

EMPHASIS

Revista # 2 - Ano 2009.2
Faculdade Dom Pedro II



CIÊNCIAS JURÍDICAS

R449 Revista Emphasis: Ciências Jurídicas [recurso eletrônico] / Faculdade
Dom Pedro II. - Ano 1, n. 2 (jul/dez 2009). - Salvador: FDPII, 2009

Semestral

www.faculdaadedompedrosegundo.edu.br

ISSN21778981

1. Faculdade Dom Pedro II .
Título.II Ciências Jurídica

Ficha catalográfica elaborada por:

Dilália Lessa Brandão crb/5 7913

Editorial

Novas questões no âmbito jurídico vêm surgindo com o advento de demandas até então distantes do mundo do direito. Questões como litígios ambientais, litígios transnacionais (tráfico de drogas, contrabando de armas, terrorismo, crimes financeiro etc.), litígios étnicos e litígios na Internet são alguns exemplos de novas demandas que circundam o mundo jurídico na contemporaneidade. Estes fenômenos desencadeiam novas expectativas de normatização com a finalidade de não só sancionar as ações prejudiciais à sociedade e ao indivíduo, mas também de regular as condutas individuais e coletivas para a manutenção da ordem social.

Esta Edição é dedicada ao universo das ciências jurídicas e suas relações com as ciências humanas e sociais com o intuito de promover a aproximação dos debates e das pesquisas disciplinares e multidisciplinares em torno dos problemas de relevância do direito. Questões atuais relacionadas com os direitos da gestante e do nascituro, o direito no âmbito da reprodução artificial humana, acesso à justiça, crime organizado e as desigualdade jurídicas serão tratadas neste número como forma de ampliar os debates e as pesquisas não só nessas áreas, mas também em áreas comuns de interesse dos profissionais do direito, da comunidade acadêmica e da sociedade em geral.

Comissão Editorial

Prof^a Alaíde Barbosa
Prof^o Valmir F. Martins
Prof^o Dequex A. Silva Jr.

SUMÁRIO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTOS APTOS A RESOLVER A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	4
<i>Diana Perez RIOS</i>	
DESAFIOS DA CRIMINOLOGIA NO SÉCULO XXI.....	25
<i>Oswaldo BASTOS NETO</i>	
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	56
<i>Altamar Clemente do SANTOS</i>	
<i>Dirceu Aparecido de ARAÚJO</i>	
<i>Eduardo Dias de SANTANA</i>	
<i>Luciane da Silva XAVIER</i>	
<i>Marcos Paulo Silva de SOUSA</i>	
<i>Valdivia Santos de JESUS</i>	
DIREITO À IGUALDADE E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS MECANISMOS DA EFETIVAÇÃO DA TUTELA....	76
<i>Daniel Mendes dos SANTOS FILHO</i>	
<i>Daniele Oliveira da ENCARNAÇÃO</i>	
<i>Deraldo Valois da PAIXÃO</i>	
<i>Ervellin Geisa Pinto Lima OLIVEIRA</i>	
<i>Eunice Santos de SOUZA</i>	
<i>Fernando César de B. NUNES</i>	
<i>José Carlos Viana DUARTE JÚNIOR</i>	
<i>Katiúscia Uchoa JOHNSON</i>	
<i>Meire Silva SANTOS</i>	
<i>Rosália Gouvêa de Mello BISPO</i>	
JUSTIÇA SOCIAL E SEGURANÇA NA MODERNIDADE RECENTE: UMA ANÁLISE À LUZ DA SOCIOLOGIA JURÍDICA.....	103
<i>Dequex Araújo SILVA JUNIOR</i>	
NOVAS REFLEXÕES SOBRE BIOÉTICA E BIOTECNOLOGIA EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA.....	120
<i>Ana Thereza Meirelles ARAÚJO</i>	

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO INSTRUMENTOS APTOS A RESOLVER A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diana Perez RIOS*

Resumo: Este trabalho tem por objetivo fazer uma análise dos Direitos Fundamentais, bem como do papel que o princípio da proporcionalidade e a dignidade da pessoa humana, erigida que foi a fundamento da República Federativa do Brasil, desempenham nos casos de colisão entre tais direitos. Busca-se demonstrar, por meio da análise doutrinária e legislativa, a importância da proporcionalidade nos casos de ponderação de direitos fundamentais em confronto, assim como a supremacia axiológica da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a necessidade da sua utilização como chave interpretativa de todo o sistema jurídico.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Princípio da Dignidade. Princípio da Pessoa Humana. Direito Constitucional Brasileiro.

1. Introdução

A crise do constitucionalismo moderno e a superação do positivismo ortodoxo, que tinha como base a idéia de subsunção e completude do sistema, fez surgir um novo modelo de constitucionalismo, conhecido como pós-constitucionalismo ou neoconstitucionalismo, afinal, os paradigmas clássicos da teoria da constituição não satisfaziam mais aos anseios de uma sociedade plural.

Neste contexto, especialmente após a constatação das atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais se multiplicam e passam a ocupar o ápice da estrutura normativa.

* Mestranda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Processual Civil pelo Juspodivm. Professora orientadora dos cursos de pós-graduação do Juspodivm. Professora da graduação do curso de Direito da disciplina *Metodologia da Pesquisa Jurídica* da Faculdade Dom Pedro II.

No Brasil, com a Constituição Cidadã, não foi diferente. Inúmeros Direitos Fundamentais passam a integrar o corpo da Carta Magna dotados de normatividade jurídica.

Ocorre que, em virtude do pluralismo social, não é raro ocorrerem, diante do caso concreto, confronto entre estes Direitos Fundamentais. E, neste cenário, a proporcionalidade e a Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil, despontam com importância ímpar, transformando-se nos princípios norteadores do intérprete e aplicador do Direito nos casos de colisão entre Direitos Fundamentais, como será visto no decorrer deste trabalho.

2. Direitos Fundamentais – Aspectos Gerais

A noção de Direitos Humanos é antiga, já estando documentada no Código de Hamurabi, primeiro código de leis escritas que se tem conhecimento. O seu surgimento coincide com a constatação de que os homens são detentores de direitos naturais e inalienáveis, o que denota a sua forte inspiração jusnaturalista.

O surgimento formal dos Direitos Fundamentais, tal qual concebemos hoje, entretanto, só ocorreu na segunda metade do século XVIII, época em que se deu o aparecimento de documentos emanados da vontade soberana do povo.

A crise do sistema feudal e do regime absolutista, aliado ao surgimento de uma classe burguesa ávida por mudanças no cenário político, ao mesmo tempo em que fortaleceram o Estado, evidenciaram as mazelas do antigo regime, fazendo nascer a necessidade de se estabelecer direitos mínimos de igualdade e liberdade a serem respeitados pelo Estado.¹

¹ LIMA, Henrique. **Efeitos horizontais dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>>. Acesso em: 02 maio 2009.

A Constituição passa a desempenhar papel primordial, na medida em que será o instrumento de contenção dos poderes estatais e de realização de direitos humanos. Os direitos humanos, antes previstos em tratados e declarações internacionais, são trazidos para as Constituições dos países, transformando-se em Direitos Fundamentais.

Os primeiros documentos a trazerem previsão de Direitos Fundamentais, da forma como conhecemos hoje, tiveram forte influência liberal e se caracterizavam pelo dever de não intervenção do Estado na esfera individual. Estes Direitos são conhecidos como Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão².

Na categoria de Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão se enquadram aqueles que Gilmar Mendes³ denomina “direitos fundamentais enquanto direitos de defesa”, na medida em que “asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do executivo, do Legislativo, ou, mesmo, do Judiciário.”

A crise do Liberalismo, todavia, fez surgir a necessidade de uma participação mais ativa do Estado, não mais se justificando a sua postura não intervencionista. Neste contexto, ganham relevância os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão, também chamados de Direitos Sociais. Esta dimensão caracteriza-se pelo cunho positivo dos direitos, na medida em que exigem uma conduta positiva do Estado na busca do bem-estar social.

Nas lições de Gilmar Mendes⁴, na categoria de Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão se enquadram os “direitos fundamentais enquanto garantias positivas do exercício das liberdades”, e objetivam “a garantia não apenas de liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de

² A expressão dimensão de direitos fundamentais substituiu geração, haja vista que esta última cria a idéia de que há superação entre as gerações, o que, em verdade, não ocorre.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, janeiro 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2009, p. 03.

