. Isso porque a anomalia é retratada em Foucault como a junção de três figuras encontradas no século XVIII: o monstro humano, o indivíduo a ser corrigido e o sujeito masturbador.

A origem da ideia de “monstro humano” reúne desde logo referências jurídicas e biológicas, vez que explora a anomalia física e a infração da lei. É uma figura incomum, que combina o impossível com o proibido (FOUCAULT, 2010, p. 47), e suscita um sentimento marcante na sociedade, que não almeja apenas uma resposta jurídica à violação da lei, mas também a supressão do convívio, ora por meio da violência e ora pelo tratamento médico. O desenvolvimento da análise da monstruosidade chegará em questionamentos como os de Lombroso, que buscava a explicação para o crime a partir de características físicas do autor (2001, p. 159).

A segunda figura a compor a anormalidade é o “indivíduo a ser corrigido”, que representa os sujeitos desviantes em geral. Diferentemente do monstro que, apesar de ser uma exceção, é facilmente perceptível por suas características próprias e dos atos que pratica, o indivíduo a ser corrigido passa despercebido na sociedade por ser muito comum. Coloca-se a questão sobre a corrigibilidade que, conforme Foucault é um erro, sendo o indivíduo a ser corrigido, na verdade, incorrigível (2010, p. 50):

No fundo, quem deve ser corrigido se apresenta como sendo a corrigir na medida em que fracassaram todas as técnicas, todos os procedimentos, todos os investimentos familiares e corriqueiros de educação pelos quais se pode ter tentado corrigi-lo. O que define o indivíduo a ser corrigido, portanto, é que ele é incorrigível.

Ao se admitir que esse sujeito pode ser corrigido, a sociedade permite e apoia o surgimento de opressivas instituições voltadas para a correção de todo tipo de suposta anormalidade, como aconteceu nos séculos XVIII e XIX com a proliferação das chamadas casas de correção (BICUDO, 2010, p. 102).

A terceira figura de composição da anormalidade é o “sujeito masturbador”, que representa a etiologia sexual das patologias e anomalias. Foucault o retrata a partir da masturbação em referência a uma prática comum na sociedade, mas que não é compartilhada. Seria um segredo universal e uma raiz possível ou mesmo real para anomalias sexuais.

O anormal retratado em FOUCAULT (2010, p. 51) é a junção dessas três figuras - o monstro, o incorrigível, o onanista - que se apresentavam separadamente até o fim do século XVIII e início do século XIX quando então passaram a mesclar-se e dominaram a psiquiatria penal e a psicologia criminal. “É antes de mais nada como monstro, isto é, como natureza contranatural, que o louco criminoso faz sua aparição” (2010, p. 93). Isso porque até meados do século XIX, a psiquiatria não era considerada uma especialidade da ciência médica, mas um ramo da higiene pública que visava a “proteção social, contra todos os perigos que o fato da doença, ou de tudo o que se possa assimilar direta ou indiretamente à doença, pode acarretar à sociedade” (2010, p. 101). Para poder enquadrar a psiquiatria como ramo da medicina foi necessário classificar a loucura como doença, tornando patológicas as manifestações, distúrbios, ilusões. Além disso, a loucura passou a ser entendida como um perigo, de maneira que a psiquiatria, além de proporcionar o tratamento médico adequado à loucura, também podia atuar como higiene pública a fim de barrar esse perigo, excluir o perigoso. Nas palavras de Amaranto (1995, p. 26):

É interessante constatar que o modelo clássico de psiquiatria foi tão amplamente difundido que influencia a prática psiquiátrica até os nossos dias - apesar de terem surgido outros tantos modelos. O que talvez sugira a confirmação de que sua validação social está muito mais nos efeitos de exclusão opera.

O discurso duplo da psiquiatria, aglutinando higiene pública e doença mental como demandas de prevenção, permitiu que uma série de perigos sociais fossem tratados como questões médicas e assim tipificados. Dessa forma, os injustos penais praticados por pessoas portadoras de transtorno mental passaram a ser do interesse da psiquiatria, na tentativa de traçar uma ligação necessária entre crime e loucura, buscando encontrar “o segredo dos crimes que podem habitar toda loucura, ou então o núcleo da loucura que deve habitar todos os indivíduos que podem ser perigosos para a sociedade” (FOUCAULT, 2010, p. 102).

A permanência do viés de higiene pública na psiquiatria manifesta-se a partir dessa relação, que é a sua própria condição, e vai acarretar uma cultura de internação para a contenção do louco criminoso, perigoso. A psiquiatria passa a atuar na contenção e até mesmo estigmatização do louco, o que se manifesta dentro e fora das instituições de custódia. Foucault explica que a psiquiatria do século XIX entendia que o louco acreditava em seu poder superior a todo e qualquer outro poder, inclusive o da instituição. “Portanto, no próprio interior do manicômio, a psiquiatria funciona como sendo a detecção, ou antes, a operação pela qual se vincula a qualquer diagnóstico de loucura e percepção de um perigo possível” (2010, p. 102). Por sua vez, a situação fora do manicômio consistia em detectar o perigo da loucura ou a loucura como indicadora presumida de perigo, mesmo em casos em que ela se manifestava de forma inofensiva.

Para se justificar como intervenção científica e autoritária na sociedade, para se justificar como poder e ciência da higiene pública e da proteção social, a medicina mental tem de mostrar que é capaz de perceber, mesmo onde nenhum outro ainda pode ver, um certo perigo; e ela deve mostrar que, se pode percebê-lo, é por ser um conhecimento médico (FOUCAULT, 2010, p. 103).

Sob o manto do discurso da proteção da sociedade, a psiquiatria preocupou-se em traçar a relação entre crime e loucura para sustentar seus pilares de modo dificilmente contestável, vez que buscava demonstrar cientificamente que o comportamento criminoso já era previsível em determinado sujeito, por ser louco. Conforme Foucault, foi por isso que a psiquiatria sempre demonstrou especial interesse pela loucura que mata, exatamente a que suscita maior medo e insegurança na sociedade, justamente pela dificuldade de compreensão de suas causas. São crimes imprevisíveis e ininteligíveis, ou seja, campo fértil para a análise da psiquiatria que, embasada no medo, assume protagonismo com um papel de superioridade científica.

Já no final do século XIX, a psiquiatria reformula-se novamente: abandona a ideia de loucura parcial admitindo que qualquer sintoma, por mais específico que seja, configura loucura; e passa a utilizar a relação voluntário *versus* involuntário como marco referencial para a caracterização da loucura. Nesse sentido, explica Foucault (2010, p. 134):

O louco é aquele em que a delimitação, o jogo, a hierarquia do voluntário e do involuntário se encontram perturbados. Assim, o eixo da interrogação da psiquiatria não vai mais ser definido pelas formas lógicas do pensamento mas pelos modos específicos da espontaneidade do comportamento, ou, em todo caso, é esse eixo, o da espontaneidade do comportamento, o eixo do voluntário e do involuntário no comportamento, que vai se tornar primeiro.

A partir dessa nova perspectiva, a psiquiatria passa a considerar como loucura diversos sintomas que antes não tinham qualquer ligação com o status de doença mental. A manifestação desses sintomas em determinadas condutas causa uma discrepância em relação às regras de ordem. É essa discrepância que será considerada para a moderação do que seja voluntário ou não. Quando há pouca discrepância entre conduta e ordem, tem-se uma conduta sadia; por outro lado, quando a discrepância é considerável, há campo fértil de atuação para a psiquiatria. É possível perceber, de acordo com a narrativa de Foucault, que a evolução da psiquiatria acarretou um problema sério: foi necessário patologizar a loucura para transformar a psiquiatria em ramo da medicina, porém, a psiquiatria nunca deixou de se ocupar com questões sociais envolvendo o medo na sociedade e a ansiedade pela exclusão do diferente. Quanto mais loucura, maior o protagonismo da psiquiatria e, com o seu avanço, novos sintomas passaram a ser considerados como loucura. O relativizado conceito de loucura ganha novos e mais amplos contornos a partir do cotejo de sua face médica com sua face social, permitindo o uso de duas realidades da norma: “a norma como regra de conduta e a norma como regularidade funcional; a norma que se opõe à irregularidade e à desordem, e a norma que se opõe ao patológico e ao mórbido” (FOUCAULT, 2010, p. 139).

Retomando a análise da psiquiatria de meados do século XIX, Foucault explica que houve um abandono do delírio e da doença, passando a interessar somente o desvio comportamental. A psiquiatria “toma sua referência num desenvolvimento normativo. Não é mais, pois, fundamentalmente, da doença ou das doenças que ela se ocupa; é uma medicina que passa pura e simplesmente por cima do patológico” (2010, p. 270). O desvio é sinal de anormalidade (a-norma), de exclusão normativa, o que culmina em tratamento discriminatório e degradante em relação às pessoas consideradas anormais. A psiquiatria busca tratar a periculosidade dessas pessoas, e as estigmatiza. O anormal é perigoso, potencial inimigo. A periculosidade passa a ser o critério necessário para a imposição e manutenção da internação.

Da narrativa de Foucault, percebe-se a semelhança do tratamento conferido ao louco desde o século XVIII com a tendência de atual do Direito Penal do Inimigo. A segregação do louco ao longo da história sempre esteve próxima ou conectada a uma purificação da sociedade: contenção e exclusão do louco do alcance dos olhos da sociedade produtiva sempre prevaleceu, em detrimento de qualquer possibilidade de cuidado ou medida para a sua integração social. Além, conforme destacado, a própria caracterização do louco foi e permanece controversa na medida em que alcança, além de portadores de transtorno mental e necessitados de tratamento médico, também sujeitos marginalizados na

sociedade, cujo comportamento foge de padrões de suposta normalidade, em uma seleção de alvos/pessoas que devem ser excluídas, afastadas, internadas em instituições totais. É o encontro da seletividade psiquiátrica com a seletividade penal.

### **3. DOGMÁTICA PENAL E INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL: UMA INDISFARÇÁVEL INCOMPATIBILIDADE**

Desde o conflito entre chamada escola clássica e a escola positiva, a liberdade de autodeterminação é a base para um direito penal que reconhece e é obrigado a garantir dignidade ao condenado. Sem o reconhecimento da autodeterminação, a conduta é vista como um fenômeno natural perigoso, como ilustra Lascano (2016, p. 206):

tal situación se puso de manifiesto cuando los postulados del Derecho Penal de Culpabilidad fueron puestos en tela de juicio por las ideas de un Derecho Penal de Peligrosidad propias del positivismo criminológico. La primera concepción sostiene que para que a un ser humano – entendido como persona dotada de dignidad – se le pueda reprochar una conducta, es imprescindible que tenga la capacidad de elegir, o sea, autodeterminarse. En cambio, si se piensa que el hombre solo actúa movido por causas que le determinan y que no es posible distinguir la conducta humana de los restantes hechos de la naturaleza, estaremos en presencia de una caracterización peligrosa del derecho penal.

A teoria do crime foi construída para justificar a imposição da pena, afastando os casos em que não seria cabível sanção por injusta ou desnecessária (ROXIN, 1996, p. 57). Se a base do sistema sancionatório é a realização de um ideal de justiça, o castigo é impregnado de carga moral, como uma retribuição ao criminoso que era livre para escolher o caminho lícito, mas optou pelo caminho do crime. No caso da necessidade da pena para fins preventivos, a premissa é, também, a possibilidade de influenciar no livre comportamento individual por meio da intimidação, da comunicação, do tratamento, do treinamento ou da educação, ressalvada a inocuização. Se as finalidades da pena têm como base a autodeterminação, é possível concluir que a teoria do crime, premissa para a aplicação da pena, tem a mesma essência.

O problema é que, por definição (art. 26 do Código Penal brasileiro), o inimputável por doença mental não tem liberdade de autodeterminação, o que repercute em várias incompatibilidades na teoria do crime. Tais incompatibilidades ganham especial dramaticidade se for lembrado que só pode receber medida de segurança, em tese, aquele que praticou fato típico e antijurídico. Se determina-

das incompatibilidades tornam inviável o reconhecimento da prática de injusto, a medida de segurança enquanto sanção penal seria inviável, ilegítima, e deveria ser afastada do sistema penal. Como ilustração, vale indicar inconsistências dogmáticas na teoria da conduta, na teoria do dolo, na antijuridicidade, na amplitude da ampla defesa e na execução penal.

Na teoria da conduta, a interpretação consolidada dos textos de Hegel (1997, p. 102) permite concluir que retribuição talional só faz sentido se o autor do injusto é racional, e assim brada por meio de sua conduta criminoso uma pretensa nova ordem racional contrária ao Direito (ZAFFARONI, 2002, p. 284; GUARAGNI, 2005, p. 56). É uma imposição deliberada do criminoso de sua vontade individual à vontade geral, e por isso deve ser anulada por meio da pena (LESCH, 1999, p. 12-14), merecendo especial atenção a necessidade de deliberação. Ausente a capacidade de deliberação, e não a mera liberdade de deliberar de acordo com o Direito, tem-se dificuldade para conceber a própria existência de conduta, e por consequência o injusto, e não apenas a culpabilidade, como é comum na doutrina penal. Mesmo diante do conceito finalista de conduta como “movimento corpóreo consciente e voluntário dirigido a uma finalidade” a doença mental pode ser um obstáculo: a doença mental pode turvar a percepção do sujeito sobre sua posição ou a de terceiros como “alguém no mundo”, dificultando a compreensão das possíveis consequências de seus estímulos e movimentos, o que também prejudicaria a caracterização da conduta. Em outras palavras, o transtorno mental, normalmente discutido na culpabilidade, muito se aproxima ou melhor se posiciona na ausência de conduta, criando uma zona de penumbra (ZAFFARONI, 1981, p. 154), mas os limites costumam ser simplificados, desprezados e contornados em busca da simples solução da imposição de medida de segurança.

Na teoria do dolo, como consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo, problema ainda maior pode ser percebido. Se o elemento cognitivo (consciência) seria de difícil demonstração em diversos casos em razão do déficit cognitivo do autor, nos tipos que contam com elementares normativas a tarefa é impossível. Na elementar normativa extrajurídica do ato obsceno (Art. 233 do Código Penal), como concluir que o doente mental compreende o caráter obsceno de seu ato? Se a descoberta do próprio corpo pode estar comprometida, com mais razão a sexualidade e seus pudores, ou ainda a “moral sexual média”. Não são raros, no entanto, os casos de longas medidas de segurança de internação pela suposta prática do injusto do ato obsceno<sup>1</sup>. No caso das elementares normativo-jurídicas o tema ganha contorno ainda mais forte: na elementar “alheia” dos crimes de furto e roubo, a incompreensão pode repousar e tantas

<sup>1</sup> v.g. STF *Habeas Corpus* n°. 102489.



vezes repousa na ausência de discernimento sobre o que é o “meu” e o “seu”, o que impede a consciência sobre a subtração de coisa alheia. Sem tal consciência não haveria dolo, afastando o injusto e mais uma vez a possibilidade de imposição de medida de segurança. Mais uma vez, a questão é desprezada, marginalizada, e é desnecessário lembrar que são inúmeros os casos de internados em medida de segurança no Brasil pela prática dos referidos crimes patrimoniais.

Na antijuridicidade a questão também ganha relevo, pois é hoje pacífica a exigência de elementos subjetivos para o reconhecimento das excludentes de antijuridicidade (ROXIN, 1997, p. 596) e, assim, apenas se o indivíduo tem condições de perceber e compreender a injusta agressão poderia reagir em legítima defesa. Da mesma forma, apenas o indivíduo que valora o perigo ao bem jurídico que torna razoável o sacrifício poderia agir acobertado pelo estado de necessidade. No entanto, tais juízos de valor exigem premissas e raciocínios que escapam ou ao menos podem escapar ao portador de doença mental, reforçando a conclusão de que a teoria do crime é costumeiramente sacrificada ou adaptada para se amoldar ao julgamento do inimputável por doença mental, como se sua peculiar dificuldade de compreensão e valoração em nada interferisse no reconhecimento das excludentes. Há um injustificável - e deslegitimador - esforço para analisar tipicidade e antijuridicidade na conduta do inimputável como se imputável fosse. Melhor seria reconhecer que as estruturas do Direito Penal não foram construídas para valorar a ação do inimputável, ou, em outras palavras, o arsenal da técnica jurídico-penal não traz instrumentos hábeis para cuidar do inimputável.

Na seara processual penal o tratamento discriminatório ao doente mental não é diferente. Há poucos anos bastava no procedimento do júri a certeza da inimputabilidade para a aplicação da medida de segurança (antiga redação do art. 411 do Código de Processo Penal, reformada em 2008), mesmo sendo alegada pela defesa tese apta a afastar o injusto penal, como excludente de antijuridicidade. Mesmo após a reforma do Código de Processo Penal, ainda é possível aplicar a sanção penal da medida de segurança sem que o juiz natural (júri) afirme a existência de fato típico e antijurídico, nos termos do art. 415 do Código de Processo Penal e seu parágrafo único (MADEIRA, 2019, p. 1056). Em outras palavras, o imputado autor do injusto recebe a sanção penal sem julgamento do juiz natural, em situação de exclusiva restrição e disposição de direitos fundamentais, oferecida apenas aos doentes mentais.