⁴ *Ibidem*, p. 05

sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.”

Atualmente, as Constituições, além dos Direitos Fundamentais de Primeira e Segunda Dimensões, prevêm, ainda, Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão. Nesta categoria se enquadram os direitos coletivos e difusos, também chamados de Direito de Solidariedade e Fraternidade. Estes direitos não se dirigem aos interesses do indivíduo, mas de um grupo, de uma coletividade.

Por fim, há autores que ainda vão mais adiante, afirmando que nos dias atuais já se pode falar em Direitos de Quarta e Quinta Dimensões. Os Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão seriam aqueles ligados à bioética, enquanto os de Quinta Dimensão seriam os direitos virtuais.⁵

Vê-se, assim, que os Direitos Fundamentais estão intimamente ligados ao momento histórico vivido, sendo resultado de lutas sociais. Daí porque estabelecer um conceito unívoco e universalmente aceito é tarefa das mais árduas, senão impossível de se concretizar.

Ademais, ante a pluralidade de definições existentes, pode-se constatar que a expressão Direitos Fundamentais é, por vezes, confundida com outras expressões que, nada obstante tenham íntima relação, não se equivalem. São elas, para citar alguns exemplos: Direitos Naturais, Direitos Morais, Liberdades Públicas, Direito Público Subjetivo e Direitos Humanos. Não se pode negar que tais expressões contribuem para se alcançar o real significado de Direitos Fundamentais, mas, como bem distingue Márcia Brandão Zollinger⁶, não podem ser vistas como sinônimos.

O termo Direitos Naturais está umbilicalmente vinculado a uma concepção jusnaturalista, estruturada na idéia de que há direitos invioláveis e inerentes ao homem pela sua simples condição de ser humano.

⁵ BEZERRA, Paulo César Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007.

⁶ ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: jusPodivum, 2006.

Os Direitos Morais, assim como os Direitos Naturais, remetem à noção de direitos anteriores ao Estado, e sofreram forte influência do direito anglo-saxão, em especial do pensamento de Ronald Dworkin, que promove uma fusão das questões morais e jurídicas.

Liberdades Públicas, por outro lado, têm uma dimensão positiva, referindo-se a aqueles direitos de cunho individualista reconhecido pelo ordenamento jurídico.

A expressão Direito Público Subjetivo, assim como a anterior, contempla apenas o aspecto negativo, ou seja, o direito do cidadão à não intervenção do Estado na sua esfera de liberdade.

Por fim, a distinção de maior relevância diz respeito à expressão Direitos Humanos. Nos dizeres de Márcia Zollinger enquanto “direitos fundamentais seriam aqueles direitos do homem positivados no ordenamento de determinado Estado, especialmente na Constituição”, a expressão direitos humanos “é reservada aos direitos dos homens positivados nas declarações e tratados internacionais”.⁷

Paulo César Santos Bezerra⁸, ao traçar a diferenciação entre Direitos Naturais, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais assevera que os Direitos do Homem representam o aspecto universal dos Direitos Naturais. Noutros termos, o Direito Natural servirá para fundamentar a ordem política, e esta ganhará legitimidade quando positivar o que está impresso nas leis naturais, transformando-se, assim, em Direitos Humanos. Já quando estes Direitos Humanos adentram nas Constituições recebem a roupagem de Direitos Fundamentais.

⁷ ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais**. Salvador: jusPodivum, 2006, p. 20.

⁸ BEZERRA, *op. cit.*

De acordo com José Carlos Vieira de Andrade⁹, os Direitos Fundamentais podem ser vislumbrados em diferentes perspectivas: jusnaturalista, constitucional ou universalista, e tais perspectivas se relacionam com a pluralidade de designações oferecidas pela matéria. Segundo este autor, o termo Direitos Fundamentais é gênero no qual são espécies os Direitos Fundamentais em sentido estrito, os Direitos Naturais e os Direitos Humanos. Os primeiros se ligam à perspectiva constitucional, de acordo com a qual são direitos fundamentais aqueles consagrados pela Constituição de um país; já os segundos se ligam à perspectiva jusnaturalista, que leva em conta os direitos inatos a todos os seres humanos; os terceiros, por fim, se ligam à perspectiva universalista, que consideram os direitos de todos os homens em todos os países.

Vê-se, assim, que estas expressões, embora não sejam sinônimas, não podem ser vistas como realidades absolutamente distintas. Os direitos naturais antecedem os direitos humanos, que, por sua vez, são uma categoria prévia, legitimadora e informadora dos Direitos Fundamentais. E estes são uma categoria descritiva dos direitos humanos e naturais.

O elenco de Direitos Fundamentais vem se ampliando ao longo da história dos últimos séculos, sofrendo influência direta do momento vivido e das lutas de classe. Daí porque, além da dificuldade de conceituação, o estabelecimento de uma definição restritiva de Direitos Fundamentais ser insuficiente para atingir o seu objetivo.

Em matéria de conceituação de Direitos Fundamentais, para fazer apenas alguns exemplos, vale a pena trazer à baila a lição de José Afonso da Silva¹⁰, para quem os Direitos Fundamentais podem ser visto como:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira da. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 21.

Henrique Lima¹¹ conceitua Direitos Fundamentais como sendo “todas as normas que tenham como objeto a garantia de direitos considerados indispensáveis para o desenvolvimento saudável e digno do seu humano e da coletividade”.

Por fim, para Ingo Wolfgang Sarlet¹² “os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica”.

Embora, como dito alhures, não seja possível a adoção de um conceito universalmente aceito, a definição de Direitos Fundamentais deve ser abrangente, de modo a englobar todas as suas dimensões e não confundi-los com conceitos correlatos, bem como remetê-los ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da Carta Magna.

3. Direitos Fundamentais e Princípios: Ponto de Contato

Antes da Segunda Guerra Mundial, a Constituição era fortemente marcada pelo ideal liberalista, restringindo-se a limitar o poder estatal e positivizar alguns direitos individuais. Este modelo foi construído com o objetivo de garantir a livre concorrência e iniciativa privada, anseios da classe burguesa, reduzindo, ou até mesmo anulando, a intervenção do estado na economia e na sociedade.

Nesta fase, o positivismo jurídico ortodoxo, que pregava a completude do sistema legislativo e a utilização do método subsuntivo, serviu de bandeira para garantir a segurança jurídica, desvinculando de modo absoluto o direito de princípios axiológicos.

Não há como negar que o constitucionalismo moderno representou um grande avanço para a teoria da constituição. Ocorre que, com o passar dos tempos e a complexidade das relações sociais, os postulados do constitucionalismo precisavam ser revistos para se adequar à realidade.

¹¹ LIMA, Henrique. **Efeitos horizontais dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>>. Acesso em: 02 maio 2009, p. 07.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

Após a constatação das barbaridades praticadas na Segunda Guerra Mundial, os paradigmas do constitucionalismo moderno não são mais capazes de responder aos anseios da sociedade contemporânea. Neste contexto, surge o neoconstitucionalismo, como uma releitura do modelo de constituição a ser seguido pela sociedade.

Atenta a esta nova realidade, no Brasil, a Constituição Federal de 1988, com forte conteúdo axiológico, passa a ser dotada de normatividade jurídica com eficácia direta e imediata, não se limitando a prescrever meras recomendações a serem seguidas pelo legislador.

Os princípios, assim, passam a desempenhar papel relevante neste novo contexto, e o sistema constitucional passa a ser composto não apenas por regras, mas também princípios.¹³

Vê-se, pois, que a passagem para o neoconstitucionalismo é marcada pela superação do positivismo ortodoxo e aproximação do Direito e Moral, sendo os direitos fundamentais o ponto de encontro entre eles¹⁴.

Neste sentido leciona André Rufino do Vale¹⁵:

[...] na medida em que possuem uma dupla normatividade, moral e jurídica, ou uma dupla dimensão, axiológica e deontológica, as normas de direitos fundamentais constituem o ponto de encontro entre Direito e moral. Por isso, a interpretação e argumentação desenvolvidas em torno dessas normas são, simultaneamente, jurídica e moral.