A doença mental espanca a autodefesa, pois é provável que o acusado não possa oferecer versão verossímil em sua defesa, e mesmo que o faça não será levado a sério, tampouco poderá colaborar satisfatoriamente com a defesa téc-



nica para produzir prova sobre a inexistência do injusto. A nomeação de curador é, em regra, uma mera formalidade: é comum a nomeação aleatória de um curador sem qualquer vínculo pessoal com o réu doente mental e sem preparo técnico psicológico ou psiquiátrico para o mister, com o único objetivo de, simbolicamente, afastar vício de consentimento ou manifestação.

Durante a execução penal o tratamento discriminatório também é evidente: a clara letra do art. 197 da Lei de Execução Penal, que trata do agravo em execução, afirma que não há efeito suspensivo na interposição do recurso, mas é ignorada no caso do inimputável por doença mental: em face da má redação do art. 179 da referida lei, ainda prevalece que o agravo ministerial contra a decisão de desinternação tem efeito suspensivo, ou seja, mesmo com uma recomendação médica sobre a desnecessidade de custódia basta a interposição de recurso da acusação para que o recorrido persista desnecessariamente internado por meses, ou ainda por anos, e não há qualquer repercussão ou responsabilização se reconhecida a manifesta improcedência da impugnação recursal. Em suma, a única situação em que a libertação do sancionado depende da aleatória interposição de recurso pela parte contrária é a desinternação, na medida de segurança, exclusividade do portador de doença mental.

Por fim, necessário ponderar uma questão cultural: o sistema penal é, por natureza e tradição, punitivo, e dá vazão racional ou não aos desejos de vingança e violência da comunidade. Se em si já merece críticas por seu caráter emotivo e cruel, tais críticas se multiplicam quando o direito punitivo se aproxima do inimputável por doença mental, e de nada adianta argumentar que a sanção seria diversa, que o objetivo seria de tratamento ou que os estabelecimentos de custódia seriam ou deveriam ser mais humanizados. A estrutura do Direito Penal trabalha com a busca de premissas que permitam impor dor ao condenado, e os operadores cuidam de centenas de casos por semana nos quais a inimputabilidade sequer é questionada, mesmo diante da imensa probabilidade de dependência química ou outras compulsões, como as sexuais. No caso do autor reconhecidamente portador de doença mental, a premissa de fato será a mesma, ou seja, a lesão a bem jurídico de terceiro, e a imposição de sanção desatrelada da dor pelo reconhecimento de doença mental não traria satisfação às vítimas e à acusação, acostumados ao desate supliciante do processo penal. O consolo vem com a promessa de que a medida de segurança será tão cruel como a pena, ou talvez ainda pior, e que o sentenciado não sairá jamais da custódia. As promessas explicam muito da ausência de controle estatal sobre os hospitais de custódia, que carregam estrutura tão ou mais degradada que os presídios, e, ainda, o grande número de sentenciados à medida de segurança presos em Centros de Detenção Provisória, ou mesmo o grande número de recursos contra decisões

de desinternação, com o objetivo de ampliar o tempo de custódia, a despeito do laudo de desinternação firmado por médicos.

#### **4. HÁ LUGAR PARA O TRANSTORNO MENTAL NO DIREITO PENAL ATUAL?**

A lei da Reforma Psiquiátrica – lei nº 10.216/01 – é fruto do movimento antimanicomial que ganhou relevo no Brasil a partir da década de 1970, e representou significativa mudança de paradigma em relação ao tratamento conferido pelo direito às pessoas portadoras de transtorno mental, à medida em que substituiu a lógica hospitalocêntrica por medidas de tratamento inclusivas, visando possibilitar ao portador de transtorno mental maior participação social, inclusive e principalmente, em relação às decisões de sua própria vida. Esses avanços são sentidos de forma significativa com a redução de leitos hospitalares e a implementação de Centros de Atenção Psicossociais – CAPS. No entanto, é necessário destacar a dificuldade de adequação prática dos preceitos da Lei de Reforma Psiquiátrica à questão dos portadores de transtorno mental que praticam injustos penais.

A tendência do movimento antimanicomial é inclusiva e visa o tratamento do portador de transtorno mental como sujeito de direitos, não mais como objeto. Isso também fica claro com a proposta de abandono de termos como “doença mental”, “louco” e “loucura”, por exemplo, que estigmatizam o portador de transtorno mental, pois “a antipsiquiatria e o movimento antimanicomial demonstram como os rótulos, as significações e as práticas institucionais são fundados a partir da linguagem pela qual o sujeito é traduzido” (CARVALHO, 2015, p. 519). Para Carvalho, esses termos “expõem o que é encoberto nas práticas psiquiátricas e a mudança da linguagem constitui um importante passo na desconstrução da lógica manicomial”. Nota-se uma aproximação entre a antipsiquiatria e a criminologia crítica, conforme destaca Carvalho (2011, p. 224):

O principal ponto de convergência entre a criminologia crítica e a antipsiquiatria está no processo cultural de classificação de determinados tipos de comportamentos não usuais e as reações formais e informais produzidas contra seu autor. Desta forma, crime e loucura, como expressões de condutas desviantes, passam por idênticos processos de definição – produção da linguagem e dos conceitos jurídicos e médicos – e de resposta institucional.

Carvalho (2011, p. 224) destaca o pensamento de Aniyar de Castro no sentido de que o foco da antipsiquiatria são as doenças sem substrato biológico, ou seja, o que a sociedade classifica como doença mental, mas que muitas vezes são apenas comportamentos contrários aos padrões por ela criados. Há que se des-

membrar a ideia de loucura, separando a enfermidade que demanda a técnica psiquiátrica, e que é demonstrada por disfunções médicas, dos comportamentos contrários aos valores sociais, que muitas vezes são entendidos como loucura, o que fica claro em determinados momentos da história em que homossexuais, por exemplo, foram considerados loucos<sup>2</sup>. A mudança de pensamento refletida na cultura social acarreta também a despatologização de uma situação que, em verdade, jamais foi patológica. Excetuando-se os casos em que há uma disfunção comprovada pela medicina, existem pessoas consideradas loucas simplesmente por não se enquadrarem aos padrões sociais. De acordo com a crítica de Foucault, exposta acima, há que se considerar que a loucura é sempre enxergada a partir da ideia de razão que se tem, e o razoável não deixa de ser uma construção e repetição de padrão social.

O discurso penal de proteção a essas pessoas, no entanto, parece gerar uma inversão prática causando, em verdade, violações de direitos, como também já explicitado.

O pressuposto da medida de segurança, que é o tratamento de periculosidade até a sua cessação também é uma falácia conveniente ao sistema, uma vez que a periculosidade não passa de um juízo prognóstico e, como tal, impassível de certezas. Mais do que isso, a capacidade preditiva da periculosidade é baixa, o que se demonstra através do falso positivo: quando o sujeito tido como perigoso não volta a reincidir; e o falso negativo: quando mesmo afastada a periculosidade, o sujeito reincide. Há ainda, aqui, uma falaciosa ligação da prática do crime com o transtorno psíquico, como se o doente mental não pudesse praticar ilícitos não relacionados à sua doença, lembrando que não há prova que o doente mental tenha maior probabilidade de praticar um crime do que o sujeito sadio. Além disso, ao tentar prever uma conduta criminoso futura, a periculosidade atua para a estigmatização do sujeito, na contramão de um Direito Penal que deveria tender à ressocialização.

Ainda no ataque à periculosidade como eixo do trato do inimputável, Mattos (2015, p. 153) argumenta que a ideia de laudo psiquiátrico para comprovar a presença ou não de periculosidade mostra-se incompatível com a sociedade de risco:

---

<sup>2</sup> Sobre o tema: “O homossexualismo passou a existir na CID a partir da 6ª Revisão (1948), na Categoria 320 Personalidade Patológica, como um dos termos de inclusão da subcategoria 320.6 Desvio Sexual. Manteve-se assim a 7ª Revisão (1955), e na 8ª Revisão (1965) o homossexualismo saiu da categoria «Personalidade Patológica» ficou na categoria «Desvio e Transtornos Sexuais» (código 302), sendo que a sub-categoria específica passou a 302.0 - Homossexualismo. A 9ª Revisão (1975), atualmente em vigor, manteve o homossexualismo na mesma categoria e sub-categoria, porém, já levando em conta opiniões divergentes de escolas psiquiátricas “

A lei infraconstitucional denuncia, ao mesmo tempo, a noção de periculosidade como um conceito inoperável juridicamente, pois a exigência de um atestado qualquer, em forma de laudo de ausência de periculosidade, de que qualquer um de nós jamais representará risco para a sociedade é absurda. O risco é inerente à sociedade e não pode nunca ser eliminado.

Há que se destacar, ainda, o problema processual relativo à aplicação da Lei nº. 9.099/95 e a privação de determinados direitos aos portadores de transtorno mental. É o que se verifica, por exemplo, na prática recorrente nos Tribunais de inaplicabilidade dos institutos da referida lei em caso de agente inimputável<sup>3</sup>. Isso porque a suspensão condicional do processo requer a livre manifestação do condenado no sentido do compromisso no cumprimento das condições previstas, o que se entende impossível no caso do condenado inimputável. As medidas despenalizadoras atingem apenas os culpáveis, mas não os inculpáveis, incrementando a reação punitiva contra o doente mental, o que parece inverter a lógica da justificativa e necessidade da sanção.

Há, no entanto, sinais de racionalidade no trato da doença mental no sistema penal brasileiro. De acordo com o Código Penal, a medida de segurança, em suas duas modalidades – internação e tratamento – tem seu prazo condicionado à cessação da periculosidade. Os tribunais mitigaram a possível perpetuidade: apesar de o artigo 97 do Código Penal condicionar o fim da medida de segurança apenas à cessação de periculosidade, os Tribunais Superiores consolidaram que esse prazo também é limitado temporalmente. Para o Supremo Tribunal Federal, o limite da medida de segurança será de trinta anos, em analogia com a previsão do artigo 75 do Código Penal<sup>4</sup>, que veda o cumprimento de penas privativas de liberdade em período superior a tal prazo, regulamentando a vedação constitucional de pena de caráter perpétuo. Já o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 527 segundo a qual: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”. Possível concluir que a limitação temporal da medida de segurança, aliada à normativa da Lei Antimanicomial que vincula a internação aos casos em que insuficientes os recursos extra-hospitalares, diminuiu a centralidade do conceito de periculosidade. Com tais mudanças, a ideia de inclusão social do portador de

<sup>3</sup> No ARESP 759502 o STJ afasta a possibilidade de suspensão condicional do processo para inimputáveis. [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=75069508&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201501986836&data=20170829&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=75069508&tipo_documento=documento&num_registro=201501986836&data=20170829&formato=PDF)

<sup>4</sup> A Lei 13.964/19 alterou o limite do ar. 75 do Código Penal para 40 anos, mas por ser nova lei gravosa só será aplicada para fatos posteriores a 23 de janeiro de 2020, e ainda não teve repercussão nos tribunais.

transtorno mental remete a uma política de prevenção de manifestações violentas, e não mais de tratamento posterior a tais manifestações, que sempre provoca maior exclusão. Além disso, se a medida de segurança carrega limite máximo, a racionalidade penal se sobrepõe ao controle desenfreado da periculosidade.

Há ainda avanço sobre a escolha da medida adequada. A regra geral, nos termos do art. 97 do Código Penal é a aplicação de internação, cabendo tratamento ambulatorial se o injusto praticado for punível com detenção. Essa previsão é incompatível com a tendência antimanicomial, vez que nivela através da pena prevista em abstrato, e não considera as particularidades do agente portador de transtorno mental. A espécie de sanção penal deve ser adequada às necessidades do sentenciado, e não presumida pela espécie de pena prevista para o crime, como denuncia Duek Marques (1997, p. 10). O Superior Tribunal de Justiça acautou a crítica da doutrina e consolidou, em decisão da 3ª Seção, entendimento de que a medida deve ser sempre a mais adequada, não importando a espécie da pena<sup>5</sup>.

Apesar dos avanços, é difícil dizer que há um movimento gradativo de racionalização na disciplina penal dos doentes mentais. A Reforma Psiquiátrica alterou o panorama do tratamento das pessoas portadoras de transtorno mental no Brasil, mas a dificuldade de adequação dessa tendência ao Direito Penal pátrio revela uma prática em relação aos inimputáveis que se aproxima tanto de um Direito Penal de autor como de um Direito Penal de Inimigo (MATTOS, 2015, p. 156). O injusto praticado por um portador de transtorno mental serve apenas como um estopim para a sua internação e suposto tratamento, no qual se faz perceptível a redução de direitos a essas pessoas. Assim, pune-se o inimputável por ser quem é, e não pelo que fez, e sob o pretexto de tratamento de periculosidade são reduzidos os seus direitos e concretizada a inocuização:

A operação que faz a 'inclusão' manicomial, hospitalocêntrica, excludente em si, baseia-se na gravidade dos sintomas, tanto da doença quanto do fato definido como crime pelo doente praticado. Se a doença não é de possível remissão, se a periculosidade é também um estado 'incurável', o portador de sofrimento mental é o irrecuperável que deve ser 'incluído' para sempre. Incluído em um tipo de modelo que permita a exclusão para sempre (MATTOS, 2015, p. 161).

Diante do conflito entre Direito Penal e inimputabilidade por transtorno mental há correntes que apontam a inconstitucionalidade da medida de segurança e pretendem o tratamento penal do portador de transtorno mental como

<sup>5</sup> EREsp 998.128/MG.

se imputável fosse, ou seja, através do cumprimento de pena. Isso evitaria a desigualdade e a exclusão que hoje apontam para o Direito Penal do Inimigo e resolveria o problema da medida revestida de tratamento, mas que na prática demonstra ser apenas punição.

Não se parece, no entanto, a melhor saída. A aparente igualdade de tratamento com a exclusão da inimputabilidade é falaciosa vez que há necessidade de cuidados com a saúde do portador de transtorno mental que, se já não são devidamente observados durante a execução da medida de segurança, seriam legitimamente negligenciados em caso de cumprimento de pena. Além disso, faz-se necessário pontuar a atual situação precária do sistema carcerário: sucateado, superlotado, sem as condições mínimas de higiene e conforto aos apenados. Não é preciso muito esforço para perceber que esse sistema não está pronto para receber mais uma parcela da população, justamente a que necessita de cuidados.

Na tentativa de traçar uma saída possível, Mattos (2015, p. 153) destaca que se de um lado não se poderia apenar o portador de transtorno mental; de outro, as medidas de segurança são um “câncer de estimação” da sociedade, ao que se mostra plausível a proposta do movimento antimanicomial, mais voltada à prevenção da passagem ao ato pelo agente inimputável em detrimento do tratamento posterior ao injusto.

Quando se trata da possibilidade de compatibilização do transtorno mental com o Direito Penal não há resposta fácil, principalmente ao considerarmos que a tendência político-criminal atual em relação aos inimputáveis é muito próxima do que se entende por Direito Penal do Inimigo. Ainda que a Lei da Reforma Psiquiátrica tenha possibilitado inúmeros ganhos em relação ao tratamento do portador de transtorno mental no Brasil, a sua aplicação aos que praticam injustos penais ainda é tímida, barrada por um sistema excessivamente punitivista, que atua com base no medo da sociedade e sob a promessa da retribuição diante da prática de crimes. Dessa forma, aparentemente, a única maneira possível de adequação seria a adoção de uma política criminal garantista, com especial atenção aos portadores de transtorno mental. No entanto, dificilmente se poderia afirmar que esse seria o fim do problema, vez que o tratamento do inimputável no Direito possui raízes em uma dicotomia de ciências – Medicina e Direito – que não conversam entre si.

## CONCLUSÃO

A incompatibilidade entre loucura e direito penal pode ser verificada sob dois enfoques. De um lado, uma questão histórica e mesmo ideológica envolvendo a exclusão de pessoas que não se enquadravam na normalidade do grupo social.

De acordo com Foucault, essa segregação contou com o apoio da psiquiatria, que necessitava da patologização da loucura para transformá-la em seu objeto de análise enquanto ramo da medicina. De outro lado, a disfunção entre dogmática penal e loucura, verificada a partir do reconhecimento da necessidade de autodeterminação como condição central de aplicabilidade da teoria do crime, o que se verifica ao admitir como premissa o caráter preventivo da pena, e deveria impossibilitar a aplicação do direito penal ao inimputável, vez que este tem, por conceito, afastada a sua autodeterminação.

Essa dualidade traz consequências inadmissíveis pelo direito, como a estigmatização do portador de transtorno mental, a sua segregação social com base na controversa ideia de periculosidade e a aplicação do direito penal mesmo em desconformidade com a própria teoria do crime, acarretando prejuízo ao inimputável, que dificilmente poderá atuar efetivamente em sua autodefesa, tem reduzidos direitos e garantias de natureza penal e processual penal e depende da comprovação de cessação de periculosidade, prognóstico repleto de incertezas, para ver-se livre da medida de segurança. Nesse sentido, é inegável a aproximação ou identificação do tratamento conferido ao inimputável com o Direito Penal do Inimigo.