Os Direitos Fundamentais passam a ser s pilares do ordenamento jurídico e “estão

¹³ Não será, neste trabalho, analisada profundamente a classificação das normas em regras e princípios e as peculiaridades de cada espécie. Entretanto, vale a pena destacar o posicionamento de Paulo Ricardo Schier, segundo o qual a norma é o produto da interpretação do texto de lei, e, sendo assim, as regras e princípio não seriam espécies de normas, mas tipos de enunciados normativos. [**Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2009].

¹⁴ Há quem entenda, todavia, a exemplo de Coleman e Ferrajoli, que não houve ruptura do positivismo (pós-positivismo), mas flexibilização do positivismo que passa a abarcar conceitos morais (positivismo inclusivo).

¹⁵ VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09, jan./jun. 2007, p. 71.

inseridos dentro daquilo que o *Constitucionalismo* denomina de princípios constitucionais fundamentais, que são os princípios que guardam os valores fundamentais da Ordem Jurídica”.¹⁶

No neoconstitucionalismo, a Constituição estabelece a promoção dos direitos fundamentais, normas marcadamente principiológicas, como seu fim essencial e, neste contexto despontam com proeminência os princípios da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, que nas palavras de Helena Regina Lobo da Costa¹⁷, é a razão de ser dos direitos fundamentais.

4. Conflito entre Direitos Fundamentais e Ponderação de Interesses: o Princípio da Proporcionalidade

A complexidade da sociedade contemporânea, aliada ao ideal de Estado Democrático de Direito, contribui para a previsão e proteção de um grande número de Direitos Fundamentais. O respeito aos direitos fundamentais se deslocou para o centro de importância da ordem jurídica. Ocorre que, diante do caso concreto, não é incomum que estes Direitos entrem em colisão.

Como visto alhures, as normas que enunciam direitos fundamentais, ante as suas características, têm delineamento de princípios e, em sendo assim, os casos de conflito não podem ser solucionados pela hermenêutica tradicional.

[...] considera-se os direitos fundamentais normas-princípios. São considerados normas por estarem positivadas na Constituição e princípios por serem as pilastras mestras da Magna Carta brasileira. Considera-se, dessa forma, porque o maior objetivo de uma Constituição é a defesa dos direitos fundamentais.¹⁸

¹⁶ GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: 02 maio 2009, p. 04.

¹⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁸ VIEIRA, Katharine Santos. A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais. A distinção do princípio da razoabilidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Disponível em: <www.ffb.edu.br/download/Diálogo_Juridico_n5_10.PDF>. Acesso em: 21 abr. 2009, p. 198-199.

Ao contrário do que ocorre com as regras¹⁹, cujo conflito é solucionado pela lógica do tudo ou nada, por padrões de validade e vigência, os Direitos Fundamentais, dado o seu conteúdo principiológico, precisam de uma metodologia própria para resolver os casos de colisão.

Nas lições de Ronald Dworkin, dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida e neste caso em nada contribui para a decisão²⁰. O mesmo, todavia, não se dá com os princípios e, conseqüentemente, com os direitos fundamentais.

Os princípios, assim,

por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de colisão entre princípios, estes podem ser objetos de harmonização ou, em último caso, de ponderação, pois eles contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha devem ser realizados²¹.

Nestes casos, fala-se em ponderação dos princípios e aplicação da proporcionalidade como regra capaz de permitir a coexistência de direitos fundamentais ou de fazer prevalecer um diante do outro, sem a eliminação de qualquer um deles em abstrato.

A ponderação judicial de acordo com Ana Paula de Barcellos e José Roberto Barroso²² consiste em “uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”.

¹⁹ Os conflitos de regras, ou antinomias, são solucionados pelos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²¹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais**. Disponível em: <www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2009.

²² BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSSO, Luís Roberto (coord.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003, p. 345-346.

Robert Alexy²³ prega a solução para a colisão entre princípios baseado na ponderação de interesses, que se realiza por meio do princípio da proporcionalidade. De acordo com o ilustre autor, o sistema de estruturas de ponderação, fulcrado no princípio da proporcionalidade e apto a solucionar o conflito entre normas de direitos fundamentais tem sua incidência amarrada aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com o subprincípio da adequação, qualquer medida restritiva deve ser adequada ou idônea ao fim que se busca alcançar. Noutros termos, as intervenções realizadas devem ser capazes de atingir o objetivo almejado.

Já segundo o subprincípio da necessidade, a medida adotada deve ser aquela que cause menos restrição aos direitos fundamentais envolvidos. A opção escolhida deve ser a menos gravosa aos direitos discutidos.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito caracteriza-se por uma relação entre custos e benefícios, ou seja, o ônus imposto deve ser menor que o benefício a ser alcançado.

Assim, ante a ineficácia das técnicas de solução de conflito de regras para a solução de colisão entre princípios, é imprescindível a utilização do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios como critério para a solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

É cediço que o neoconstitucionalismo convive com conflitos, em virtude de diferentes pretensões existentes na Constituição. Tais conflitos, todavia, devem ser harmonizadas para se garantir a convivência pacífica em uma sociedade plural como a nossa, e a técnica de ponderação dos interesses, instrumentada pelo princípio da proporcionalidade, tem esta pretensão.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

5. Conflito entre Direitos Fundamentais e o Papel da Dignidade da Pessoa Humana

5.1. Dignidade da Pessoa Humana: noções introdutórias

A construção do conceito de dignidade, tal como se concebe hoje, teve início no século XVIII, “quando predicados anteriormente associados à aristocracia e à ocupação de cargos públicos começam a sofrer um processo de generalização”²⁴. Essa generalização do século XVIII, instrumentalizada com as declarações de direitos, foi empreendida pela burguesia, que circunscreveu a noção de dignidade apenas à sua classe social, não abrangendo, assim, todas as pessoas.

Immanuel Kant²⁵, no final do século XVIII, definiu a dignidade da pessoa humana como qualidade imprescindível do ser humano, devendo por todos ser promovida e respeitada. Tal conceito, entretanto, não foi amplamente difundido, haja vista que o aspecto patrimonialista do século XIX e início do século XX se sobrepôs ao valor da pessoa humana. Após os horrores da 2ª Guerra Mundial, contudo, o conceito de dignidade foi revigorado, adquirindo, em muitos países, status constitucional.

Nesta época, a influência kantiana é marcante. Para este autor²⁶, todo homem deve ser considerado um fim em si mesmo, jamais como meio.

[...] todo ser racional existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem de ser considerado simultaneamente como fim.

Nada obstante este avanço, ainda não se visualizava a obrigação do Estado promover um mínimo existencial apto a garantir a dignidade humana. Esta era vista apenas em seu aspecto negativo, isto é, caberia ao Estado apenas proteger os cidadãos de ataques que

²⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 21.

²⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintel. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 59.

²⁶ *Ibidem. Loc. cit.*

violassem a sua dignidade.

Tal situação, entretanto, foi se modificando ao longo dos anos com o alargamento do conceito de dignidade.

O conceito de dignidade no período pós-guerra, portanto, além de ter seu âmbito de aplicação alargado para todas as pessoas com fundamento, sobretudo, na doutrina kantiana, ganha densidade em seu conteúdo, que paulatinamente vai sendo preenchido não apenas por direitos-liberdade (*Abwehrrechte*), que impõem limitações ao poder estatal em face do indivíduo, bem como por direitos sociais, que impõem ao Estado deveres de prestação ao indivíduo (*Forderungrechte*).²⁷

No Brasil, não foi diferente. O princípio da dignidade da pessoa foi erigido pela Constituição de 1998, em seu artigo 1º, III, a fundamento da República, e como tal deve nortear toda e qualquer relação jurídica.

Nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet²⁸, a dignidade da pessoa humana é:

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

Com a inserção da dignidade humana na Constituição da República, ela se transformou em norma jurídica e, portanto, dotada de caráter vinculante.

Embora os valores emanem a todo momento do ordenamento jurídico, quando um desses valores é juridicizado e transformado em princípio, sua força vinculante é maior e sua carga axiológica passa a ter caráter obrigatório, constitui-se norma, tendo, portanto, caráter deontológico, e, por estar no ordenamento jurídico como princípio fundamental, vincula todas as esferas jurídicas.²⁹

²⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 30.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre. Livrara do Advogado Ed., 2008.

²⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia da vontade**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

Seguindo esta esteira de raciocínio, Helena Regina Lobo da Costa³⁰ assim se manifesta:

[...] além desta carga de fundamentação e legitimação, a dignidade humana é norma jurídica, sendo essencial ressaltar que ela não se restringe a uma declaração ou postulado filosófico, possuindo força normativa concreta. Se, na doutrina desenvolvida no pós-guerra, houve quem defendesse que a dignidade humana possuía força meramente declaratória, atualmente não há mais espaço para esta interpretação.

Desta breve explanação, resta claro que embora não se possa traçar um conceito preciso de dignidade da pessoa humana em virtude da sua grande abertura semântica, não se deve, com base nisto, esvaziar o seu conteúdo e transformá-lo em mera exortação ideológica, como era comum ocorrer na era do positivismo ortodoxo.

Assim, a dignidade da pessoa humana, entendida com princípio fundamental e vinculante, impõe a todos uma nova postura na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

5.2. O Papel da Dignidade da Pessoa Humana na Colisão de Direitos Fundamentais

Como amplamente debatido, a Constituição Cidadã de 1988 está assentada em Direitos Fundamentais que são, reconhecidamente, dotados de normatividade e eficácia jurídica, vinculando não apenas as normas infraconstitucionais, mas também as normas constitucionais.

Os princípios que enunciam os Direitos Fundamentais, por seu forte conteúdo axiológico, servem de base para a interpretação de todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Geraldo Ataliba³¹,

[...] princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da

³⁰ COSTA, *op. cit.*, p. 34

³¹ ATALIBA, *apud* NUNES, Luiz Alberto Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

legislação, da administração e da jurisdição.

Deste modo não há como se negar a supremacia, ao menos axiológica, dos princípios em relação às regras. Situação semelhante se dá com os princípios entre si, não se podendo negar que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa posição superior em relação aos demais princípios constitucionais.

O próprio legislador constituinte ao erigir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República o colocou em posição de destaque, reconhecendo-o, assim, como o princípio máximo estampado na Constituição. Este, aliás, tem sido o entendimento de abalizada doutrina.

De acordo com Flávia Piovesan³², tendo em vista que o legislador constituinte colocou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, não resta dúvida de que a dignidade da pessoa humana deve ser vista como um valor apto a orientar toda interpretação e efetivação do sistema constitucional, servindo de “suporte axiológico” a todo sistema jurídico brasileiro. Mais adiante, assevera que a dignidade humana é um “superprincípio” a orientar o Direito.

Resta claro, pois, a posição da Autora de que a dignidade da pessoa humana se sobrepõe aos demais princípios constitucionais:

Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional Ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.³³

³² PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008.

³³ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 53.

Seguindo a mesma esteira de raciocínio, Paulo Bonavides³⁴ afirma que: “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Para Helena Regina Lobo da Costa³⁵, a dignidade da pessoa humana é fundamento jurídico e filosófico do ordenamento, a razão de ser dos direitos fundamentais. Todavia, não se resume a isto, funcionando como norma jurídica, ora como princípio, determinando um estado ideal de coisas a ser concretizado pela adoção de comportamentos, ora como postulado normativo, determinando critérios para a interpretação de outras normas³⁶. E, neste caso, em havendo colisão entre direitos fundamentais, o postulado normativo da dignidade humana serve como medida para ponderação entre eles.

Como postulado normativo, a dignidade adquire feições mais amplas do que aquelas referentes ao princípio da dignidade, podendo-se falar em dignidade em sentido amplo (postulado normativo) e dignidade em sentido estrito (princípio). Por esta razão, o postulado da dignidade funciona como uma chave interpretativa que abre o sistema jurídico, permitindo a produção de respostas a novas questões, delimitando o alcance de certas normas e resolvendo antinomias.³⁷

Vê-se, pois, que a Autora, ainda que designando-a como postulado, prevê a preponderância da Dignidade da Pessoa Humana que, como metanorma que é, situa-se em plano superior às regras e princípios, estruturando, assim, a maneira pela qual estas normas devem ser aplicadas.

Fladimir Jerônimo Belinati Martins³⁸, do mesmo modo, disserta que em face da proeminência axiológica conferida ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma de

³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 223.

³⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

³⁶ Aqui vale destacar que a Autora segue a classificação de Humberto Ávila, que concebe uma divisão tripartida entre as categorias de normas jurídicas, a saber: regras, princípios e postulados normativos.

³⁷ COSTA, *op. cit.*, p. 54-55.

³⁸ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. 1. ed. 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

suas principais funções é conferir unidade e legitimidade à ordem constitucional.

Neste contexto, não há como desprezar o fato de que a dignidade da pessoa humana é o valor máximo do sistema jurídico nacional.

Quem se posiciona em sentido contrário, argumenta que não deve haver hierarquia entre normas constitucionais e, caso se entenda de outro modo, não haveria que se falar em ponderação de interesses ou princípio da proporcionalidade, haja vista que este pressupõe que se esteja diante de normas de mesma hierarquia. Tal posicionamento, todavia, acha-se eivado de equívocos e não merece ser acolhido.

O princípio da dignidade é, na verdade um metaprincípio, princípio supremo que deve orientar a interpretação dos demais princípios constitucionais, inclusive em caso de confronto entre Direitos Fundamentais. Assim, no caso concreto, caso haja conflito entre princípios, a solução deve-se dar com a utilização do princípio instrumental da proporcionalidade, que terá sempre por parâmetro a dignidade da pessoa humana, guia na ponderação de interesses conflitantes. A dignidade da pessoa humana é, assim, o elemento balizador de qualquer interpretação constitucional, especialmente quando estão envolvidos direitos fundamentais.

Agora, realmente é a dignidade que dá o parâmetro para a solução do conflito de princípios; é ela a luz de todo o ordenamento. Tanto no conflito em abstrato de princípios como no caso real, concreto, é a dignidade que dirigirá o intérprete – que terá em mãos o instrumento da proporcionalidade- para a busca da solução.³⁹

Na medida em que os direitos fundamentais representam concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, a solução para o conflito envolvendo estes direitos deve ser norteadada pelo referido princípio. Noutros termos, sempre que houver colisão entre direitos fundamentais, a técnica de ponderação de interesses e, conseqüentemente, a utilização do princípio da proporcionalidade, deve se aproximar ao máximo da realização da dignidade da pessoa humana.

³⁹ NUNES, Luiz Alberto Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55.

Nas palavras de Leandro Sousa Bessa⁴⁰,

[...] o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana funciona como poderosa arma na complexa tarefa de resolver colisões de direitos fundamentais. Se estes representam desdobramentos, concretizações e exigências daquele, é natural que, em uma eventual interpretação, a dignidade da pessoa humana seja o ponto de apoio e a finalidade a ser alcançada. É neste sentido que deve ser orientada a ponderação solucionadora de colisões.

Assim, pode-se afirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana, ante a sua supremacia, é que dá a direção para aplicação não só de regras constitucionais e infraconstitucionais, como também para a concretização de outros princípios constitucionais e, em especial, servindo de guia para a aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos de conflito entre Direitos Fundamentais, conferindo sustentação ao ordenamento jurídico.

6. Conclusão

À guisa de conclusão, pode-se afirmar que o neoconstitucionalismo rompeu com os ideais do positivismo ortodoxo, que pregava a pureza da ciência jurídica e se mostrava contrário à existência de qualquer relação entre Direito e Moral.

A inserção de um número cada vez maior de Direitos Fundamentais no âmago das Constituições evidencia esta ruptura e deixa claro que estes Direitos, com forte conteúdo principiológico, passaram a nortear todo o ordenamento jurídico.

Os princípios, de meras recomendações, passam a integrar o sistema constitucional com força vinculante e servindo de fundamento para a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Ocorre que, por serem dotados de grande abertura semântica e diante da pluralidade da

⁴⁰ BESSA, Leandro Sousa. **Colisão de direitos fundamentais**: proposta de solução. Disponível em: <conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2009.

sociedade contemporânea, não é incomum que os Direitos Fundamentais, no caso concreto, entrem em tensão dialética. Nestes casos, as técnicas de solução de antinomia de regras não são capazes de resolver os conflitos e, nestes casos, o princípio da proporcionalidade, aplicando a técnica de ponderação de interesses, é o único meio capaz de solver a colisão existente. Aqui, a Dignidade da Pessoa Humana, erigida que foi a Fundamento da República, desempenha um papel imprescindível.

Nada obstante não se pregue a existência de hierarquia entre princípios constitucionais, o que por si só esvaziaria a técnica de ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade, não há como negar que a Dignidade da Pessoa Humana se sobrepõe aos demais princípios, tanto assim que o próprio legislador constituinte o colocou em posição de destaque.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é, pois, uma metanorma, um superprincípio que obriga a todos os demais princípios o seu cumprimento, dando a direção a ser seguida na ponderação de interesse e, por via de consequência, guiando a aplicação do princípio da proporcionalidade na solução de conflitos entre Direitos Fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira da. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Os direitos fundamentais no século XXI**. Disponível em: <www.georgemlima.xpg.com.br/andrade.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo , Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 131-152.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em: 01 mar. 2009.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSSO, Luís Roberto (coord.). **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, Direitos Fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2003.

BESSA, Leandro Sousa. **Colisão de direitos fundamentais: proposta de solução**. Disponível em: <conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Leandro%20Sousa%20Bessa.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2009.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Temas atuais de direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Editus, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia da vontade**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O conteúdo jurídico da dignidade da Pessoa Humana. In: NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito**

Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p. 153-174.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: uma análise metateórica. *In:* CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana:** teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: 02 maio 2009.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintel. Lisboa: Edições 70, 2000.

LIMA, Henrique. **Efeitos horizontais dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11392>>. Acesso em: 02 maio 2009.

LOMEU, Leandro Soares. **Aspectos do neoconstitucionalismo**. Disponível em: <www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-067-Andre_Rufino_do_Vale.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2009.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana:** princípio constitucional fundamental. 1. ed. 6. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 10, janeiro 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, Luiz Alberto Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988. *In:* NOVELINO, Marcelo (org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional:** Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2008, p.41-56.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre. Livrara do Advogado Ed., 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do**

neoconstitucionalismo. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 01 mar. 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais.** Disponível em: <www.unibrasil.com.br/revista_on_line/artigo%2026.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09, jan./jun. 2007, p. 67- 77.

VIEIRA, Katharine Santos. A importância do princípio da proporcionalidade para a teoria dos direitos fundamentais. A distinção do princípio da razoabilidade. **Revista Diálogo Jurídico.** Disponível em: <www.ffb.edu.br/download/Dialogo_Juridico_n5_10.PDF>. Acesso em: 21 abr. 2009.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais.** Salvador: jusPodivum, 2006.

DESAFIOS DA CRIMINOLOGIA NO SÉCULO XXI

Oswaldo BASTOS NETO*

Resumo: Argumenta que a criminologia apresenta limitações na análise e explicação do crime e do fenômeno criminal por conta da influência das suas doutrinas criminais originárias e atualmente, o viés politicamente correto do marxismo. Elabora algumas comparações com o Direito Penal, Gestão Pública e Geopolítica.

Palavras-chave: Crime. Criminologia. Direito Penal. Gestão Pública. Geopolítica.

1. Introdução: crime, modernidade e pós-modernidade: há soluções para o que está aí?

O crime organizado não é fenômeno novo e as suas raízes históricas não encontram consenso no âmbito da investigação acadêmica, jurídica e policial. Entretanto, é de fato, no século XX que tal fenômeno criminal adquire as características que observamos atualmente.

Talvez em certa medida seja redundante falar em *crime organizado e delitos conexos*¹. Mas, já faz algum tempo, que as relações criminosas entre o público e o privado, o formal e o informal, o lícito e o ilícito nos leva a pensar em uma *economia do crime* em conexões criminosas a partir grupos mafiosos entre si e com gangues de rua em redutos de pobreza. Nesse sentido, a idéia de *empresa de fachada* é um conceito superado, quando observamos o formal-legal imiscuir-se com informal-ilegal de maneira flagrante transitando entre o extremo da sofisticação ao outro extremo da pouca sofisticação. Não

* Oswaldo Bastos Neto é Professor de UCSal.,FBB, D. Pedro II, Academia de Oficiais da Polícia Militar – Curso de Formação de Oficiais – CFO, CESP: Curso de Especialização em Segurança Pública - CEGESP: Curso de Especialização em Gestão Estratégica em Segurança Pública.

¹ Matéria ministrada no Curso de Gestão Estratégica de Segurança Pública – CGESP, na Academia de Oficiais da Polícia Militar da Bahia.

há mais motivos para pensar em “fachada” e sim, numa *economia do crime* cujo *modus operandi* perpassa todas as classes sociais.

A relação entre política e crime é também muito antiga. Não é de forma alguma característica do capitalismo moderno. Os argumentos mais usuais que costumam culpar o capitalismo por muitos fenômenos com os quais nos deparamos é, muitas vezes, testemunho de ignorância sobre o assunto. É claro que um modelo econômico ajuda a definir os perfis criminais e está claro que o capitalismo se tornou uma veia fácil para o crime organizado se expandir.

Ao mesmo tempo, as autoridades, principalmente políticas, parecem não estar muito interessadas em combater o crime que não seja aquele diretamente ligado a propriedade e à vida nas suas formas de expressões mais imediatas e que se refletem na opinião pública. Neste contexto, políticas de Segurança Pública e até mesmo, de Segurança Nacional tornam-se meios de propaganda para políticos de Terceiro Mundo a exemplo do Brasil. Ao mesmo tempo, supostos intelectuais pseudo-entendedores do assunto sopram discursos politicamente corretos ao sabor do vento e das suas próprias criatividade. Quando no mundo da rua as atrocidades acontecem oriundas de ambas as partes, polícia e bandido, a massa, como não poderia deixar de ser, aplaude ao espetáculo da barbaridade quando o mocinho é um representante do Estado pronto para eliminar qualquer um. Esta *massa humana* incógnita na banalidade cotidiana do homem comum não pode perceber que ela é parte essencial do processo é coadjuvante. São esses mesmos que se beneficiam do que está aí porque traficam ou consomem, contrabandeam ou consomem, lavam ou ajudam a lavar com seus empregos em empresas suspeitas e insuspeitas ou aqueles foliões e pessoas alegres que beneficiam-se da lavagem nos estádios, bares, restaurantes, motéis ou até mesmo hotéis de luxo e no tão idolatrado setor financeiro.

No mundo inteiro a evolução do tráfico de drogas se deu pelas da pouca atenção das autoridades governamentais. Por várias gerações já vem se fazendo, inclusive através da música, apologia à violência, homicídio, suicídio, consumo de drogas e à irresponsável

liberação sexual como forma de protesto. Protestam contra a violência instigando a violência.

Mas, estas gerações, não são frutos do acaso. No mínimo é resultado da omissão criminosa de autoridades no mundo inteiro, que viram nas drogas um meio de fazer calar a juventude contestadora. E, em pouco tempo perceberam em tal ilicitude um meio eficaz de financiar e efetivar políticas obscuras, principalmente no Terceiro Mundo.

No Terceiro Mundo, governado tradicionalmente por elites corruptas, a democracia tornou-se “uma festa”, consolidou-se apenas o voto em urna e não verdadeiramente a democracia, enquanto as mazelas sociais tornaram-se base para a sustentação do pífio discurso do tal “problema social”.

O “problema social” parece, a princípio, eximir tais elites da culpa pelo fracasso no processo civilizatório do Terceiro Mundo, antigas colônias. Por isso, qualquer observação mais apurada constatará sem demora, que o “problema social” é resultado de corrupção traduzida no desvio escancarado do dinheiro público para a acumulação de propriedade privada seguindo os rumos dos paraísos fiscais espalhados pelo mundo.

O discurso do consenso, aquele que enfatiza que tudo vai bem quando tudo está muito mal, tomou conta da mídia e intelectuais. O intelectual revolucionário de Terceiro Mundo desapareceu. Com isso, estudos cujos resultados de pesquisas enfatizam a culpa dos pobres proliferam como se as elites não fossem culpadas pelos problemas dos seus respectivos países. Como discursar sobre a ausência de uma polícia cidadã, se a própria estrutura curricular do ensino brasileiro em todos os seus níveis é uma afronta à cidadania? É uma estrutura de ensino através da qual, geração após geração, reproduz as mazelas e deficiências da geração anterior, simbolizada naquela velha mania de formação acadêmica através de “fichamentos” e, quando muito, leitura de um capítulo de um livro. Sem dúvida é uma educação de Terceiro Mundo para reproduzir o Terceiro Mundo.