A aplicação de um Direito Penal do Inimigo não pode ser admitida em um Estado Democrático de Direito, que preza pela legalidade e dignidade humana. Ao suprimir direitos do inimputável e manter punição com base em prognóstico de periculosidade, o Direito Penal atua para a higienização social, afasta o diferente e indesejável do seio social, e ao mesmo tempo se afasta de sua legitimidade democrática, que é a punição pelo fato praticado, não por condições do autor. Além disso, há que se considerar a lei da Reforma Psiquiátrica, legislação mais recente e que prevê a tendência de desinstitucionalização e humanização do tratamento, foi recebida com aplauso e rápida eficácia no trato com portadores de doença mental que não praticaram injustos criminais, ao passo que em relação aos autores de ilícitos penais a regra ainda é o punitivismo disfarçado de tratamento e a cômoda inocuização do inimputável.

Dentre as soluções propostas, comum tentar justificar o tratamento igualitário entre imputáveis e inimputáveis com a imposição de pena para todos, e não mais medida de segurança ao inimputável. Essa alternativa não nos parece razoável, considerando-se haver necessidade de tratamento médico, o encarceramento após a prática de um injusto institucionalizaria um descaso que já existe na prática e seria prejudicial para o indivíduo e para a sociedade. Além disso, restaria ferida a isonomia, pois desiguais teriam o mesmo tratamento, apesar de gritante razão jurídica para um tratamento desigual.



A solução ora proposta é o reconhecimento de que o sistema penal é inadequado para o trato do inimputável, e, assim, reconhecida a inimputabilidade por doença mental, deveria ser extinto o processo penal e a questão seria resolvida na seara extrapenal, quer em um subsistema próprio, como ora ocorre com os inimputáveis pela menoridade, quer na seara cível, com a investigação sobre as carências de saúde do autor. O caminho correto ainda é incerto e pode ser construído, mas inquestionável que por razões políticas, constitucionais e dogmáticas a solução penal é inadequada.

## REFERÊNCIAS

- AMARANTO, Paulo. Loucos pela vida. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. *Por que Punir?* São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto, *et alli*. Dicionário de Política. 5. ed. Tradução de Carmem Varriale *et alli*. Brasília, Editora UNB, 2000.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARVALHO, Salo de. Reprovabilidade e Segregação: As rupturas provocadas pela antipsiquiatria nas ciências criminais. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (orgs.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- DIAS, Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- DUEK MARQUES, Oswaldo Henrique; PENTEADO. Jacques de Camargo. Nova proposta para aplicação da medida de segurança aos inimputáveis. *Boletim do IBCCRIM*, n. 58, p. 10, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica *et alli*. São Paulo: RT, 2014.
- FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na Idade clássica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GUARAGNI, Fábio André. *As Teorias da Conduta em Direito Penal*. São Paulo: RT, 2005.
- HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.
- JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JAKOBS, Günther. *La Pena Estatal: significado y finalidad*. Navarra: Civitas, 2006.
- JAKOBS, Günther. Derecho Penal del Inimigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. In: FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo; CANCIÓ MELIÁ, Manuel. *Teoría Funcional de la pena y de la culpabilidad*. Navarra: Civitas, 2008.



JAKOBS, Günther. Terroristas como personas em derecho?. In: CANCIO MELIA, Manuel; GOMEZ-JARA DIEZ (Coord.). *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. v. 2. Madrid: EDISOFER S.L., 2006.

LASCANO, Carlos Julio. La demonización del inimigo y la crítica al derecho penal del inimigo. In: CANCIO MELIA, Manuel; GOMEZ-JARA DIEZ (Coord.) *Derecho Penal del Inimigo*. v. 2. Buenos Aires: B de F, 2006.

LAURENTI, Ruy. Homossexualismo e classificação internacional de doenças. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 18., n. 5, 1984. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101984000500002>

LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Madrid: Dykinson, 1999.

LOMBROSO, Cesare. *O Homem Delinquente*. Tradução de Maristela Bleggi e Oscar Antônio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lens, 2001.

MADEIRA, Guilherme. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2019.

MATTOS, Virgílio de. *Crime e psiquiatria: uma saída – preliminares para a desconstrução da medida de segurança*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, mar./abr. 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O Inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Tratado de Derecho Penal*. t. III. Buenos Aires: Ediar, 1981

ZAFFARONI, Eugenio Raul *et alli*. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

## **REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: ANÁLISE A PARTIR DO LIBERALISMO RAWLSIANO**

### ***REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: ANALYSIS FROM RAWLSIAN LIBERALISM***

Vanessa Rocha Ferreira

Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Título Revalidado pela Universidade de Brasília (UNB) - com equivalência no Doutorado em Direitos Humanos e Cidadania. (Certificado de Reconhecimento nº 4406913). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ). Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Pós-Graduada em Advocacia Previdenciária pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Professora da Graduação e Pós-Graduação Lato e Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Coordenadora do Grupo de Pesquisa em “Trabalho Decente” (CESUPA/CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa “A Igualdade na Filosofia Política - o Liberalismo de Princípio” (UFPA/CNPq).

Versalhes Enos Nunes Ferreira

Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Integrante do grupo de pesquisa “Trabalho Decente” (CESUPA/CNPq) e da linha de pesquisa “Teorias da Justiça e Políticas Públicas: Fundamentação” (CESUPA/CNPq).

**Submetido em:** 05/09/2020

**Aprovado em:** 21/09/2020

**Resumo:** Texto que analisa a jusfundamentalidade do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, defendendo sua realização plena. Tem como referencial teórico o liberalismo igualitário de John Rawls, por entender ser a concepção político-filosófica que melhor se adequa à ideia de justa distribuição de direitos fundamentais sociais, justificando a possibilidade de sua concessão em patamar satisfatório a todos que necessitarem. Utilizando metodologia exploratória e de análise teórico-normativa, aplicada a técnica de pesquisa bibliográfica, discute-se o problema da pesquisa, qual seja, a possibilidade de concretização plena do direito à saúde. O estudo divide-se em quatro itens, sendo o primeiro esta introdução. O segundo, aborda a tutela da saúde na Constituição e na legislação infraconstitucional. O terceiro item trabalha com a teoria da justiça rawlsiana

como prisma teórico suficiente a embasar a efetivação deste direito sob viés individual. Por fim, apresenta-se as considerações finais do ensaio, para demonstrar que o liberalismo rawlsiano é um modelo teórico adequado para fundamentar, à luz da concepção contemporânea de justiça distributiva de Rawls, o entendimento de que a saúde é um direito de cada ser humano e, por isso, passível de ser efetivado pela via judicial.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; Efetivação; John Rawls; Justiça como equidade; Liberalismo igualitário.

**Abstract:** *Text that analyzes the jusfundamentality of the right to health in the Brazilian legal system, defending its full realization. It is based on the theoretical reference the egalitarian liberalism of John Rawls, for understanding to be the political-philosophical conception that best fits the idea of distribution of fundamental social rights, justifying the possibility of its concession in satisfactory level to all who need it. Using exploratory methodology and theoretical-normative analysis, applying the bibliographic research technique, discuss the research problem, which is, the possibility of full realization of the right to health. The study is divided into four items. The first being in this introduction. The second approaches the tutelage addresses the protection of health in the Constitution and in the infra-constitutional legislation. The third item works with a theory of chronic justice as a sufficient theoretical prism to support the realization of this right under its individuality. Finally, the essay's final considerations are presented, to demonstrate that Rawlsian liberalism is an adequate theoretical model to ground, in the light of Rawls' contemporary conception of distributive justice, to base the understanding that health is a right of every human being and, therefore, liable to be effected by judicial means.*

**Keywords:** *Right to health; Effectiveness; Justice as equity; John Rawls; Egalitarian liberalism.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A proteção do direito à saúde no ordenamento jurídico. 2. O liberalismo rawlsiano como concepção teórica suficiente para fundamentar a efetivação do direito à saúde. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) consagrou, através de suas normas, um elenco de direitos individuais e coletivos tendentes ao propósito de proteger e promover a dignidade da pessoa humana, elevada à categoria de fundamento da República, cabendo ao Estado Brasileiro, precipuamente, o dever de formular, implementar, executar e fiscalizar políticas públicas para efetivar os direitos fundamentais, afastando os obstáculos que impedem ou dificultam a sua esmerada implementação, no intuito de alcançar a igualdade material entre os cidadãos.

Como parte do processo de salvaguarda da dignidade humana, o constituinte incluiu no corpo da CRFB/88 o direito à saúde, prevendo-o como direito fundamental do cidadão, cabendo a distribuição deste bem jurídico ao Sistema Único de Saúde (SUS) que, foi desenhado para ser de acesso universal, integral e igualitário, recebendo a incumbência de estruturar todas as políticas de saúde de responsabilidade estatal, orientando-as e conformando-as aos ditames da CRFB/88, em especial, quanto ao caráter universal do sistema, que revela a pre-

missa de igualdade na concessão deste direito, devendo-o adaptar-se às peculiaridades regionais e diferenças sociais e econômicas entre a população.

A questão é que muitos dos direitos fundamentais inscritos na CRFB/88 não alcançaram realização à população, deixando em situação de frustração aqueles que depositaram confiança no Texto de 1988 que representou um marco zero na perspectiva de uma nova história. A falta de efetividade dos mandamentos constitucionais, notadamente aqueles instituidores dos direitos básicos, fragiliza a força normativa da Constituição e decorre, dentre outros fatores, da ausência de vontade política do Legislativo e Executivo, somado à existência de casos de desvio de recursos públicos e ineficiência na gestão.

Por consequência, a Constituição brasileira e seus princípios explícitos e implícitos ainda não se efetivaram para a maior parte da população, e o resultado disso é o fosso abissal que separa o texto escrito da vida real de cada cidadão, revelando que a ausência de implementação e concretização de seus comandos acaba repercutindo na vida de cada cidadão, não trazendo reflexo positivo para as pessoas. E, esse é o desafio principal da CRFB/88 e do próprio Estado Brasileiro, isto é, materializar os direitos, para todos.

Dentro desta conjuntura, o objeto da pesquisa é analisar o direito à saúde, visando apresentar um prisma teórico capaz de fundamentar sua realização, mediante a justiciabilidade, em caso de inobservância do dever estatal de fazer, consistente na distribuição satisfatória das políticas públicas de saúde, que devem beneficiar a todos os cidadãos. Efetivar o direito à saúde é proteger o fundamento dos direitos humanos, ou seja, a dignidade da pessoa humana (BRITO FILHO, 2015; COMPARATO, 1998).

Tomando por base o liberalismo igualitário, eixo teórico que postula argumentos e princípios orientadores para a ação política e para as instituições sociais, e que tem em John Rawls seu filósofo originário, em especial na sua obra “Uma teoria da justiça”, o ensaio buscará resposta ao problema da pesquisa consistente em responder se o liberalismo rawlsiano é uma teoria da justiça capaz de fundamentar a concretização plena do direito fundamental à saúde, a partir de um viés individual.

Metodologicamente, o estudo será uma análise teórico-normativa, utilizando-se doutrinas de Filosofia Política e Direito. Quanto à estrutura, o ensaio terá quatro itens. O primeiro é essa introdução. O segundo, trabalha com a tutela desse direito na CRFB/88 e na legislação extravagante. No terceiro item, a pesquisa estuda a teoria da justiça como equidade de Rawls, apresentando as concepções do filósofo à formação de uma sociedade livre e justa, explorando seu ideal de justiça alicerçado na distribuição satisfatória de bens primários a todos

os indivíduos. No último item são apresentadas as considerações finais que respondem o problema de pesquisa proposto.

## **1. A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Com a promulgação, em 05 de outubro de 1988, da atual Constituição Federal, a sociedade brasileira ingressou em uma “nova era”, surgindo, naquele momento de ruptura com o regime ilegítimo imposto pelos militares em 1964, um novo Estado, pautado em valores democráticos e orientado pela dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República brasileira e princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo.

A ideia de proteção a uma dignidade inerente à pessoa humana, acredita-se, tem nascedouro no elementar direito de todo e qualquer ser humano buscar seu próprio desenvolvimento, seu próprio florescimento individual, livre de quaisquer das espécies de violência, sendo dever do Estado tutelar e promover esta qualidade basilar, por meio da adequada distribuição de bens valiosos em sociedade. É ela que torna a pessoa merecedora de recursos necessários à sua realização como ser concreto, racional, individual e social.

Destaca Sarlet (2015) que a dignidade humana deve ser compreendida como um conceito de categoria axiológica aberta, logo, multidimensional e inclusivo, bem como, continuamente testado sempre que se analisa a relação entre direitos fundamentais e dignidade individual, posto que, é por meio desta dinâmica e recíproca correspondência que o conteúdo de ambos se tocam e se materializam, repercutindo suas consequências no mundo jurídico. Em simplórios termos, pode-se dizer que o conceito de dignidade humana implica, como desdobramento, na realização de direitos fundamentais.

Deste modo, tomando como pressuposto a concepção de que o ser humano é dotado de dignidade e, por conta disso, merecedor de direitos básicos indispensáveis a uma existência digna, e que toda a ordenação estatal tem como propósito inicial e final a distribuição de bens jurídicos para viabilizar esta vida digna, a saúde desponta como recurso essencial. No ordenamento jurídico brasileiro, convém mencionar, a realização de políticas públicas na área da saúde é tarefa do Estado, que por meio do SUS, unificou todas as políticas sanitárias, objetivando a realização de ações e serviços de saúde para todos, conforme determina a Constituição Federal.

No Brasil, a CRFB/88 foi a primeira a consagrar a saúde como um direito fundamental (MENDES, 2019), identificando como um direito de todos e um dever do Estado, prevendo-a em seus artigos 6º, 196 a 200. A saúde pública foi regulamen-

tada pela Lei 8.080/1990 (Lei orgânica da Saúde), Decreto 7.508/2011 (regulamenta a Lei 8.080/1990) e na Lei complementar 141/2012 (regulamenta o §3º do artigo 198, CRFB/88). Além desses, outros diplomas esparsos tratam da matéria.

Pois bem, o principal acesso público às ações e serviços de saúde ocorre através do SUS que, instituído pelo artigo 198 da CRFB/88, possui como objetivos reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde, tendo caráter descentralizado, integral e participativo, visa a promoção da saúde, assistência e tratamentos médicos gratuitos à toda população.

As ações e serviços do SUS, considerados de relevância pública pelo legislador, estão atrelados à própria condição de cidadania, isto é, independente de qualquer contribuição previdenciária, pagamento de tributos ou filantropia, o indivíduo deve ter garantido o acesso universal e integral ao sistema.

Ocké-Reis (2012) acentua que o modelo redistributivo que o SUS representa, inspirou-se nas premissas igualitaristas do Estado de Bem-Estar Social europeu, e visa, em particular, enfrentar a pobreza e a desigualdade social, todavia, seu histórico de subfinanciamento impede a expansão satisfatória da oferta dos serviços e das ações de saúde.

Quanto ao financiamento das políticas públicas na área de saúde, este decorre dos recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes de custeio. Frise-se que, a Emenda Constitucional 95/2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal, congelou os investimentos em saúde de 2018 até 2036, consoante dispõe o artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, que autoriza apenas reajustes inflacionários no orçamento da pasta, afastando aumentos reais, o que desvincula tal investimento da produção da riqueza do país, acabando por desconsiderar, também, o natural crescimento demográfico do país<sup>1</sup>.

Outrossim, quanto à competência para a distribuição das políticas públicas de saúde, convém referenciar a existência de competência comum administrativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do artigo 23, inciso II, da CRFB/1988, para formular e executar as ações e serviços de saúde, bem como, competência concorrente da União, Estados e Municípios para legislar sobre proteção e defesa da saúde, *ex vi* dos artigos 24, inciso XII e 30, inciso II. Desta forma, todos os entes políticos são, solidariamente, responsáveis pela garantia do direito à saúde.

<sup>1</sup> A respeito dessa discussão, sugere-se leitura de: FERREIRA, Versalhes Enos Nunes; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direito à saúde e novo regime fiscal: desafio à justa distribuição. In: TEIXEIRA, Eliana Franco & FERREIRA, Vanessa Rocha (Orgs.). *A crise da proteção social no Brasil: a igualdade na filosofia política contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 83 – 112.

Em adendo, frise-se que o Supremo Tribunal Federal, analisando o Tema 793 da sistemática da repercussão geral (responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde), por intermédio do RE 855.178 ED/SE, julgado em 23 de maio de 2019, de relatoria do ministro Luiz Fux, fixou entendimento no sentido de que o direito à saúde é de responsabilidade solidária de todos os entes federados, o que permite que em demandas judiciais, qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente, figure no pólo passivo, competindo à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Em continuidade, o artigo 198 da CRFB/88 estabelece que as ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com diretrizes e preceitos constitucionais. Contempla-se, aqui, a política de descentralização do SUS. Rede regionalizada significa repartir a organização do sistema a partir de circunscrições regionais. E, a hierarquização da rede de saúde indica um escalonamento da prestação dos serviços a partir de sua complexidade, com vistas à racionalização do sistema e emprego otimizado dos recursos, daí existindo as redes de atenção básica, de atenção de média e alta complexidade (ROCHA, 2011).

Ressalte-se que a organização do SUS guia-se por três diretrizes, quais sejam, descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (artigo 198, I a III, CRFB/88 e artigo 7º, II, VIII e IX, Lei 8.080/90). Elas norteiam as ações e serviços de saúde, tanto promocionais, como de prevenção, cura e reabilitação pessoal, a serem prestados por órgãos e instituições públicas das três esferas governamentais, assim como, na administração direta e indireta, e nas fundações mantidas pelo Estado (OLIVEIRA, 2015).

A descentralização traduz-se na repartição de responsabilidades das ações e serviços de saúde entre os entes federativos, propiciando a transferência de poderes de gestão do SUS para os Estados e, em especial, para os Municípios, cabendo a estes receber cooperação técnica e financeira da União e dos Estados para realizarem suas atribuições (ROCHA, 2011). Esta diretriz tem, assim, como propósito, realçar a valorização da esfera local como unidade privilegiada de gestão das políticas públicas sanitárias (OLIVEIRA, 2015). O propósito é a prestação de serviços com maior qualidade e garantia do controle e fiscalização pela população.

A integralidade significa que a rede pública de atendimento à saúde deve ser completa, pelo menos, em termos assistenciais. Os serviços e ações que são ofertados à população foram ampliados, o que equivale a dizer que o conteúdo do



direito à saúde constitucionalmente assegurado compreende todas as dimensões de eficácia típicas dos direitos fundamentais, impondo-se ao Estado os deveres de respeito, proteção e promoção suficientes ao resguardo da saúde das pessoas (PIVETTA, 2014).

Barcellos (2014) aduz que a integralidade, por conta da jurisprudência, passou a significar o direito de acesso a todos os medicamentos ou procedimentos médico-hospitalares necessários para preservar ou melhorar a qualidade de vida do paciente. Caso esses medicamentos não sejam fornecidos pelo Estado, o interessado poderá exigir por meio de demanda judicial, que seja determinado o custeio ou a entrega do procedimento ou fármaco, vez que a saúde é indissociável do direito à vida, logo, a negativa reveste-se de violação ao próprio direito à vida e à dignidade humana, não podendo questões orçamentárias e de organização do SUS se sobreporem a este bem fundamental.

Sobre esse tema, defende Ferreira (2019) que os direitos básicos, como o direito à vida e à saúde, e a tutela da dignidade humana enquanto qualidade intrínseca de todo ser humano, devem sempre prevalecer sobre os demais direitos, ditos, de cunho material, conquanto caracterizam-se como indispensáveis ao cidadão. A essencialidade desses bens jurídicos decorre do fato de que sem eles as liberdades públicas transformam-se em promessas vazias, sem resultados efetivos para a vida das pessoas. Esses recursos integram o mínimo existencial, motivo pelo qual sua concessão não pode ser obstaculizada por argumentos como a reserva do possível, eis que compõem a parcela de bens que viabilizam um viver digno.

Em continuidade, a última diretriz, de participação da comunidade, representa um anseio do constituinte, concernente em democratizar os serviços e as decisões em relação à saúde. Esta diretiva visa assegurar o controle social sobre o SUS, permitindo que a sociedade possa participar, identificando problemas, encaminhando soluções, fiscalizando e avaliando as ações e os serviços ofertados (PAIM, 2009). De maneira breve, essas são as principais características do SUS, as quais convergem à realização da norma de que todos os indivíduos têm direito à manutenção e recuperação de sua higidez física e mental.

O SUS, por determinação constitucional e infraconstitucional, possui uma série de atribuições que vão desde prestar assistência aos cidadãos nacionais e estrangeiros, mediante ações e serviços relativos à promoção, proteção e recuperação da saúde, objetivando, ainda, formular política de medicamentos, promover o desenvolvimento científico e tecnológico, fiscalizar e inspecionar alimentos, dentre outras atribuições inseridas na CRFB/88 (artigo 200, I a VIII) e na Lei 8.080/90 (artigos 5º, I a III e 6º, I a XI).



Ademais, não apenas por determinação legal o Estado brasileiro está obrigado à adoção de medidas que assegurem o pleno exercício do direito à saúde, mas também, por ratificar diplomas internacionais tratativos desse direito, *v.g.*, Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagrou que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive, devendo ter assegurado os cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. Deste modo, reconheceu-se que a saúde é um direito inalienável de toda e qualquer pessoa e um valor social a ser perseguido por toda a humanidade, cabendo, assim, à saúde pública o desiderato de garantir à população as condições para uma vida saudável, viabilizando a conquista de um bem-estar físico, mental e social.

Outrossim, apesar deste arcabouço protetivo, nacional e internacional, o Brasil ainda convive com um *deficit* social no campo da saúde pública, com distribuição insatisfatória das ações e serviços médicos à população, acabando por resultar em violações a este direito, sobretudo nos atendimentos e procedimentos especializados, de alta complexidade, ou mesmo, na própria ausência de serviços, submetendo cidadãos a situações aviltantes, em afronta à dignidade humana, aos mandamentos constitucionais e aos tratados ratificados. Assim, subsiste um afastamento entre a realidade da população e o ideal constitucional. A saúde pública carece de atenção, financiamento e gestão.

Garantir a efetividade do direito à saúde traz, como consequência, não apenas a salvaguarda da dignidade, como também reduz a desigualdade social, um dos objetivos expressos na CRFB/88. A intervenção do Poder Judiciário, quando provocado em sede de demanda individual, notoriamente em contexto de omissão na implementação de políticas públicas previstas e determinadas no texto constitucional, objetiva, precipuamente, neutralizar os efeitos lesivos e perversos que, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição assegura à generalidade das pessoas.

## **2. O LIBERALISMO RAWLSIANO COMO CONCEPÇÃO TEÓRICA SUFICIENTE PARA FUNDAMENTAR A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

A realidade brasileira, no que concerne à distribuição das políticas públicas de saúde, ainda apresenta um quadro de ineficácia, em especial nas localidades mais longínquas do país, que muitas vezes não dispõem de especialidades médi-

cas básicas, de hospital próprio, denotando a assente desigualdade social que aflige a população, principalmente para aqueles que não dispõem de recursos financeiros para custear um plano de saúde. Por isso, o estudo se revela necessário, por expor uma concepção teórica no campo da Filosofia Política contemporânea para a tutela do direito à saúde, alicerçando-a no pensamento de John Rawls, um dos filósofos mais influentes do século XX.

Em 1971, Rawls publicou a obra 'Uma teoria da justiça', fornecendo à comunidade uma fundamentação teórica para o conceito de justiça que, até aquele momento, era lido, unicamente, a partir da distribuição de direitos de liberdade aos integrantes da sociedade, tendo inspiração na corrente filosófica do utilitarismo, defendida por Jeremy Bentham e John Stuart Mill.

A ideia utilitarista basilar consiste em defender que as ações moralmente justas, serão aquelas que tenderem a promover a maior felicidade para o maior número de pessoas, e serão injustas se tenderem a produzir o reverso da felicidade, ou seja, a dor. Ocorre que, a maior felicidade para o maior número de pessoas é uma linha argumentativa que não respeita o ser individualmente considerado. Por isso, Sandel (2014, p. 51) a critica, dizendo que o utilitarismo é uma corrente que “pode ser muito cruel com o indivíduo isolado”.

Justamente pelo fato de a concepção de justiça utilitarista permitir a exclusão de um determinado grupo de pessoas é que Rawls (2002) dirige-se contra ela, por entender não ser justa o suficiente para reger uma adequada distribuição de bens. O filósofo assevera: “Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar” (RAWLS, 2002, p. 04). Inclusive, a própria sociedade deve proteger os indivíduos, até mesmo contra os interesses maiores dessa própria sociedade (FLEISCHACKER, 2006). Rawls inseriu o indivíduo em posição de supremacia em sua teoria, buscando resguardar, para cada pessoa, um mínimo de bens indispensáveis, essenciais, capazes de proteger sua dignidade, ofertando, deste modo, importância à individualidade humana.

Rawls, um liberal, ao lançar sua obra, rompeu com o próprio liberalismo clássico ao incluir a igualdade como ideal político apto a reger a distribuição de bens valiosos entre todos os integrantes da sociedade. Deste modo, ao inserir a igualdade como princípio fundamental da justiça, ao lado da liberdade, defendendo a conjugação desse binômio principiológico como sustentáculo e vetor para a estrutura social e para as decisões políticas e legislativas a serem adotadas, o autor dividiu o liberalismo em dois. Em uma vertente, tem-se o liberalismo igualitário ou de princípios, que entende que a distribuição de direitos deve levar em conta os ideais da liberdade e da igualdade; em outra vertente, tem-se o liber-

tarianismo, defendendo que a distribuição deve considerar apenas o ideal político da liberdade (BRITO FILHO, 2018).

Assim, Rawls defende que as instituições sociais devem distribuir direitos para todos os membros da sociedade baseando-se em dois princípios, quais sejam, liberdade e igualdade. E, com isso, reacendeu a discussão sobre o ideal de uma sociedade justa de cidadãos livres e iguais, ofertando importância à questão da justiça social e da autonomia plena dos indivíduos para que possam dar curso aos seus projetos de vida. É por esse motivo que Werle (2015, p. 265) aduz que, em Rawls, “a autonomia dos indivíduos não pode ser violada por considerações coletivas de bem-estar social, do bem comum ou outro fim coletivo”.

É por isso que o objetivo da justiça na filosofia rawlsiana é assegurar as condições sociais, políticas e jurídicas indispensáveis ao exercício da autonomia dos cidadãos considerados pessoas morais livres e iguais. E, é exatamente aqui, ao assegurar o indispensável à uma existência digna, que a teoria de Rawls encontra um elo com a ideia de mínimo existencial, externalizada nos direitos sociais como as condições básicas para o ser humano ter sua dignidade protegida e ficar em estado de buscar seus próprios objetivos pessoais. Neste rol, bens jurídicos como saúde, educação, moradia, trabalho, despontam como elementos imprescindíveis na caminhada de cada pessoa.

Barcellos (2007) assevera que Rawls apresenta a ideia de mínimo existencial em sua obra, não com esta nomenclatura, e sim, como mínimo social; e mais, é um pressuposto lógico de sua construção teórica. Afirma a supracitada autora que a garantia de que cada pessoa disponha de um conjunto mínimo de condições materiais revela-se pressuposto essencial para que o procedimento decidido pelos indivíduos representativos no estado original seja verdadeiramente equitativo. Em inexistindo esse pressuposto, diz ela, o processo deixaria de ser equitativo e a lógica procedimental seria arruinada.

Pois bem. É preciso compreender, sinteticamente, como a Teoria foi pensada. O filósofo propôs uma concepção de justiça, que chamou de justiça como equidade, e, de acordo com ela, os princípios de justiça mais razoáveis seriam aqueles que fossem objeto de um acordo mútuo entre pessoas em condições equitativas. Assim, a justiça como equidade parte da ideia de um contrato social e, os princípios escolhidos nesta situação afirmam uma concepção liberal ampla de direitos e liberdades básicas a serem distribuídos para todos, apenas admitindo desigualdades de renda e riqueza que sejam vantajosas para os menos favorecidos em sociedade. Este é, em linhas gerais, o contexto de sua obra.

Rawls (2002) começa descrevendo a justiça como a primeira virtude das instituições sociais. A ideia é estabelecer um vínculo necessário entre a justiça e

a estrutura básica de uma sociedade democrática. Logo, busca-se fornecer uma base pública de justificação para acordos políticos, entre os próprios cidadãos, sobre as questões políticas fundamentais que dizem respeito aos seus direitos e deveres recíprocos como integrantes plenos de uma comunidade política e à distribuição dos benefícios e encargos resultantes da cooperação social voltada para vantagens mútuas de todos.

É neste sentido, assevera Másera (2016), que o filósofo buscará descobrir quais os princípios de justiça que seriam mais defensáveis, visando regular a estrutura básica da sociedade, servindo como normas fundamentais para as principais instituições como a Constituição e a distribuição dos poderes do Estado, o sistema econômico, o direito de propriedade e a família. E mais, desenvolvendo sua teoria com elementos da tradição do contrato social de Hobbes, Locke, Rousseau e com as linhas filosóficas de Immanuel Kant.

Para chegar aos princípios de justiça, e aos desdobramentos inerentes a eles, Rawls parte da ideia da posição original, que consiste em uma situação hipotética, em uma abstração, na qual os negociadores dos princípios de justiça, ou seja, os indivíduos representativos da sociedade, possuem uma sabedoria geral e uma ignorância particular. A posição original é, assim, o marco inicial de igualdade, um estado de natureza pré-estatal que seria a única possibilidade de se encontrar e de se formular os princípios básicos, capazes de ordenar a estrutura básica de uma sociedade nos moldes pensados por Rawls.

A fim de garantir a imparcialidade na escolha dos princípios, Rawls (2002) adiciona o que chamou de véu da ignorância, objetivando que os indivíduos não tenham conhecimento algum de fatos particulares, referentes a eles próprios e aos outros. Assim, não saberão sua posição social, se serão talentosos ou não, se terão grau de escolaridade, se professarão alguma crença, dentre outros fatores. A finalidade de usar o véu da ignorância é eliminar qualquer possibilidade de os participantes protegerem seus próprios interesses à custa dos interesses alheios. Assim, como não sabem a posição que ocuparão na sociedade, não escolherão algo ruim para outrem porque o efeito pode recair sobre a própria pessoa que fez a escolha, na medida em que ela pode estar na situação afetada, em situação de opressão. Os contratantes terão, então, de alcançar um conceito honesto de justiça, que beneficie a todos, em qualquer situação, articulado em torno de princípios de justiça.

Complementando, Cittadino (2013) defende que o véu da ignorância representa a necessidade das partes estarem privadas da razão prática, ficando separadas de suas próprias personalidades, contingências históricas e concepções acerca da vida digna, constituindo-se, assim, na mais fundamental garantia da imparcialidade da concepção política de justiça proposta por Rawls.

Então, em uma posição original e utilizando o véu da ignorância, os contratantes escolheriam dois princípios de justiça, quais sejam, liberdade e igualdade (BRITO FILHO, 2015). E, seriam realizados numa ordem serial ou lexical, isto é, distribuem-se direitos de liberdade para, só então, distribuir-se direitos de igualdade. Rawls (2002) quer assegurar que todas as pessoas recebam e usufruam da liberdade. Feito isso, passar-se-á aos direitos de igualdade, envolvendo bens primários ou materiais.

Pelo primeiro princípio, cada pessoa deve ter uma liberdade máxima, cada pessoa terá seu próprio nicho de liberdade e não terá maior liberdade que outrem, pois, esta deverá ser distribuída para a generalidade dos indivíduos. O princípio da liberdade não pode, razoavelmente, exigir a oferta incondicional da liberdade total a todos, sob pena de se ver nascer uma anarquia. A liberdade que cada um receberá deve ser contida pela necessidade de proteger a liberdade dos demais membros da sociedade. Ou seja, somente limitar-se-á a liberdade para proteger o sistema geral de liberdade de todos.

Brito Filho (2015) assevera que o segundo princípio de justiça, o da igualdade, é formado por outros dois princípios: igualdade equitativa de oportunidades e diferença. E, vem com o desiderato de cuidar dos menos beneficiados pela loteria social, pregando uma distribuição equânime de renda e riqueza, direitos e deveres. É neste princípio que reside o desafio da justiça distributiva, diz Oliveira (2003). Aqui, a diferença vai amenizar a desigualdade e será fundamental para a justificação e a implementação de uma justiça distributiva que refere maiores investimentos em pessoas que vivem nas camadas mais pobres da sociedade. Por isso, os negociadores rejeitarão sistemas de distribuição discriminatórios e consentirão em estabelecer um princípio de distribuição absolutamente igual a todos, sem discriminações, sem exclusões.

O cerne do princípio da diferença está na justificação à proteção dos direitos humanos, do acesso dos pobres à Justiça, da implementação, para todos, dos serviços de saúde, educação, moradia, como também, fundamentando que todos esses direitos sejam distribuídos às expensas do Estado, a partir de recursos arrecadados da tributação, que deve ser suficiente ao cumprimento das tarefas estatais. O princípio da diferença, na prática, é o princípio de cuidar dos menos beneficiados pela loteria social, dos menos favorecidos, ou seja, introjeta a ideia de que desigualdades imerecidas devem ser compensadas para viabilizar a que todos consigam escolher, perseguir e realizar seus projetos de vida.

Quanto à posição equitativa de oportunidades, ela pode ser entendida como um conjunto de condições materiais mínimas que o filósofo reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença, mas também do princípio

da liberdade, uma vez que a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização pelas pessoas das liberdades que a ordem jurídica lhes assegura (BARCELLOS, 2007).