Num mundo, no qual, os expoentes engravatados, com diplomas das mais renomadas universidades muitas vezes ajudam as mais diversas formas de crime a se expandir, como alegar que o problema é a escola? Tal questão torna-se uma premissa desvinculada do mundo empírico. Reduz-se a um discurso politicamente correto, coisa que parte das massas humanas está cansada de ouvir.

As rotas criminosas que cortam o Brasil fazem do nosso país um paraíso criminal. É estranho mesmo levando em conta a imensidão do país e das suas fronteiras, que tantas rotas através das quais ocorrem ilícitos dos mais variados possam trafegar sem nenhum grande empecilho. Armas, drogas, roubo de cargas nas estradas, roubo e desmanche de carros e caminhões, biopirataria, contrabando de animais silvestres ocorram com intensa receptação destes ilícitos, inclusive no mercado formal. A prostituição envolvendo sobremaneira a indústria do turismo, o tráfico internacional de mulheres para prostituição que se alastra a uma velocidade espantosa, sob pouca vigilância das dezenas de países envolvidos. Tráfico de órgãos, jogos de azar, lavagem de dinheiro, o conivente ao roubo do erário lavado em paraísos fiscais, tráfico de órgãos, tudo isso tem trânsito relativamente fácil neste paraíso tropical chamado Brasil.

Os questionamentos acerca dos motivos que levam ao crime existem e acompanham, sem dúvida de um modo ou de outro, o desenvolvimento da própria civilização e vão desde as psicoses, problemas hormonais, malformação cerebral, pobreza, cobiça etc.

O crime organizado é um tipo de fenômeno criminal que fragiliza as teorias que geralmente circulam no âmbito da criminologia e do Direito Penal. O Direito Penal em termos práticos e epistemológicos consegue safar-se de tal contradição através da sua usual tipificação. Mesmo assim como analisaremos mais adiante, os limites do Direito Penal tanto pátrio como observado na dimensão ocidental tem tido dificuldade em apresentar respostas para a pós-moderna evolução do crime. Isso tem levado a debates intensos sobre a aplicação dos direitos constitucionais em qualquer que seja sua dimensão de observação, mesmo quando tomamos como parâmetro a Declaração de Direitos da ONU promulgada em 1948.

Apregoar a violação de direitos como forma de solucionar os problemas mais prementes do mundo atual é sempre o caminho mais fácil. Nem sempre, de fato, o mais eficiente e seguro para a coletividade. Isto porque, quando olhamos a história do colonialismo é fácil entender a saturação dos povos do Terceiro Mundo de tanto esperar promessas de desenvolvimento dos seus próprios governos e dos países centrais que só fazem mantê-los no atraso. A guerra do Iraque foi apenas mais um flagrante recente.

Seguindo esse raciocínio com a globalização financeira e mercadológica e talvez antes mesmo do reconhecimento e imposição desta estratégia, a expansão do crime já podia ser reconhecida há muito tempo como um problema globalizado. Nas três últimas décadas, terrorismo, guerras não-convencionais e narcotráfico tomam a dianteira no rol das preocupações que atormentam autoridades sérias e combativas no mundo inteiro. A necessidade de antecipação destes problemas como forma de garantir a segurança nacional de países pelo mundo todo seguiu o mesmo ritmo das mais recentes evoluções tecnológicas e reformulação de estratégias que resultaram, muitas vezes, em distorções doutrinárias e resultam conceitos absurdamente genocidas como *guerra zero mortes* do governo Clinton ou *guerra preventiva* para a gestão Bush. Atualmente, *danos colaterais* é uma expressão utilizada para indicar erros de pontaria que massacram civis. Por isso, se a tecnologia de guerra avança alguém tem que pagar o preço? Nesse contexto, quais os parâmetros que podem realmente definir o inimigo? A prisão de Abu Gharaib, por exemplo, foi um monumento referencial simbolizando o regime ditatorial e sanguinário de Saddam Hussein com direito a fornos crematórios para consumir o desaparecimento dos que por lá passavam. Porém, desde 2003, esta mesma prisão é utilizada pelas forças invasoras notoriamente capitaneadas pelo EUA. Continuou a ser centro de prisões ilegais, tortura, tratamento degradante, assassinato e trafico de órgãos patrocinados pelo mesmo aparato médico que sustentou a vida dos prisioneiros para prolongar o sofrimento sob tortura. Quem é o inimigo?

Por influência dessa nova geopolítica mundial e a reprodução periférica das guerras assimétricas domésticas, tornou-se muito comum o debate a respeito do uso legítimo das Forças Armadas para além do que tradicionalmente é previsto nas constituições ocidentais democráticas.

Os países centrais que sempre construíram suas economias e seu *bem-estar social* levando em conta a exploração das antigas colônias, quando América do Sul, África e Ásia iniciam o desafio ao antigo colonialismo pelos idos dos anos 50 do século XX, não por acaso surge em 1955 a incipiente e atualmente poderosa Comunidade Econômica Européia – CEE, hoje a União Européia. Ao mesmo tempo em que o Terceiro Mundo se levantava contra as velhas formas de dominação dos Estados Unidos, Europa e Japão tendiam a articular-se no sentido de estabelecer linhas políticas e econômicas em âmbito mundial que melhor favorecessem seus interesses.

No período da Guerra Fria havia alguma motivação geopolítica de ambos os blocos no sentido de dar atenção à pobreza dos países periféricos. Muitas vezes, por força desta rivalidade os princípios que orientaram as ajudas foram distorcidos e tais ações, muitas vezes, mais penalizaram do que fomentaram o desenvolvimento periférico. Apesar do discurso de democracia liberal dos EUA, quanto da democracia socialista da URSS esses países líderes fomentaram ditaduras corruptas e sádicas cujos resultados se prolongam até os dias atuais. Seguindo tais rastros, o crime organizado e o terrorismo se locupletaram de estruturas estatais frágeis corrompidas, inoperantes e, no mesmo universo, um exército de pobres prontos para qualquer serviço em troca de sobrevivência e algum poder de consumo.

Como se não bastasse, com o fim da Guerra Fria, tornou-se visível que entre tantos resultados acintosos nos países periféricos, que as nações mais ricas passaram a ter que enfrentar o que por muito tempo tentaram esconder, que foram os índices de disparidades internas. Boa parte desta questão pode ser resumida no atual e badalado debate sobre as taxas estruturais de desemprego.

Explosão demográfica, aumento do preço da energia e a possível escassez de matérias-primas levaram ao fomento por parte dos países industrializados de uma estratégia que *a priori* atenuaria parte dos três problemas emergentes. Com a *indústria da guerra*, o fomento de conflitos armados baseados em rivalidades étnico-religiosas tornou-se desde então, meio eficaz de controle populacional dos países em desenvolvimento. O objetivo

seria provocar excedentes de matérias-primas, energia e, ao mesmo tempo, incrementar surtos de geração de emprego e consumo nos países centrais. Não por acaso, muitos destes conflitos no “mundo periférico”, são mantidos com as vendas de armas e remédios para a cura de doenças e feridas das guerras, tudo proveniente de um conjunto de países industrializados, mais conhecido como G-7.

O *cálculo político* é sempre a premissa que antecede qualquer relação entre os países membros do G-7 e a periferia mundial. O destaque público dado às ajudas humanitárias sonega dois tipos de informações que esclareceriam melhor o conteúdo de tais projetos estratégicos *centro-periferia* mundial.

O custo real das ajudas humanitárias quando efetivadas através de doações em dinheiro ou alimentos é sempre menor que o custo nominal quando comparados aos lucros oriundos da exploração dos países pobres pelas multinacionais G-7. Ao mesmo tempo atuam, muitas vezes, eficazmente, contra a incerteza dos compromissos políticos e econômicos travados com países caracterizados pelo aumento dos bolsões de pobreza.

As *políticas mundiais, ajudas humanitárias e concessões* tomaram formas estratégicas definitivas do século XXI, por consagrarem-se como meios de relações e manipulações centro-periferia.