Note-se que os princípios de justiça estão, na teoria de Rawls, atrelados à ideia de bens primários. Para Brito Filho (2015), ofertando interpretação à teoria rawlsiana, tais bens podem ser representados pelos direitos fundamentais, que são os definidos como indispensáveis para todas as pessoas, independentemente de seus planos de vida, cabendo a tarefa de transferência desses direitos essenciais ao Estado. Assim, o que Rawls defende é que o Estado é responsável por conceder a todos os indivíduos todos os direitos definidos como fundamentais, pois, eles representam os bens primários que a sociedade elegeu como indispensáveis para o cumprimento de qualquer plano de vida (BRITO FILHO, 2018). No Brasil, a sociedade escolheu seus bens primários em 1988, elegendo alguns direitos individuais e coletivos como fundamentais.

A teoria da justiça como equidade de Rawls constrói um modelo de justiça distributiva que pode ser sintetizado no reconhecimento, segundo Fleischacker (2006), de que alguma distribuição de recursos valiosos ou direitos é devida a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos. Desta forma, cada pessoa é merecedora de direitos básicos, essenciais à sua sobrevivência digna e o responsável por essa distribuição é, principalmente, o Estado.

O objetivo primordial de Rawls é que a partir dos princípios de justiça, seja garantido a todos o acesso inicial mínimo, proporcionalmente e equitativamente justo e suficiente aos bens primários, ou melhor, aos direitos fundamentais, se trouxermos sua teoria da justiça para a nossa realidade. O intento, repita-se, é que a sociedade consiga garantir que ninguém fique abaixo da linha mínima de justiça, a partir da qual a ordem política torna-se injusta. E, o direito à saúde, enquanto bem humano fundamental, deve ser assegurado pelo Estado aos cidadãos, permitindo que cada indivíduo fique em condições de buscar seus próprios projetos de vida.

Todavia, se Executivo e Legislativo quedarem inertes no seu dever constitucional de efetivar o direito à saúde à população, ou seja, se deixam de cumprir sua tarefa de assegurar a satisfação de determinadas necessidades fundamentais, tais como aquelas que se reportam à educação, saúde, moradia, é direito subjetivo do indivíduo pleitear a realização de seu direito fundamental junto ao Poder Judiciário, espaço democrático que se torna a última trincheira de proteção da cidadania plena, em pura obediência às normas da Constituição. O Estado deve cingir-se em assegurar um ambiente de segurança e de respeito mútuo no qual cada pessoa possa viver suas crenças e fazer suas próprias escolhas, cabendo à jurisdição a defesa dos direitos fundamentais e colaborando para o processo

social. Cada indivíduo deve receber as condições necessárias para viver sua própria vida e fazer suas próprias escolhas.

Em situações excepcionais, o Judiciário pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos, como é o caso da saúde, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, porquanto não se cuida de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro, na medida em que se trata da preservação da dignidade, sendo dever do Estado prover os direitos fundamentais, nos termos do disposto nos artigos 6º e 1º, III da CRFB/88. A judicialização, no campo dos direitos fundamentais sociais, advém da falta de efetividade dos preceitos legais, de não realização, no mundo dos fatos, do Direito e de sua função social.

Evidentemente que, o reconhecimento de um direito subjetivo individual a prestações na área da saúde é tema cercado de controvérsias ainda nos dias de hoje, a pretensa titularidade universal advinda da fundamentalidade deste direito, conquanto ligado à dignidade humana e à vida, decorre da própria Constituição e da condição de ser a saúde um bem essencial à vida humana. Não se está aqui defendendo uma absoluta possibilidade de pleitear todo e qualquer serviço, mas apenas o *quantum* necessário à preservação de uma vida com dignidade.

Tanto que o STF, no RE 657.718 AgR, decidiu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), salvo em casos excepcionais. A decisão foi tomada em 22 de maio de 2019, por maioria de votos, no julgamento do tema de Repercussão Geral no referenciado Recurso Extraordinário (Tema 500), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, tendo como redator para o Acórdão o Ministro Luis Roberto Barroso.

O Plenário da Corte, por maioria de votos, fixou tese para efeito de aplicação da repercussão geral dizendo, em síntese: 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; 2) A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil; e, 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser necessariamente propostas em face da União.



O referido julgamento deixou em perspectiva a existência de parâmetros que deverão ser observados no tocante à judicialização da saúde, sem afastar a possibilidade do indivíduo provocar o Judiciário na ocorrência de ausência ou insuficiência de ações e serviços de saúde não efetivados pelo poder público. Até mesmo porque, se a prestação estatal nesta seara fosse eficiente e proba não haveria necessidade de se recorrer à jurisdição para ver atendidas as demandas de saúde da população. O direito à saúde é, em regra, bem de titularidade coletiva, todavia, a titularidade individual, exigível judicialmente, exsurge quando se verifica que as prestações de responsabilidade do Estado são insuficientes para resguardar o básico em saúde e ter uma vida digna.

Portanto, garantir a efetividade do direito à saúde traz, como decorrência, não apenas a salvaguarda da dignidade, como também reduz a desigualdade social, um dos objetivos expressos na CRFB/88. A intervenção do Judiciário, quando provocado em sede de demanda individual, notoriamente em contexto de omissão na implementação de políticas públicas previstas e determinadas no Texto Constitucional, objetiva, precipuamente, proteger o cidadão, deixando-o em condições de realizar seu projeto de vida.

Todo e qualquer ser humano deve e merece receber prestações de saúde, na exata medida de suas necessidades, porque este bem jurídico é um direito fundamental que assiste a todas as pessoas, ademais, é um direito indissociável do direito à vida. Por conseguinte, distribuir direitos fundamentais para a generalidade dos indivíduos é premissa básica do moderno conceito de justiça distributiva que, tem na teoria da justiça de John Rawls sua formulação mais completa.

## **CONCLUSÃO**

A presente pesquisa teve como objeto de estudo analisar a possibilidade de se defender a efetivação plena do direito à saúde, por se tratar de um direito fundamental indissociável do direito à vida, inafastável da proteção da dignidade humana, a partir de uma concepção específica de justiça, o liberalismo igualitário de John Rawls, capaz de ser compatibilizada com o ordenamento jurídico vigente.

A constitucionalização da saúde, com inserção no catálogo de direitos fundamentais, pelo constituinte de 1988, acarretou-lhe lugar no rol daquilo que se convencionou chamar de mínimo existencial, parcela de bens jurídicos essenciais à uma vida digna, motivo pelo qual tornou-se dever do Poder Público enveredar esforços no sentido de realizá-lo, satisfatoriamente, alcançando a todos. Frisando-se que os interesses primordiais da sociedade estão inscritos na CRFB/88, e merecem consideração e respeito dos Poderes constituídos.



A Carta de 1988, ao prever os direitos fundamentais, consagrou-os de maneira plena, para todos os cidadãos, sem apontar limitações ou restrições, exatamente por entender se tratar de direitos indispensáveis e que, por isso, não podem ser negados pelo Poder Público, na medida em que inexistem discricionariedade neste dever; a efetivação da saúde pública resguarda o respeito à dignidade, tanto no prisma individual, quanto no coletivo, fazendo parte do mínimo necessário à uma existência decente (FERREIRA, 2019).

A realidade, porém, denota que as políticas públicas de saúde não alcançam a todos, deixando em situação de vulnerabilidade uma parcela da população que, simplesmente, não são acobertados pelo SUS. Os poderes Legislativo e Executivo, ao que se depreende, não ofertam a devida prioridade à concretização dos direitos fundamentais, em regra, alegando ausência de orçamento e usando a cláusula da reserva do possível como justificativa para decisões restritivas. Ora, o Estado deve ser integralmente responsável pelo que foi definido pelo constituinte como essencial. É sua tarefa distribuir os direitos básicos entre todos os integrantes da sociedade. É seu dever, em última instância, colocar os direitos fundamentais como verdadeiros objetivos de sua existência.

A realização plena do direito à saúde continua a ser um dos maiores desafios da República e um sensível obstáculo à consolidação da democracia brasileira. Esta foi a inquietação que despertou a necessidade de se buscar na filosofia política contemporânea uma resposta para esta questão que afeta a dignidade de uma parte da população brasileira.

E, a teoria da justiça como equidade de Rawls consegue ofertar uma fundamentação densa para se concretizar este direito humano, partindo do pressuposto de que a distribuição de bens valiosos entre os integrantes do corpo social, dentre os quais, o direito à saúde, deve beneficiar e alcançar todas as pessoas, levando em consideração o fato de ser um direito indispensável, básico para o cidadão viver com dignidade e usufruir de um bem-estar. O intuito em trazer John Rawls à discussão é mostrar que sua teoria funciona como protetora dos direitos fundamentais, seja por conjugar dois ideais políticos valorosos (liberdade e igualdade), seja por denotar preocupação com os mais desfavorecidos socialmente.

Desta forma, a concessão, aos cidadãos, de bens primários ou direitos fundamentais atende à ideia de justiça que melhor fundamenta uma visão completa de direitos humanos e, por desdobramento, de concretização de direitos componentes do mínimo social ou existencial, que encontram nos direitos prestacionais sociais sua versão fática, material. A garantia de condições materiais mínimas aos indivíduos para que possam, autonomamente, perseguir seus planos de vida e usufruir de uma vida digna é pressuposto basilar para se alcançar o desenvol-

vimento social, a cidadania plena, que despontam como objetivos do país. Rawls defende, em síntese, uma vida melhor aos membros da sociedade, e se consegue isso através de uma distribuição de liberdades e de bens materiais, privilegiando os vulneráveis socialmente.

O cerne da existência do Estado, reitera-se, justifica-se em função da pessoa humana, motivo pelo qual o direito fundamental à saúde, em face de todo o exposto, revela-se um direito subjetivo àqueles que, em virtude de situações de vulnerabilidade social, não podem, por suas próprias vias, implementá-lo plenamente, sendo permitido, com amparo no ideal de justiça outrora defendido, exigir judicialmente o bem, obrigando o Estado a efetivá-lo, resguardando, assim, sua dignidade.

A pesquisa, deste modo, demonstrou a possibilidade da justiciabilidade do direito à saúde, como meio de realizá-lo plenamente, tomando por base a sensível inércia dos poderes Executivo e Legislativo em relação à temática deste direito essencial, sendo que a atuação do Judiciário deve pautar-se na busca da promoção dos direitos fundamentais, considerando ser o espaço último para sua plena concretização entre os cidadãos.

Neste aspecto, a concepção liberal igualitária mostra-se capaz de fundamentar a efetivação plena do direito à saúde, a partir de um viés individual, posto tratar-se de um direito subjetivo, notadamente pelo fato de que a saúde é, em si, uma necessidade concreta da pessoa individualmente considerada, e sua realização é capaz de contribuir na proteção da dignidade humana, colaborando para a construção de um país mais justo e igual. Rawls acredita no indivíduo e no seu valor, e defende que cada pessoa, ao receber um mínimo de direitos básicos, possa seguir, autonomamente, o seu caminho e conquistar a sua felicidade, a partir da realização de seus projetos de vida.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 97-135.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à saúde nos 25 anos da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 159-182.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)*. Vade Mecum Saraiva. 25. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 (ADCT)*. Vade Mecum Saraiva. 25. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Emenda constitucional 95, de 15 de dezembro de 2016 (EC 95/16)*. Vade Mecum Saraiva. 25. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Lei complementar 141, de 13 de janeiro de 2012*. Vade Mecum Saraiva. 25. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Lei federal 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Vade Mecum Saraiva. 25. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Decreto 7.508, de 28 de junho de 2011*. Vade Mecum Saraiva. 25. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 657718 AgR/MG - Minas Gerais. Repercussão Geral (Tema 500)*. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator(a) p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso. Julgado em 22/05/2019. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 14 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 855178 ED/SE*, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Red. p/o ac. Min. EDSON FACHIN, julgado em 23/05/2019, Processo eletrônico Repercussão geral/MÉRITO (Tema 793). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2015.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Tributação, direitos fundamentais e liberalismo igualitário. In: KZAN NETO, Calilo Jorge; SILVA, Maria Stela Campos da; NEVES, Rafaela Teixeira Sena (Orgs). *Tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 15-29.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva – Elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. In: MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete (Coords.). *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998. p. 53-74.

FERREIRA, Vanessa Rocha. *Direito fundamental à saúde: uma análise do posicionamento do STF à luz do liberalismo de princípios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes. Coleção justiça e direito, 2006.

MÁSERA, Marcos Alexandre. *Estado de direito e justiça distributiva em John Rawls*. 1. ed. – Curitiba: Editora Prismas, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. *SUS: o desafio de ser único*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2012.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direito fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juruá, 2015.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

PAIM, Jairnilson Silva. *O que é o SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. - São Paulo: Martins Fontes. Coleção justiça e direito, 2002.

ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução 16. ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

WERLE, Denilson Luis. O liberalismo contemporâneo e seus críticos. In: RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rúrion; FRATESCHI, Yara (Coords.). *Manual de filosofia política: para os cursos de Teoria do Estado & Ciência Política, Filosofia e Ciências Sociais*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 259 -284.

## **LIBERDADE DE AUTODETERMINAÇÃO: UM PANORAMA DA EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO À LUZ DE IMMANUEL KANT**

### ***FREEDOM OF SELF-DETERMINATION: A PANORAMA OF EUTHANASIA IN BRAZILIAN LAW IN THE LIGHT OF IMMANUEL KANT***

Beatriz Pereira Junqueira

Advogada (OAB/SP n° 445688). Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP - Jacarezinho/PR (Área de Concentração: Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão. Linha de Pesquisa: Função Política do Direito). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Toledo - UniToledo - Araçatuba/SP. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisprudência de Direitos Fundamentais (UniToledo - Araçatuba). E-mail: beatriz-p-j@hotmail.com

Paulo Henrique de Souza Freitas

Possui titulação de bacharel em direito (1989) e mestrado em Direito (2001), ambas pela Instituição Toledo de Ensino - ITE - Bauru e doutorado em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Atualmente é professor da Instituição Toledo de Ensino (ITE) - Bauru; professor da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB - SP); sócio do escritório de advocacia Freitas, Martinho, Advogados; professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - (FUNDINOPI); professor das Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO); professor do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente e professor das Faculdades Integradas de Bauru (FIB). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Comercial, Civil, Internacional e Tributário. E-mail: paulo.freitas@freitasmartinho.adv.br

**Submetido em: 19/08/2020**

**Aprovado em: 22/09/2020**

**Resumo:** Utilizando-se do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, bem como da análise de jurisprudência, o presente artigo tem por objeto a problematização da liberdade de autodeterminação no Brasil do século XXI à luz do ordenamento jurídico vigente e da teoria da justiça proposta por Immanuel Kant. Para tanto, analisa o panorama judicial e legislativo da eutanásia no Brasil, a fim de demonstrar que o reconhecimento do direito fundamental à morte digna como meio de consagração da dignidade da pessoa humana não está

longe de se tornar realidade, ainda mais se consideradas as conquistas obtidas em relação ao aborto e à ortotanásia, que evidenciaram uma tendência de flexibilização do direito à vida quando em confronto com a liberdade de autodeterminação. Busca-se, nesse sentido, concluir que, apesar dos diversos freios ainda impostos ao livre desenvolvimento da personalidade, o Estado brasileiro vem conferindo aos indivíduos uma esfera cada vez maior de liberdade para que cada um possa desenvolver a sua personalidade, encontrar a felicidade, e atingir seus próprios fins, livre de impedimentos externos. O Direito vem, assim, caminhando paulatinamente para consecução do fim último proposto por Immanuel Kant: a realização da justiça por meio da liberdade como não-impedimento, isto é, como a faculdade de atuação externa não limitada pelo outro.

**Palavras-chave:** livre desenvolvimento da personalidade; autonomia; dignidade; direito à morte digna.

***Abstract:** Using the deductive approach method and the bibliographic research technique, as well as the analysis of jurisprudence, this article aims to discuss the freedom of self-determination in 21st century Brazil in the light of the current legal system and the theory of justice proposed by Immanuel Kant. To this end, it analyzes the judicial and legislative panorama of euthanasia in Brazil, in order to demonstrate that the recognition of the fundamental right to a dignified death as a means of consecrating the dignity of the human person is not far from becoming a reality, even more considering the achievements obtained in relation to abortion and orthothanasia, which showed a tendency to make the right to life more flexible when confronted with the freedom of self-determination. In this sense, it is sought to conclude that, despite the several obstacles still imposed on the free development of personality, the Brazilian State has been giving individuals an increasing sphere of freedom so that each one can develop his personality, find happiness, and achieve their own ends, free from external impediments. Thus, Law has been gradually moving towards achieving the ultimate goal proposed by Immanuel Kant: the realization of justice through freedom as a non-impediment, that is, as the faculty of external action not limited by the other.*

**Keywords:** free personality development; autonomy; dignity; right to dignified death.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Direito e liberdade em Immanuel Kant. 1.1. Definição de Direito; 1.2. Direito e liberdade. 1.3. Direito e Coação. 2. Livre Desenvolvimento da Personalidade. 2.1. O direito à morte digna como expressão do livre desenvolvimento da personalidade. 3. Panorama judicial e legislativo da eutanásia no Brasil. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

O termo “eutanásia”, embora significante de “morte boa, piedosa e humanitária”, não raras as vezes tem sido alvo de duras críticas e objeto de constantes e calorosos debates sobre o bem e o mal, o certo e o errado, até que ponto pode a medicina prolongar a vida de um indivíduo ou abreviá-la, o quanto de dor um ser humano consegue suportar sem desejar a morte, e em que momento a vida deixa de ser um direito, transmudando-se em um fardo pesado demais para ser carregado.

O fato é que, embora as discussões em torno da legalização da eutanásia não representem mais uma novidade, o questionamento acerca dos limites e da abrangência da proteção jurídica do direito à vida, especialmente quando em confronto com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, vem se tor-

nando cada vez mais frequente e relevante no âmbito acadêmico, judicial, legislativo e social brasileiros.

Dessa forma, partindo da problemática que envolve, de um lado, o direito à vida e, do outro, a liberdade de autodeterminação, e ultrapassando a simples justificação teórica acerca da viabilidade constitucional do reconhecimento do direito à morte digna, pretende-se, nesta pesquisa, abordar o panorama legislativo e judicial da eutanásia no Brasil, com o intuito de averiguar se o Direito pátrio tem se aproximado ou se afastado da finalidade essencial para a qual foi criado, tendo em vista a teoria da justiça proposta por Immanuel Kant na obra intitulada “Metafísica dos Costumes”.

Visando uma abordagem diferente e até mesmo otimista acerca da eutanásia, esta pesquisa não se limita à constatação da realidade como ela é, mas procura desenvolver uma linha de raciocínio capaz de fornecer tanto uma visão mais ampla do contexto em que se insere a problemática da morte digna, quanto indícios de como se dará a evolução jurídica a respeito do tema nos próximos anos.

Para tanto, o artigo abordará, inicialmente, a liberdade em Immanuel Kant, a relação existente entre Direito, liberdade e coação, e qual deve ser o fim último do Direito para a realização da justiça. Em seguida, apresentará a fundamentação jurídico-constitucional que envolve o direito fundamental à morte digna para, enfim, analisar o cenário legislativo e judicial em que se insere a eutanásia no Brasil.

## **1. DIREITO E LIBERDADE EM IMMANUEL KANT**

Considerado o maior filósofo da Época Moderna, Kant foi descrito por Schopenhauer (2005, p. 515-517) como um verdadeiro gênio, cuja obra-prima sempre exercerá efeito profundo e vigoroso sobre toda a humanidade, e em tal extensão que não se dá para calcular quantos séculos e países sua influência pode alcançar. Faz-se, entretanto, um adendo: não se pode supor que a veneração de Schopenhauer por Kant, genuinamente sentida, se estenda às suas fraquezas e erros, como bem salienta o filósofo ao criticar alguns aspectos da filosofia Kantiana que, por sua vez, também lhe serviu de inspiração.

Na verdade, a filosofia não concentra uma resposta única e universal sobre todos os questionamentos da humanidade, muito pelo contrário. A filosofia é única e diferente para cada filósofo; abarca, pois, inúmeras respostas, nem mais nem menos verdadeiras. Tudo depende da perspectiva do pensador e da análise do leitor. O próprio Kant reconhece, ao despir-se de toda arrogância, que “não só houve distintos modos de filosofar e de remontar-se aos primeiros princípios da razão (...), mas foi mesmo necessário que existissem muitas tentativas desse tipo” (KANT, 2013, p. 10).

E dentre as várias filosofias existentes, propõe-se, nesta pesquisa, a análise da obra de Kant por entender que ela contribui substancialmente para a compreensão do Direito e de sua relação com a liberdade, além de definir acertadamente qual seria o fim último do Direito para a consagração da justiça; noções estas que serão essenciais para o raciocínio a ser desenvolvido no presente estudo.

Intitulada “Metafísica dos Costumes”, a obra escrita em 1797 se divide em duas partes: “Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito” e “Primeiros Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude”. Considerando que o significado do título não é assim tão óbvio, faz-se oportuna uma breve explicação: “costume” diz respeito à todas as regras ou leis de conduta que disciplinam a ação do homem; a “metafísica”, por sua vez, se refere à parte do conhecimento que é puramente racional (não-empírica). Logo, a “metafísica dos costumes” compreende as leis que regulam as condutas humanas sob um ponto de vista exclusivamente racional (BOBBIO, 2000, p. 79-85).

A chave para a compreensão do pensamento político e jurídico de Kant, como de qualquer outro filósofo, está no conhecimento do momento histórico em que estava inserido e das ideias que influenciaram suas teorias. Parte-se, portanto, do pressuposto de que Kant foi um filósofo alemão do século XVIII, período este que testemunhou o processo de nascimento do Estado moderno, liberal e democrático. Esse nascimento, por sua vez, foi marcado essencialmente por duas fases: as revoluções inglesas do séc. XVII e a revolução francesa do séc. XVIII.

O Estado moderno surgiu, assim, da reação contra o Estado Absoluto e foi acompanhado pelo desenvolvimento de diversas teorias políticas cujo propósito fundamental era encontrar um remédio contra o absolutismo do poder do Príncipe. O grande objetivo da época era, pois, encontrar meios para limitar o poder estatal e evitar seus abusos. Das teorias que surgiram com tal propósito, destacam-se três: jusnaturalismo, separação dos poderes, e democracia. Fato é que o pensamento político dos séculos XVII e XVIII se desenvolveu através dessas três teorias até Kant. Pode-se encontrar, então, no pensamento de Kant uma síntese dessas doutrinas, isto é, tanto a afirmação dos direitos naturais e da separação de poderes, quanto a defesa da vontade geral como sendo o fundamento do poder de fazer leis (BOBBIO, 2000, p. 24-27).

Pois bem. Na teoria da justiça desenvolvida por Kant, o fim último do Direito é a liberdade. Dessa forma, um ordenamento jurídico justo é somente aquele que garante aos indivíduos a mais ampla esfera de liberdade, a tal ponto que lhes seja consentido desenvolver a própria personalidade conforme o talento de cada um. O grande problema de Kant, como se observa, é o problema da justiça, ou seja, de



estabelecer um critério com base no qual possa se definir o que é justo ou injusto, e todo o seu pensamento jurídico visa teorizar a justiça como liberdade.

São, portanto, três os pontos que guiarão a interpretação de Kant nesta pesquisa: a definição por ele dada ao Direito; a sua concepção de liberdade; e o liame existente entre Direito, liberdade e coação.

### **1.1. DEFINIÇÃO DE DIREITO**

A definição dada por Kant ao Direito não é empírica, pois, segundo ele, quem se apega ao direito positivo, como faz o jurista, nunca poderá estabelecer o que é justo ou injusto, mas apenas o que é lícito ou ilícito sob o ponto de vista do que dizem as leis de certo tempo e certo lugar. A única maneira de compreender o direito como valor, ou seja, como ideia de justiça, é abandonar o terreno empírico e se voltar à razão pura. Para determinar se a lei é justa ou injusta faz-se necessária uma investigação puramente racional. Isso, porque “uma doutrina do direito meramente empírica é (como a cabeça de madeira na fábula de Fedro) uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro” (KANT, 2013, p. 20-21).

Buscando, assim, uma definição puramente racional do direito, Immanuel Kant (2013, p. 23-24) o define como sendo um conjunto de condições por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal.

O arbítrio diz respeito à consciência do poder que cada sujeito tem de alcançar o objeto do desejo. O desejo sem a consciência da eventual capacidade que a ação terá para produzir o objeto, chama-se aspiração. Dessa forma, para que haja uma relação jurídica entre dois sujeitos, é necessário o encontro de dois arbítrios, e não de um arbítrio e um desejo, tampouco de dois desejos. À título de exemplo: para que seja possível um contrato de compra e venda não é suficiente que o arbítrio do vendedor se encontre com o desejo do comprador, pois não basta que este tenha a vontade de comprar o bem, é preciso ter também a capacidade financeira para tanto. A esse misto de desejo e consciência da capacidade dá-se o nome de arbítrio (BOBBIO, 2000, p. 110-111).

O direito pertence, destarte, ao mundo das relações externas, já que ele se constitui na relação de dois ou mais arbítrios; e sua função não é prescrever um dever entre esses sujeitos, mas regular sua maneira de coexistir. Em outras palavras, o direito é o limite imposto à liberdade de cada um para que não fira a liberdade do outro. Somente onde a liberdade é limitada, a liberdade de um não se transforma em uma não-liberdade para o outro (BOBBIO, 2000, p. 114).

Entende-se, por Direito, então, aquilo que regula as relações externas entres os sujeitos para que as ações de um, no exercício de sua liberdade, não ultrapas-

sem a esfera de liberdade do outro, de forma a garantir que cada sujeito possa gozar da mais ampla liberdade que lhe é possível sem diminuir as liberdades dos outros. O direito limita as liberdades individuais de cada um com o intuito de proteger, em grau máximo, a liberdade de todos.

## 1.2. DIREITO E LIBERDADE

Para Immanuel Kant, como se pode perceber, o fim último do Direito é a liberdade. Sendo assim, um ordenamento jurídico justo é aquele que garante aos membros da sociedade a mais ampla liberdade compatível com a existência da própria sociedade.

Nesse sentido, ao tentar definir uma ação justa, Kant (2013, p. 24) afirma que será justa a ação quando, por meio dela, a liberdade do arbítrio de um puder coexistir com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal. Por consequência, agir de maneira injusta em relação ao outro, aquele que colocar obstáculos para o outro, porque esse obstáculo não pode coexistir com a liberdade. Assim, se a injustiça consiste em colocar obstáculos à liberdade, a justiça deverá consistir em eliminar esses obstáculos.

Mas que liberdade é essa com a qual tanto se preocupa o Direito? É a liberdade externa (ou jurídica). Ao falar sobre liberdade, Kant faz uma distinção entre liberdade externa e interna. A primeira diz respeito a faculdade que os sujeitos têm de agirem no mundo externo conforme seus talentos não sendo limitados pela liberdade do outro. Já a liberdade interna, ou moral, é a faculdade de adequação dos indivíduos às leis que lhe são prescritas por sua própria razão. Assim sendo, é juridicamente livre quem não é limitado pela ação do outro, e moralmente livre quem se liberta dos próprios impedimentos internos, domando seus afetos e dominando suas paixões (BOBBIO, 2000, p. 95-96).

A liberdade externa ou jurídica, que diz respeito à faculdade de agir no mundo externo não sendo limitado pela liberdade do outro, é a liberdade como não-impedimento. Já a liberdade moral ou interna, que consiste na faculdade de adequação às leis que cada um prescreve para si mesmo, é a liberdade como autonomia. E segundo Kant (2013, p. 28-29), o único direito inato, ou seja, o único direito anterior à criação do Estado e transmitido ao homem pela natureza, independentemente de qualquer ato jurídico, é o direito à liberdade externa: de fazer tudo o que quiser, desde que não prejudique terceiros.

O papel do Direito, então, consiste em proteger esse direito inato à liberdade externa, apenas regulando as relações entre os arbítrios para que a liberdade de um não fira a liberdade do outro. Conforme o entendimento de Kant, um indivíduo pode ou não criar leis morais para si mesmo, e pode ou não obedecer a

essas leis morais, pois o Direito não se preocupa com o cumprimento ou não da legislação interna (moral) de cada um. Para ele, o Direito não deve se intrometer nas questões morais dos indivíduos, garantindo-lhes, dessa forma, um âmbito da própria personalidade destinado a permanecer livre de qualquer intervenção de um poder externo como o Estado (BOBBIO, 2000, p. 93-94).

Logo, o Direito deve cuidar tão somente da liberdade externa, daquela liberdade que pode limitar a esfera de liberdade do outro ou ser limitada pelo outro. Em outras palavras, os homens se encontram constantemente em uma relação de limitação recíproca da própria liberdade externa, uma vez que a liberdade de um vai até aonde a liberdade do outro começa. E para fazer valer tais limites, impedindo que a liberdade de um crie obstáculos à liberdade do outro, existe o Direito.

### 1. 3. DIREITO E COAÇÃO

Para Kant, a noção de Direito é estritamente ligada à noção de coação: ao direito está ligada uma competência para coagir quem o viola. O direito pode ser representado, então, como a possibilidade de uma coerção externa que possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo leis universais (KANT, 2013, p. 24-25).

É verdade que o direito é liberdade, mas é liberdade cerceada pela presença da liberdade dos outros. Sendo a liberdade limitada e sendo cada qual um ser livre, pode acontecer que alguém transgrida os limites que lhe foram dados. E uma vez ultrapassados esses limites, aquele que invade, com sua liberdade, a esfera de liberdade do outro, torna-se uma não liberdade para o outro. Exatamente porque o outro também é livre, tem o direito de repelir aquele ato de não-liberdade. Não tendo outra forma de repelir o outro a não ser por meio da coação, esta representa um ato de não-liberdade cumprido para repelir o ato de não-liberdade do outro, e como duas negações se afirmam, haverá então um ato restaurador da liberdade (BOBBIO, 2000, p. 125).

O mesmo raciocínio se faz entre os conceitos de “força” e “justiça”. A força é necessária para a justiça quando objetiva repelir uma outra força injusta. A força será legítima, portanto, se usada para obrigar ao respeito do direito violado, e será ilegítima quando usada para violar tal direito. Da mesma forma, a coação pode ser incompatível ou compatível com a liberdade, segundo vise à violação ou à restauração da liberdade inicial (WALDRON, 2003).

Ressalte-se que essa liberdade que o indivíduo tem quando dentro de uma sociedade não é nem de longe a liberdade que ele tinha no estado de natureza, pois é uma liberdade constantemente limitada pelo Direito. E tal constatação

permite afirmar que Kant se aproxima do pensamento de Rousseau no seguinte aspecto: ao criar o Estado o homem deixa aquela liberdade natural característica da situação originária, para então exercer uma liberdade civil, liberdade essa definida por Rousseau como a obediência à lei que cada um prescreve para si mesmo.

A liberdade civil se trata de uma liberdade limitada pela legislação, mas uma legislação criada pelo próprio povo. Isso é o que se denomina de liberdade como autonomia, ou seja, liberdade como obediência à própria lei (WEFFORT, 2001, p. 223). É inegável que Kant, assim como Rousseau, entendia a liberdade como a obediência à lei que cada um prescreve para si mesmo. Mas, faz-se aqui uma ressalva: a teoria de Kant está muito mais ligada à de Locke<sup>1</sup> sobre a manutenção da liberdade natural do que à teoria de Rousseau sobre o abandono da liberdade natural para a aquisição da liberdade civil.

Na verdade, tanto a liberdade como autonomia quanto a liberdade como não-impedimento estão presentes no pensamento de Kant e são conciliáveis, pois correspondem a dois momentos diversos do desenvolvimento da sociedade. A liberdade como não-impedimento representa o momento da liberdade natural, o momento no qual o homem é livre enquanto não é dominado por leis externas e coercitivas. A liberdade como autonomia, por sua vez, representa o momento da liberdade política, ou seja, o momento em que o homem se torna cidadão e está subordinado às leis que ele mesmo consentiu para a criação (BOBBIO, 2000, p. 210-211).

As duas formas de liberdade são, de fato, compatíveis, tanto que se pode observar na constituição dos Estados os chamados direitos de liberdade (liberdade de expressão, de crença, imprensa), que afastam a interferência do Estado; assim como os direitos políticos, relativos à participação direta ou indireta dos cidadãos na formação das leis.

Assim sendo, pode-se concluir a questão das liberdades no pensamento de Kant da seguinte forma: o Estado tem por finalidade última a garantia da liberdade como não-impedimento, ou seja, não interferência na liberdade de cada um ser o que é, e construir sua personalidade conforme seu talento. Já a liberdade como autonomia seria um instrumento seguro para se atingir a finalidade do Estado, que é a liberdade natural.

---

<sup>1</sup> Diferentemente de Rousseau, segundo o qual o contrato que dá origem ao Estado pressupõe a renúncia da liberdade natural para a aquisição de uma liberdade mais plena e superior, Locke entende que o contrato que cria o Estado, não é um ato de renúncia total aos direitos naturais, mas um ato pelo qual os indivíduos renunciam única e exclusivamente ao direito de fazer justiça com as próprias mãos, ao passo que conservam os direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade (WEFFORT, 2001).

Em outras palavras, o fim do Estado (e do Direito) é a liberdade individual, o que significa dizer que o Estado não tem um fim próprio, mas que seu fim coincide com os fins múltiplos dos indivíduos. Portanto, sua tarefa é garantir, por meio de suas leis, que cada indivíduo possa alcançar livremente os próprios fins. “O estado (...) deve simplesmente atuar de maneira que o indivíduo possa realizar a própria felicidade como achar melhor, sem impedimentos externos e no âmbito da liberdade pessoal” (BOBBIO, 2000, p. 197).