As estratégias do antigo *Pacto Colonial* renovaram-se por 400 anos sempre em função da manutenção do *status quo* na geopolítica mundial. Portanto, as diferentes formas de imperialismo e de colonialismo se sobrepõem e interpenetram-se. O mesmo ocorreu com os fenômenos da descolonização e independência dos povos que se libertaram entre os anos 50 e 60, agora, perante a doutrina Bush, recebem a alcunha de *confrontacionistas*. Se a renda *per capita* dos países centrais está sempre em ascensão, logo, diminui cada vez mais, os ônus destas ajudas humanitárias. Se acrescentarmos os eternos pagamentos das dívidas externas periféricas, o ciclo da exploração/dominação está fechado.

No Relatório do Banco Mundial de 1987 está muito clara a posição da instituição sobre o papel das economias periféricas na Nova Ordem Mundial. Nesse relatório a instituição prioriza a eliminação das “barreiras ao ajuste e o comércio na economia mundial, industrialização e comércio exterior” (1987, p. 08). Reconhece que a expansão da economia mundial estava ocorrendo de forma desigual e que, além disso, o ônus da dívida estaria prejudicando o caminho para o desenvolvimento.

Nesse momento, como saída para os impasses apontados no Relatório, o Banco propõe aos países em desenvolvimento reformas de política econômica. Essas reformas da política econômica de cada país deveriam estar orientadas para o fortalecimento do comércio exterior. O Banco também já previa os altos custos dos ajustes e insistia na opinião de que os países melhor sucedidos eram os que negligenciavam o mercado interno em favor do comércio exterior. Porém, o que de fato acontece é que se a ênfase no mercado interno fortalece o protecionismo nos países industrializados, frustra por sua vez, as expectativas das economias periféricas que deixam para o ufanismo futurista dias de vida razoável.

Este resumo da geopolítica mundial do pós-guerra ao nosso tempo serve para indicar que os caminhos seguidos por países e instituições multilaterais, foram muito mais um grande fomento à globalização do crime, do que o seu contrário. Os conflitos gerados e próprios da Guerra Fria, que ocorreram nos países periféricos sob dominação de um dos blocos daquela geopolítica bipolar, abriram caminho para a instalação de grupos organizados que, pouco a pouco, transformaram-se em organizações criminosas com relações internacionais. Particularmente as ditaduras fomentaram tal problema. Além da repressão sobre a liberdade de expressão, logo se instaura um perfil de governo bastante generalizado entre os países pobres e em desenvolvimento, nos quais denúncia e subversão tornam-se sinônimos.

Paralelo a tudo isso, o próprio desenvolvimento industrial dos países centrais ficou a dever à globalização do crime muito antes que a globalização das economias formais pudesse correr. As indústrias farmacêuticas, alimentos, armamentos, combustíveis, mercados de jóias ao menos, cresceram bastante com a globalização do crime. Enquanto

isso, empregos na economia formal foram gerados em função da produção de consumo de tragédias no Terceiro Mundo. Os economistas ideologicamente preparados para análises estatísticas e matemáticas, não podiam perceber o aparecimento e desenvolvimento de uma economia do crime tão importante para os fenômenos por eles estudados, quanto qualquer modismo que de tempos em tempos tornam-se típicos do meio acadêmico.

A partir dos anos 80 do século XX, a “questão social” voltou emergir como ponto central da criminologia e outros estudos sobre crime e criminalidade. Mas recentemente, expressão análoga, “problema social”, passou a ser exaustivamente utilizada, principalmente para fundamentar discursos politicamente corretos.

Com isso, a criminologia latino-americana perdeu muito em termos explicativos, pois, sistematicamente foi deixada de lado a questão da “personalidade do criminoso”. Tudo passou a ser a “explicado” pelo viés socioeconômico.

Desde os *Maras* da América Central até os grupos criminosos que atuam nos grandes centros urbanos do Brasil e da América Latina, não há dúvida que o “problema social” não pode ser desconsiderado. Entretanto, buscar toda a explicação do crime e da criminalidade nesse universo é testemunho de inocência e ignorância. É fato que a pobreza se tornou um veio amplo e fértil, para a expansão de certos tipos de crime e da criminalidade que caracterizam o nosso tempo. Mas é fato que as drogas e armas que gangues pobres utilizam e traficam são provenientes de grupos criminosos muito mais organizados e ricos, que só recentemente podemos compreender. A indústria da pedofilia e da prostituição em geral, falsificação de remédios, roubo e receptação de mercadorias roubadas pelo comércio formal e informal todo esse universo é capitaneado por pessoas e grupos influentes e multimilionários. Os *Maras* da América Central, *Comando Vermelho* e *PCC* aqui no Brasil, fazem parte de uma rede transnacional que, tal como na economia formal, se utilizada da mão-de-obra farta e barata, resultado principalmente, dos milagres econômicos empreendidos nos respectivos países nos anos 70.

O discurso de que o problema é a falta de Escola esconde a questão da qualidade da Escola e as possibilidades de que ao sair dela haja alguma possibilidade de emprego. Nesse sentido, o discurso da globalização, forjado nas universidades americanas, serviu para silenciar os clamores por mais empregos num modelo socioeconômico ainda enquadrado no fordismo. As justificativas para o desemprego estrutural e a exclusão, deixaram em aberto a questão da sobrevivência. Acreditou-se que o poder midiático seria o suficiente para fazer calar as massas humanas famintas e sem quaisquer perspectivas. E no final de toda esta retórica, são elas, as massas famintas, as culpadas por tudo que está aí.

É claro que, assim como o próprio capitalismo se desenvolveu e cresceu, a partir das massas suburbanas, por que os donos do poder criminoso não fariam o mesmo? E este poder criminoso não se restringe somente às máfias no seu significado tradicional.

A exemplo da improbidade administrativa, do peculato, os crimes contra o Estado e a Sociedade civil tornaram-se características dos países subdesenvolvidos ao mesmo tempo em que, escândalos recentes devassam a fragilidade ética e moral dos governos de países centrais. Já é sinônimo afirmar que países subdesenvolvidos são corruptos, países corruptos são subdesenvolvidos. Está formada a equação.

A evolução do crime a partir das últimas décadas do século XX e adentrando pelo século XXI, causou impacto que se observado com acuidade são estímulos ao desenvolvimento do Direito Penal e da Criminologia. Tanto os crimes cotidianamente urbanos, quanto as sofisticadas máfias do século XX, evoluíram para um padrão de atuação cujo impacto se refletiu em toda a persecução penal até na própria justiça criminal. O desenvolvimento das tecnologias, as aberturas de mercados, por exemplo, beneficiaram o crime muito antes que o mercado global formal.

Agora, se ainda podemos falar de Máfias no sentido formal do termo, os conluíes dentro do Estado e a relação promiscua entre tais grupos com o setor privado, tem chamado a atenção de instituições e estudiosos do mundo todo.

Os desvios de verbas públicas, incluindo superfaturamentos e outros ilícitos já são consagrados como fomentadores incontestes do subdesenvolvimento. Então a questão é: isso também é Máfia? Sem dúvida que sim. Tanto que é através da *formação de quadrilha* que se chega à tipificação de *organização criminosa*. Mas, um estilo mais requintado de atuação entre instituições do Estado e da Sociedade Civil, com objetivos criminosos minam qualquer tentativa de aperfeiçoamento da democracia, geram crises institucionais e chegam a ameaçar a Segurança Nacional.

Associando-se a todo este universo está discussão sobre o que é justiça. Mesmo que estejamos vivenciando o pós-“guerra fria”, ainda ficam resquícios deste momento e fenômeno histórico que, de fato, transformou a história do ocidente e do mundo. Dividir o mundo em dois blocos foi algo confortável. O que chamamos de pós-modernidade é muito mais o não entendimento da saída deste ponto de conforto. A teoria do “Choque das Civilizações”, mesmo que resguardadas as suas lacunas teóricas e interpretativas, trouxe uma visão mais realista de um mundo mais complexo, para além dos rituais e textos acadêmicos tradicionais. Agora cabe harmonizar um mundo, no qual, os próprios americanos trataram de separar para dominar.

Por último surge a crise de alimentos. Nada mais falacioso que tal afirmativa. Como explicar o Brasil enquanto segundo maior produtor de alimentos do mundo ter, segundo relatórios da CEPAL o segundo pior Índice de Acesso a Alimento - IAA da América do Sul, Central e Caribe?