O Direito deve trabalhar, pois, para a emancipação da pessoa, de forma que ela possa desenvolver livremente a sua personalidade conforme seus talentos, buscar sua felicidade e atingir seus próprios fins (MOREIRA, 2015, p. 82).

Como consequência lógica de todo o pensamento até então exposto, pode-se inferir que o direito à eutanásia, seja como expressão da liberdade moral do indivíduo, sobre a qual não se admite qualquer interferência do Direito positivo, seja como expressão da liberdade jurídica, cuja limitação pelo Estado somente é admitida quando causa restrição ou impedimento à liberdade dos demais, não pode ser juridicamente restringido, ao passo que permite, sem causar qualquer prejuízo a terceiros, a realização do homem como um fim em si mesmo, mediante a consagração em grau máximo da sua autonomia em determinar os rumos da própria personalidade.

Pois bem. Partindo do ideal de Kant acerca da liberdade, ao estabelecer como fim último do Direito a liberdade como não-impedimento, passa-se à análise do atual estado da arte da liberdade de autodeterminação - ou livre desenvolvimento da personalidade - no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que se refere à eutanásia, com o intuito de averiguar se o Direito pátrio tem se aproximado ou se afastado da finalidade essencial para a qual foi criado, tendo em vista a teoria da justiça proposta por Immanuel Kant<sup>2</sup>.

## **2. LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE**

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade refere-se à liberdade de autodeterminação, isto é, ao direito que cada um tem de determinar os rumos

---

<sup>2</sup> Vale lembrar que o Estado proposto por Kant é o Estado Liberal. Este entende a liberdade como não-impedimento, e mais próximo chega de atingir seu ideal quanto mais o Estado deixa de limitar as liberdades individuais. O Estado Democrático, por sua vez, entende a liberdade como autonomia e atinge seu ideal quando a vontade de quem cria as leis se identificam com a vontade de quem as obedece. Apesar de possuírem finalidades distintas, é inegável que o Estado, por mais democrático que seja, também busca garantir ao seu povo uma ampla esfera de liberdades individuais, por tal razão os ideais de Kant podem também servir como pressupostos para a interpretação da presente realidade social e jurídica brasileira.

da própria existência e o modo de ser da sua personalidade<sup>3</sup>, afirmando-se como senhor de si mesmo.

Seu propósito consiste em permitir que cada um escolha o seu modo de vida, desde que não cause prejuízo a terceiros. “Assim se garante a autonomia de constituir uma personalidade livre, sem qualquer imposição de outrem, preconizando um direito à individualidade” (MIRANDA, 2013, p. 11178).

Rejeita-se, por meio desse direito, a imposição de moldes pré-estabelecidos para a constituição da personalidade humana, posto que a personalidade é algo que se constrói, se autodetermina, de acordo com as escolhas realizadas por cada pessoa que, por sua vez, constitui um centro de decisão autônomo (MOREIRA, 2015, p. 101).

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade pertence ao grupo dos direitos de liberdade, muitos dos quais são também direitos de personalidade, como a liberdade de consciência, de crença e de expressão, por exemplo. Tal direito, contudo, não pode ser encarado somente como um direito geral de liberdade, mas como um garantidor de um direito à liberdade de ação do sujeito considerado como um ser autônomo e dotado de autodeterminação decisória nas questões que envolvem a sua personalidade (MIRANDA, 2013, p. 70).

Esse direito, tal como explicitado por Felipe A. Miranda (2013 p. 11189), tem por pressuposto, de um lado, a liberdade de agir de seu titular; e de outro, a não interferência por parte do Estado ou de particulares nessa liberdade. Em outras palavras, ele confere ao seu titular o direito de autogovernar-se livremente, ao mesmo tempo que impõe ao Estado e aos outros particulares o dever de não intervenção no desenvolver dessa personalidade.

O livre desenvolvimento da personalidade consubstancia-se em um direito fundamental positivado de forma implícita (não escrita), visto que não encontra previsão expressa na Constituição Federal de 1988, sendo o seu reconhecimento assegurado pela cláusula aberta prevista no § 2º do artigo 5º da Carta Magna, bem como decorrente do regime e dos princípios por ela adotados, como a dignidade da pessoa humana e a liberdade.

Ademais, consoante Jorge Miranda (2013, p. 73), o direito ao desenvolvimento da personalidade se apresenta como expressão direta da dignidade humana. Vê-se:

---

<sup>3</sup> Entende-se por personalidade o conjunto de características e atributos da pessoa humana suscetível de ser titular de direitos e obrigações. A personalidade é o objeto dos direitos de personalidade. Conforme Maria de Fátima F. de Sá e Diogo L. Moureira (2015, p. 47), os “direitos de personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para o exercício de uma vida digna”. São considerados direitos da personalidade a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica, o nome, a honra, a imagem, a intimidade, e todos os seus demais aspectos que projetam a personalidade no mundo exterior.

O direito ao desenvolvimento da personalidade decorre da dignidade da pessoa humana, como afirmação positiva desta. Toda constituição que invoca o postulado básico à dignidade humana garante o desenvolvimento da personalidade, este é expressão direta daquela. O seu alcance irá variar de Constituição para Constituição, mas o certo é que em todas que invocarem este valor básico, proteger-se-á de uma forma ou de outra o desenvolvimento da personalidade.

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é definida por Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 62) como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o torna merecedor de respeito e consideração, e lhe confere uma gama de direitos e deveres fundamentais aptos a lhe proteger de todo e qualquer ato de cunho desumano e degradante, bem como a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de assegurar a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência.

Nota-se, por conseguinte, que a noção de dignidade se encontra intimamente ligada à liberdade de cada indivíduo em determinar os rumos de sua própria vida. Nas palavras de Jorge Miranda (2012, p. 170): “a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”, sendo certo que qualquer circunstância que cerceie a capacidade de decidir e a vontade racional do indivíduo estará vilipendiando o ser humano e, conseqüentemente, sua dignidade (TAVARES, 2018, p. 449).

O livre desenvolvimento da personalidade é, pois, como salienta Rodrigo P. Moreira (2015, p. 132-133), um direito fundamental e essencial à dignidade da pessoa humana, posto que visa à proteção da pessoa, privilegiando sua esfera de autonomia, autodeterminação, individualidade, liberdade e personalidade.

Ressalte-se, contudo, que apesar da íntima ligação entre desenvolvimento da personalidade e autonomia da vontade (ou autonomia privada), aquele se refere à liberdade de autodeterminação; enquanto este decorre do Código Civil e configura a liberdade de autorregular interesses no âmbito negocial. De toda sorte, o direito ao desenvolvimento da personalidade apresenta como um de seus aspectos a autonomia da vontade, além de ser garantido por esse instituto previsto na lei civil. Entende-se, portanto, que o primeiro é mais amplo e engloba o segundo (MIRANDA, 2013, p. 75-76).

Tal distinção é relevante, visto que a liberdade de escolha quando concernente à eutanásia<sup>4</sup> vai muito além do que permite a autonomia privada (embora

<sup>4</sup> A eutanásia ativa voluntária, também denominada comissiva ou positiva, pode ser definida como



esta seja imprescindível para o efetivo exercício do direito à morte digna), demandando, para tanto, uma gama de direitos de personalidade que se alicerçam na dignidade da pessoa humana.

### **2.1. O DIREITO À MORTE DIGNA COMO EXPRESSÃO DO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE**

Ante o exposto, pode-se inferir que a liberdade de autodeterminação, posto que intimamente atrelada aos direitos da personalidade e decorrente da dignidade da pessoa humana, oferece, pois, fundamentação suficiente para o reconhecimento do direito à morte digna<sup>5</sup> no Brasil, ainda mais quando se reconhece que o direito à vida não possui caráter absoluto<sup>6</sup>, tampouco apresenta hierarquia superior ao demais direitos previstos na Constituição, podendo, assim, ser flexibilizado em determinadas circunstâncias, especialmente quando desprovido de dignidade.

O direito à eutanásia consiste, dessa forma, na manifestação direta do livre desenvolvimento da personalidade, cujo propósito basilar é a consagração da dignidade da pessoa humana mediante o exercício da autonomia da vontade na determinação dos rumos da própria existência, ainda que para determinar o seu fim.

Alguns autores, por outro lado, como Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2015, p. 65) entendem o “direito de morrer” ou a “autonomia para morrer” como um verdadeiro exercício do direito à vida. Embora amparado também na dignidade da pessoa humana e na autodeterminação, o direito à eutanásia, para estes autores, não tem como pressuposto a relativização ou a renúncia do direito à vida, mas a própria efetivação deste direito, de forma tal que a escolha pela morte nada mais é do que o exercício do direito à vida.

De toda sorte, qualquer que seja o enquadramento jurídico do direito à morte digna, seja como manifestação do livre desenvolvimento da personalidade ou como um desdobramento do direito à vida, fato é que, como o próprio nome já revela, tal direito tem como principal fundamento e justificativa a dignidade da pessoa humana que, por sua vez, representa o paradigma do Estado Democrático

---

a “morte resultante de uma medicação aplicada por um médico com o explícito objetivo de antecipar a morte a pedido do paciente” (AZEVEDO; TANIGUCHI; LADEIRA, 2018, p. 1069).

<sup>5</sup> O termo “morte digna” é comumente utilizado como gênero que abrange as seguintes espécies: eutanásia, ortotanásia e suicídio assistido. No entanto, sempre que este termo for usado nesta pesquisa fará referência tão somente à prática da eutanásia.

<sup>6</sup> O artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada. O código penal prevê excludente de ilicitude no caso de legítima defesa e de aborto ético ou humanitário (resultante de estupro).



de Direito, e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tal como estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu artigo art. 1º, inciso III.

Além da dignidade, outros princípios constitucionais também podem servir de sustentação para a defesa do direito à eutanásia ativa voluntária, dentre os quais citam-se: a vedação de tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF); a liberdade e a autonomia individual (art. 5º, III, CF); a integridade física (art. 5º, III, CF); a integridade psíquica e moral (art. 5º, X, CF); e o direito fundamental à vida (art. 5º, caput, CF).

Em verdade, muitos são os fundamentos que podem ser elencados para estruturar o direito à eutanásia, mas o real fator de legitimação do seu reconhecimento consiste no potencial que este direito tem para garantir a efetivação em grau máximo da dignidade da pessoa humana, pois por melhor que seja a fundamentação de um direito, se ele não se revela apto à consecução dos fins para os quais foi criado, de nada vale para além da teoria<sup>7</sup>.

É por tal razão que se defende, nesta pesquisa, o reconhecimento do direito à morte digna. Pois tem, não apenas como fundamento, mas como principal objetivo a realização da dignidade da pessoa humana. Visa, portanto, conferir ao sujeito que se encontra em situação desumana e degradante (em virtude de uma doença terminal ou degenerativa, que não lhe oferece expectativa de vida ou de melhoras, e que lhe cause dor e sofrimento) a oportunidade de escolher por uma morte boa, tranquila e sem sofrimento, resgatando, assim, a sua dignidade.

O direito à morte digna parte do pressuposto de que a vida deve ser entendida como um direito, e não como uma obrigação; e que este direito, para ser considerado como tal, deve necessariamente estar revestido de uma parcela mínima de dignidade. A dignidade da pessoa humana é, assim, o fator essencial e nuclear capaz de distinguir um direito de uma violação.

Mas, considerando o caráter multifacetado da dignidade, que permite utilizá-la como embasamento tanto dos argumentos pró como daqueles contra a eutanásia, já que a dignidade pode ser identificada como autonomia ou como heteronomia, cabe identificar, então, qual lado da balança pesa mais.

A dignidade como autonomia, como poder individual de autodeterminação, de realizar escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas, é capaz de legitimar a legalização da eutanásia. Já a dignidade

---

<sup>7</sup> Essa é a essência do pragmatismo. Surgido inicialmente como uma teoria da significação, o pragmatismo sustenta que “os pressupostos e fundamentos de determinado objeto importam menos do que os efeitos que ele acarreta na prática. (...). O significado de um conceito é, assim, conferido pelas consequências de sua aplicação empírica” (POGREBINSCHI, 2011, p. 176).

como heteronomia traduz uma visão ligada a valores compartilhados pela comunidade, como bem comum, interesse público e moralidade, funcionando como uma constrição externa à liberdade individual, o que revela sua tendência à proibição do “direito à morte digna”. Fato é que, a dignidade como autonomia identifica-se não apenas como a concepção subjacente aos grandes documentos de Direitos Humanos do século XX, e às inúmeras Constituições do segundo pós-guerra, mas especialmente como a ideia prevalecente na Constituição Federal de 1988, na medida em que atribui maior ênfase às liberdades pessoais do que aos valores como moralidade e bons costumes (GOZZO; LIGIERA, 2012, p. 38-49).

Prevalece, portanto, tanto na ordem jurídica nacional quanto na internacional, a compreensão da dignidade como autonomia, como poder individual de determinar os rumos da própria existência; compreensão esta capaz de legitimar constitucionalmente a descriminalização e regulamentação da eutanásia ativa voluntária.

Assim sendo, não há qualquer óbice constitucional ao reconhecimento da eutanásia como sendo um direito fundamental, consubstanciado no exercício do livre desenvolvimento da personalidade, e expressão máxima do livre arbítrio e da dignidade da pessoa humana. O que falta é a regulamentação necessária para que esse direito seja garantido e exercido dentro dos limites legais e éticos a serem estabelecidos.

Entretanto, por melhores que sejam as fundamentações jurídico-constitucionais em prol da legalização da eutanásia ativa voluntária, não se tem observado apoio judicial nem legislativo nesse sentido.

### 3. PANORAMA JUDICIAL E LEGISLATIVO DA EUTANÁSIA NO BRASIL

No tocante à esfera legislativa, dos três projetos de lei que já foram propostos sobre o tema em comento, apenas um deles buscava a legalização da eutanásia ativa voluntária, mas foi arquivado: o PLS 125/1996. De qualquer forma, o referido projeto apresentava certa insuficiência ao abordar a morte digna, tanto por imprecisões técnicas - ao prever a possibilidade do desligamento dos aparelhos que mantém vivos os pacientes com morte cerebral, prática esta que se caracteriza como ortotanásia<sup>8</sup>-, quanto principiológicas - ao justificar a eutanásia valendo-se tão somente da autonomia da vontade (SOUTO, 2018).

<sup>8</sup> A ortotanásia, também denominada eutanásia voluntária passiva (omissiva ou negativa), já é admitida no Brasil e consiste, conforme Resolução nº 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina, na suspensão ou limitação dos procedimentos ou tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal de enfermidade grave e incurável, se esta for sua vontade ou de seu representante legal, sendo certo que lhe serão garantidos todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento. A opção pela ortotanásia pode ser realizada inclusive por meio do testamento vital.

Dos outros dois projetos de leis que versavam sobre o tema, um pretendia definir a eutanásia e o aborto como crimes hediondos (PL 5058/2005 - arquivado); e o outro, o PLS 236/2012 (em tramitação), visa reformar o Código Penal brasileiro, mediante a criação de um tipo penal específico para a eutanásia, fixando-lhe pena de 2 a 4 anos de reclusão, mais branda que a imposta ao crime de homicídio.

Sem despertar grande simpatia dos parlamentares, a legalização ou descriminalização da eutanásia, de fato, não logrou êxito no legislativo, muito pelo contrário.

No âmbito judicial, especificadamente do Supremo Tribunal Federal, a temática envolvendo a eutanásia também não é muito recorrente. Pode-se citar tão somente o Mandado de Injunção Individual 6825/DF - impetrado por George Salomão Leite com o objetivo de viabilizar o exercício do direito fundamental à morte digna por parte do impetrante - o qual teve seu seguimento negado, em decisão monocrática do Ministro Edson Fachin (BRASIL, 2017), em virtude da ausência de demonstração de lacuna técnica. Segundo o Ministro, não havia imposição constitucional para legislar acerca do direito à morte digna e, conseqüentemente, não estaria caracterizada a omissão legislativa, tampouco o direito público subjetivo à legislação. A referida decisão em nada contribuiu, portanto, para o mérito da eutanásia, uma vez que se limitou à análise dos requisitos técnicos para o cabimento do mandado de injunção.

Ante todo o exposto, conclui-se, por óbvio, que não houveram quaisquer contribuições legislativas ou judiciais relevantes com relação à eutanásia ativa voluntária, mas tão somente tentativas frustradas ou insuficientes de problematizar um possível direito à morte digna.

Ressalte-se, contudo, que o cenário em torno da eutanásia não é de todo atravancado. Interessantes são as evoluções conquistadas na esfera de proteção jurídica que envolve o embate entre direito à vida e direito à autodeterminação no tocante à ortotanásia (Resolução nº 1.805/06 do Conselho Federal de Medicina - CFM) e ao aborto (ADPF 54 e HC 124.306). Evoluções estas que merecem ser aqui comentadas.

Por meio da Resolução 1.805/2006 do CFM, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, desde que expressamente autorizado pelo paciente ou seu representante legal, foi reconhecido formalmente o direito à ortotanásia, como forma de garantir a autonomia e a dignidade do paciente frente à terminalidade da vida.

A Resolução 1.805/06, segundo Maria Elisa Villas-Bôas (2008, p. 77), sequer era necessária, pois “não permite nada”, apenas regulamenta e ratifica uma prática que já era presente no dia-a-dia dos hospitais. Sua finalidade, portanto, se resume a dirimir às dúvidas mais comuns dos médicos ao lidar com pacientes em final de vida, e assentar a conclusão óbvia de que o “direito à vida não envolve um dever de sobrevida artificial a qualquer custo”.

Embora muito aclamada no contexto médico, a Resolução, a princípio, recebeu pesadas críticas, especialmente dos juristas, o que ensejou, inclusive, o ajuizamento, pelo Ministério Público Federal, de uma Ação Civil Pública, em maio de 2007, com o intuito de suspender a referida Resolução. A ACP, contudo, foi julgada improcedente, por decisão da 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, proferida em 1º de dezembro de 2010. Em sua sentença, o Juiz Roberto Luis Luchi Demo, ao validar o teor da Resolução, afirma ter chegado à convicção de que seus dispositivos não ofendem o ordenamento jurídico posto (PORTAL CFM, 2010).

O então presidente do Conselho Federal de Medicina, Roberto Luiz d’Avila, ao comentar a decisão, afirmou que ela valoriza a opção pela prática humanista na Medicina, em detrimento daquela visão paternalista, cujo foco é voltado para a doença, “numa busca obsessiva pela cura a qualquer custo, mesmo que isso signifique o prolongamento da dor e do sofrimento para o paciente e sua família” (CREMEGO, 2010).

Conforme Tiago Vieira Bomtempo (2013), os dispositivos da Resolução objetivam assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, à autonomia privada e à liberdade, garantindo ao paciente terminal o direito de “livremente escolher entre abreviar o seu estado de terminalidade ou prolongá-lo, sempre com o apoio médico e psicológico”.

De fato, a grande conquista, tão comemorada pela área médica, apresenta-se como uma importante alavanca para a consagração, não apenas da autonomia do paciente - o que é evidente - mas também do princípio bioético da não-maleficência, ao passo que busca evitar a continuidade de tratamentos que apenas causariam sofrimento e prejuízo ao paciente.

De toda sorte, a regulamentação viabilizada pelo Conselho Federal de Medicina, apesar das críticas inicialmente recebidas, aqueceu os debates em torno da ortotanásia, tanto que já conta com grande visibilidade no Judiciário – haja vista a decisão proferida pela Justiça Federal que validou o teor da Resolução – e no Legislativo, se considerado o Projeto de Lei nº 6.715/2009 (já aprovado pelo Senado Federal, e que atualmente se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados), que visa a descriminalização da ortotanásia, apenas para fazer constar na lei uma prática que hoje já se encontra pacificada.

A eutanásia voluntária passiva, melhor denominada como ortotanásia, pouco difere da eutanásia ativa voluntária. Embora esta ainda não tenha seus limites claramente delineados, já que não encontra qualquer regulamentação da área médica ou jurídica a seu respeito, costuma ter sua prática admitida tão somente nos pacientes com doença grave, terminal ou degenerativa, que não apresenta chances de cura ou de melhora. Partindo desse pressuposto, o único fator que distingue uma prática da outra é a conduta do médico. Se a conduta é omissiva, consistindo na limitação ou suspensão do tratamento que prolonga a vida do paciente, a fim de que ela chegue ao seu fim naturalmente, trata-se da ortotanásia. Por outro lado, se a conduta é ativa, mediante a aplicação de um medicamento com a finalidade de antecipar a morte do paciente, fala-se em eutanásia.

Ambas possuem a mesma finalidade: pôr fim ao sofrimento do paciente a seu pedido. Então, levando-se em consideração que, ao suspender um tratamento, o paciente pode permanecer sofrendo por dias ou até meses até que não mais resista, a ortotanásia tem um potencial muito menor de efetivação do princípio da não-maleficência do que a eutanásia, que garantira uma morte imediata sem prolongar o estado de dor e sofrimento.

Ademais, conforme sustenta o pragmatismo, já mencionado no tópico anterior, se é a consequência prática do ato que o define, não há definição melhor para a eutanásia do que a prática que põe fim ao sofrimento, mediante uma morte tranquila e indolor, consagrando, assim, mediante a máxima efetivação da autonomia decisória do paciente, a não-maleficência e a dignidade da pessoa humana.

Pois bem. Passa-se, agora, à análise das decisões relativas ao aborto no bojo da ADPF 54 e do HC 124.306, respectivamente.

No julgamento, em abril de 2012, da ADPF 54, que objetivava a declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no caso de descontinuação da gestação de feto anencéfalo, visando, assim, garantir o direito da gestante de interromper a gravidez sem a necessidade de prévia autorização judicial, o plenário do Supremo Tribunal Federal, em decisão majoritária (com 8 votos), julgou procedente o pedido, reconhecendo a possibilidade legal de interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Em voto bastante extenso, o Ministro Relator Marco Aurélio (BRASIL, 2012, p. 33-34) inicia ponderando que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se coaduna com a Constituição, especialmente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

Diante da inviabilidade de vida extrauterina, conforme o Ministro (BRASIL, 2012, p. 60), não há que se falar em direito à vida do feto anencéfalo. Por ser absolutamente inviável, o feto anencéfalo não tem a expectativa nem a possibilidade de ser titular de um direito à vida. O conflito entre direitos fundamentais (da mãe versus do feto) é apenas aparente, razão pela qual torna-se inadmissível que o direito à vida de um feto que não terá potencialidade de sobrevivência prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe.

Nas palavras do Relator (BRASIL, 2012, p. 76-78), “o ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura”. A descriminalização do aborto de feto anencéfalo visa, portanto, garantir o direito da mulher de autodeterminar-se, isto é, de escolher e de agir de acordo com a sua própria vontade diante da inviabilidade de vida futura do feto.

Argumentação muito semelhante pode ser utilizada no tocante à eutanásia. Se considerada a inviabilidade de vida futura do paciente terminal ou com doença degenerativa, a concessão do direito de escolher uma morte tranquila e indolor, além de não caracterizar uma ofensa ao direito à vida, consegue atingir dupla finalidade: a garantia ao paciente do direito de autodeterminar-se livremente, retirando-o daquela situação de tortura caracterizada pelo cárcere privado em seu próprio corpo imerso em dor e sofrimento; e a restauração de sua dignidade como autonomia, permitindo-o, uma última vez, afirmar-se como senhor de si mesmo, capaz de fazer escolhas relevantes sobre sua própria vida.

No julgamento do Habeas Corpus 124.306 RJ, que teve por objeto a desconstituição da prisão preventiva de Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira, os quais mantinham uma clínica de aborto, e foram presos em flagrante pela prática do crime descrito no art. 126, do Código Penal (aborto provocado por terceiro com consentimento da gestante), a Primeira Turma do STF, por maioria, afastou a prisão preventiva com base em dois fundamentos: primeiro, porque não estavam preenchidos os requisitos da prisão cautelar previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal; e segundo, em razão da necessidade de se conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre (BRASIL, 2016, p. 01).

Apesar das controvérsias existentes quanto à existência de vida - se desde a concepção ou somente após a formação do sistema nervoso central - o fun-

damento basilar da decisão consistiu na impossibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Não diferentemente do que ocorreu na ADPF 54, um dos pressupostos para a permissão do aborto foi a inviabilidade de vida futura extrauterina.

Além disso, conforme expresso no voto-visto do Ministro Luis Roberto Barroso, proferido no HC 124.306/RJ (BRASIL, 2016, p. 01-02), a criminalização do aborto voluntário nos primeiros três meses de gestação viola os seguintes direitos fundamentais da mulher:

(...) os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez (...).

A tipificação penal, na visão de Barroso (BRASIL, 2016, p. 03), viola também o princípio da proporcionalidade, pois, dentre outros motivos, “constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro (...)”.

Embora a decisão proferida no HC 124.306/RJ não possua eficácia *erga omnes* e vinculante, como ressaltam Janaína Reckziegel e Cassiane Wendramin (2018, p. 192), fato é que impulsionou mudanças na sociedade, visto que motivou o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) a ajuizar a ADPF nº 442/2017 (aguardando julgamento), com o objetivo de obter a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126, do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas.

De todo modo, se o mesmo raciocínio fosse utilizado em relação a eutanásia, seria possível inferir que a criminalização da conduta viola inegavelmente o princípio da proporcionalidade. Primeiro (subprincípio da adequação), porque não protege efetivamente o bem jurídico que pretende tutelar (vida do paciente com doença terminal ou degenerativa), já que não impede a realização clandestina da eutanásia, realidade muito presente no dia a dia dos hospitais. Segundo (subprincípio da necessidade), porque a pena prevista para o crime é extremamente excessiva para a conduta de “matar piedosamente e a seu pedido, o paciente sem qualquer perspectiva de melhora ou de vida futura”. Terceiro (subprincípio da proporcionalidade), porque não há um custo-benefício relevante na criminalização da eutanásia, visto que restringe a liberdade de autodeterminação de alguém simplesmente para proteger a vida completamente inviável e indigna do paciente



acometido por doença grave, terminal ou degenerativa, que lhe causa imensa dor e sofrimento.

Não bastasse à falta de proporcionalidade em sentido amplo, a criminalização da eutanásia ainda viola vários direitos fundamentais do paciente: a sua autonomia, uma vez que é impedido de fazer escolhas existenciais relevantes; a sua integridade física e psíquica, pois é ele quem sofre, física e psicologicamente, com a doença e seus sintomas; e a sua liberdade, pois é mantido em uma espécie de cárcere dentro de seu próprio corpo, e obrigado a viver com toda a dor e sofrimento até não possuir mais forças para resistir.

Observa-se, sem muita dificuldade, que o mesmo raciocínio utilizado para permitir a realização do aborto e da ortotanásia, pode muito bem servir para justificar a legalização da eutanásia. Os fundamentos constitucionais que legitimam tais práticas são os mesmos. O grande problema da eutanásia, portanto, não é efetivamente jurídico – quanto à viabilidade constitucional do seu reconhecimento -, mas propriamente social e religioso.

De todo modo, constata-se nas decisões judiciais que abordaram os temas relativos ao aborto e à ortotanásia que, ante a inviabilidade de vida futura, o direito à liberdade de autodeterminação tende a prevalecer em detrimento do direito à vida. A evolução de entendimento acerca dos limites e da abrangência do direito fundamental à vida mostra um viés muito mais preocupado com a efetivação da dignidade da pessoa humana, do que com a proteção da vida a qualquer custo.

Tais decisões, embora não tratem especificamente da eutanásia, de fato fornecem indícios de que o direito à morte digna não está longe de ser reconhecido – em decorrência da cadeia de acontecimentos que se observa nos últimos anos: primeiro admite-se a ortotanásia, em seguida o aborto, e finalmente chegará a vez da eutanásia - seja por via judicial (o que é mais provável, se considerada a tradição da jurisprudência brasileira de regulamentar direitos cujo exercício se encontra impossibilitado frente ao descaso legislativo), legislativa ou até mesmo por regulamentação da área médica.

## CONCLUSÃO

As discussões acerca da abrangência e dos limites impostos à proteção jurídica da vida humana, especialmente quando em confronto com o direito à liberdade de autodeterminação, têm assumido, predominantemente nas duas últimas décadas, um papel cada vez mais relevante nos meios acadêmico, judicial, legislativo, bioético e social brasileiros.



O direito à vida, antes sacralizado e protegido a qualquer custo - fato este que se evidenciava ante a criminalização severa da eutanásia e do aborto sem qualquer exceção -, vem gradativamente cedendo espaço às liberdades individuais, como se extrai do teor das decisões que validaram a prática da ortotanásia e descriminalizaram a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e o aborto voluntário nos primeiros três meses de gestação.

A dignidade como autonomia, como poder individual de determinar os rumos da própria existência, como realização da máxima Kantiana, segundo a qual “o homem é um fim em si mesmo”, tem prevalecido como entendimento majoritário das decisões proferidas pela Corte Constitucional brasileira acerca do embate entre direito à vida e direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Evidencia-se, portanto, uma tendência não apenas judicial, mas também legislativa (se considerados os projetos de lei em tramitação que visam a legalização do aborto e da ortotanásia) de reafirmação do caráter não absoluto do direito à vida e, conseqüentemente, de reconhecimento, em determinadas situações, da prevalência da liberdade de autodeterminação como forma de consagração da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, é fundamento e razão de ser de todo e qualquer direito fundamental.

Essa evolução de entendimento, que busca agora reajustar os limites e a abrangência do direito à vida, revela indícios de que a legalização da eutanásia não está longe de ser reconhecida pelo Direito pátrio como forma de efetivação da dignidade do paciente sem viabilidade de vida futura.

Uma vez que não há qualquer óbice constitucional ao reconhecimento da eutanásia como sendo um direito fundamental, consubstanciado no exercício do livre desenvolvimento da personalidade, e expressão máxima da dignidade da pessoa humana, é certo que não demorará para sua prática ser legalizada e regulamentada, assim como aconteceu com o aborto e a ortotanásia.

Conclui-se, portanto, que, embora ainda existam diversos freios ao livre desenvolvimento da personalidade, especialmente no tocante à eutanásia, o Estado brasileiro vem conferindo aos indivíduos uma esfera cada vez maior de liberdade, para que cada um possa desenvolver a sua personalidade, encontrar a felicidade e atingir seus próprios fins, livre de impedimentos externos. O Direito vem, assim, caminhando paulatinamente para consecução do fim último proposto por Immanuel Kant: a consagração da justiça por meio da liberdade individual.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Luciano César P. de; TANIGUCHI, Leandro Utino; LADEIRA, José Paulo. *Medicina intensiva: abordagem prática*. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2. ed. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarim, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2RmlRn0>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina: efetivação do direito de morrer com dignidade*. Revista Síntese. Direito de Família, v. 14, p. 204-221. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2K4SYHN>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 6.715 de 2009*. Disponível em: <https://bit.ly/34FrstH>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 5.058, de 2005*. Disponível em: <https://bit.ly/3e9A2oM>. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <https://bit.ly/2zKhufQ>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n° 125, de 1996*. Disponível em: <https://bit.ly/2N9gjtg>. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012*. Disponível em: <https://bit.ly/2YbkN9h>. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática no MI 6825/DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em 04 dez. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3c1Ymr0>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto do Relator na ADPF 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 12 abr. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2JS4iHb>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Voto-vista do Relator no Habeas Corpus 124.306*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 09 ago. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2y4vEab>. Acesso em: 30 mar. 2020.

CFM. Portal. *Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia*. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2xkOzOk>. Acesso em: 02 abr. 2020.

CFM. *Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina*. 2006. Disponível em: <https://bitty.ch/vfw4s>. Acesso em: 02 abr. 2020.

CREMEGO. Conselho Regional de Medicina do Estado de Goiás. *Justiça valida a resolução do CFM sobre ortotanásia*. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3b5RzNb>. Acesso em: 30 mar. 2020.

GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Petrópolis: Editora Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2JM4lyP>. Acesso em: 5 mar. 2020.

MIRANDA, Felipe Arady. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, Ano 2, n. 10, p. 11175-11211, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2JLMBjk>. Acesso em: 31 mar. 2020.

MIRANDA, Jorge (org.). *Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro*. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: Tomo IV – Direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade*: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2yKGBOK>. Acesso em: 23 mar. 2020.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RECKZIEGEL, Janaína; WENDRAMIN, Cassiane. Os fundamentos da autonomia para o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 54 e do HC 124.306. *Revista Videre*, Dourados, v. 10, n. 20, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2VwBz07>. Acesso em: 31 mar. 2020.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer*: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012. Disponível em: <https://bitty.ch/r2me3>. Acesso em: 23 mar. 2020.

SCHOPENHAUER, Arthur. *O mundo como vontade e como representação*: I tomo. Tradução: Jair Barboza. São Paulo: Editora UNESP, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2xcXZv1>. Acesso em: 5 mar. 2020.

SOUTO, Yuliana Herrera Miranda de. *Fundamentos do direito a morrer dignamente: Análise dos Fundamentos e Pressupostos para Configurar a Eutanásia como um Direito Fundamental no Brasil*. 2018. 304 p. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. (Tese de Mestrado) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho. Disponível em: <https://bitty.ch/5mj1z>. Acesso em: 02 abr. 2020.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro*. In: *Revista Bioética*. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3b8JZBn>. Acesso em: 02 abr. 2020.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. 1. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da Política*. 13. ed. v. 1. São Paulo: Editora Ática, 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3e8dULA>. Acesso em: 7 mar. 2020.

## LINHA EDITORIAL

### FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* estará permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceitará contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos interno e internacional.

### SUBMISSÃO

Os trabalhos serão recebidos em fluxo contínuo e deverão ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

### FORMATÇÃO

Os **artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), obedecerão às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos arábicos, com exceção da introdução, conclusão e referências,

que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deverá ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

### AVALIAÇÃO

Todos os trabalhos submetidos serão avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examinará a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, o texto será enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são douto-

res e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões serão enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

### DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.