Quando estruturas historicamente construídas associam-se a elites periféricas corruptas e povos tradicionalmente ignorantes e subservientes, temos então os elementos angulares para a entender a situação atual.

Se o Brasil é o segundo maior produtor de grãos, como explicar a sua população de 80 milhões de pobres 30 milhões de indigentes e dentro deste universo, 7 milhões estão morando debaixo da ponte? (IBGE, 2004; PNUD, 2005).

Todo esse turbilhão de miséria segue o rumo de uma modernidade incompleta que se instalou nas antigas colônias, hoje países periféricos. O tráfico de drogas segue este rastro. Quem são os maiores consumidores de cocaína senão os norte-americanos e europeus? Quem mais se beneficia da pedofilia e da prostituição infantil senão as elites do mundo inteiro?

Então como explicar as ajudas estrangeiras para substituição do cultivo de coca nos Andes latinos, ou quando a Turquia na década de 70, considerada a maior fonte de heroína para a Europa e Estados Unidos, recebeu ajuda de 35 milhões de dólares destes dois centros econômicos, para subsidiar agriculturas alternativas cujos recursos jamais chegaram a destino?

Estamos num tempo no qual o *penso logo existo* perdeu atualidade e por isso, razão de ser. Agora, nesse mundo de uma liberdade sem sentido e finalidade, o que prevalece é *mato logo existo*.

A tal da indiferença sobre a vida do outro faz parte de uma falência do projeto moderno, que acreditou no mundo utópico do “contrato social”. Quando não há mais contrato algum, onde nem as leis conseguem manter alguma ordem, mesmo quando amparadas pelas mais sofisticadas e autoritárias estruturas estatais, a vida que resta é de fato, no sentido hobbesiano, a vida do mais forte.

Toda esta crise se agrava quando já é sabido que também a crise da modernidade aponta para o abandono de princípios e valores que fundamentam o Direito e o Estado no Ocidente. Em outras palavras, a luta contra fenômenos como o terrorismo e o crime organizado e ainda mais a articulação entre os dois tem ocorrido através da violação de direitos. Não se trata de um breve comentário com perfil de denúncia e sim de uma constatação do que acontece no plano real. Parece ser bem difícil combater tais tipos de crime que percorrem as trilhas das liberdades individuais para organizar-se tramar executar seus atos hediondos. Como respeitar tais liberdades quando estas são sorrateiramente utilizadas para violar as mesmas liberdades de outros tantos inocentes. Sem dúvida que está em questão os alicerces do Estado de Direito. A questão é como reverter tal situação neste contexto de crimes do século XXI, tendo o Estado e o Direito,

suas raízes modernas, particularmente, no Iluminismo do século XVIII? Estamos em meio a uma conflagração global na qual a guerra entre exércitos já não é regra comum? Onde as mais sofisticadas técnicas e tecnologias de investigação e informação muitas vezes perdem para modos rudimentares de planejamento e execução de planos criminosos?

2. A criminalização da pobreza, as gangues dos pobres e as máfias dos ricos.

Em trabalhos anteriores² foram dedicadas explanações longas e exclusivas ao que pode ser uma estratégia mundial de extermínio dos pobres.

A idéia de delinquência latente em pessoas pobres é quase ao mesmo tempo origem da criminologia. Esta ciência é típica de um século, no qual, as conseqüências do capitalismo moderno ainda estavam para ser entendidas. Marx, Nietzsche, Weber, Freud e muitos outros pensadores deste tempo lançaram luzes aqui e ali, que no conjunto trouxeram uma boa compreensão, para quem viveu o século XX, como conseqüência das tramas modernas rabiscadas nos séculos XVII e XVIII e tomadas formas no século XIX. Aquela exploração da fábrica tão alardeada, principalmente, pelos socialistas, não poderia deixar de gerar novas formas de crime e criminalidade próprias de uma modernidade em execução e segregação da propriedade privada.

Deste Beccaria, Carrara, Bentham até Lombroso e Ferri, falar em crime era apontar as conseqüências da exploração sem consumo. Com o desenvolvimento das *novas formas de controle* numa *sociedade de massa*, como observaram N. Elias, Marcuse e Foucault proibir as manifestações dos instintos era e ainda é a essência da formação e manifestação da moral e da ética modernas.

É ponto consensual que a relação entre crime e pobreza está nas origens da criminologia. Era preciso explicar porque tal mundo ou projeto moderno não dera certo. Aquela classe que antes bem na Idade Média era subalterna, a burguesia, não podia

² Ética e Moral: reflexões sobre o Estado moderno e o desenvolvimento socioeconômico. Revista Eletrônica Maiêutica V.1, n. 2/3. Site www.fbb.br

ainda, como faz hoje assumir as responsabilidades pelo que acontecia. Como ainda se faz hoje, alguém tinha que pagar o preço. A classe proletária propensamente revolta mais sem nenhuma ameaça concreta de revolução tornou-se alvo predileto. Aparece o conceito de *classe perigosa*.

Até hoje a criminologia sofre os males das amarras deste passado. Como é sabido que as novas modalidades de crimes estão para além da distinção de classe, a criminologia tem muito pouco a fazer para explicar o que está aí, sem questionar os fundamentos do seu sistema dogmático. Ao mesmo tempo o Direito Penal sofre o dilema da violação de axiologias e normas que, muitas vezes, já não parecem fazer sentido algum.

A tortura volta ao debate. Qual o limite entre interrogatório e tratamento degradante? Quais os limites do Direito, particularmente do Direito Penal no sentido de tipificar comportamentos tidos como ilícitos e servir de parâmetro mesmo que por analogia, uma vez que os novos perfis de crime e criminalidade desafiam valores e normas fundamentais no traçado da proporcionalidade?

Não é de estranhar que países e continentes inteiros, como é o caso mais próximo da América Latina apresentem perfis de crime e criminalidade bastante imiscuídos com a pobreza estrutural que caracteriza secularmente estes países.

Qualquer estudo sério já revelou ou revelará uma faceta do sistema mantenedor da pobreza e do extermínio dos pobres. Qualquer análise superficial verificará a forte relação que existe entre infra-estrutura, eficiência das políticas públicas e qualidade de vida.

Na história mais recente da nossa república, mesmo enquanto o salário mínimo sofre alternâncias difíceis de demarcar, a mortalidade infantil decresceu algumas vezes apenas com o aumento do investimento em rede de esgoto e água tratada. Este quadro revela a crueldade genocida dos desinvestimentos em infra-estrutura sanitária e, ao mesmo tempo denuncia que o aumento nominal do salário mínimo, quando não

acompanhado de outras medidas, influência muito pouco o aumento da qualidade de vida das classes subalternas.

O Brasil é exemplar quando observamos que as mesmas políticas de exportação, induzem os países periféricos a não consumirem o que produzem em termos de alimentos.

Como compreendia e alertava Furtado:

O Brasil é um caso exemplar disso que os economistas chamam de mau desenvolvimento: recursos destinados ao supérfluo crescente entre nós com rapidez, enquanto aqueles destinados a atender às básicas da população apenas se movem... Tudo se passa como se a composição da oferta comandasse a distribuição da renda e a alocação final de recursos. De vez que o salário básico interfere no processo apenas como custo, sendo mínimo o seu peso na configuração da demanda em seus setores mais dinâmicos, o crescimento da produção independe do aumento do salário básico... Basta que os excluídos possam organizar-se politicamente para que as fundações da construção comecem a ceder... A crise que agora aflige o nosso povo não decorre apenas do amplo processo de reajustamento que se opera na economia mundial. Em grande medida, ela é a manifestação antecipada de um impasse que se apresentaria necessariamente em nossa sociedade, que pretende reproduzir a cultura material capitalista mais avançada, privando a grande maioria da população de bens e serviços essenciais (1984, p. 25).

Segue a mesma lógica a produção e exportação de drogas e o seu consumo. Se como foi relatado que o Banco Mundial defendeu desde a década de 80 a prioridade para as políticas de exportações, não há por que estranhar que o segundo maior produtor de alimentos do mundo esteja em penúltimo lugar na categoria acesso a alimento em meio à pobre América Latina e Central (CEPAL 2002-2003).

Estudos não param de revelar e ao mesmo tempo denunciar que as políticas agroindústrias implantadas nos países periféricos é uma das formas de produção econômica cada vez mais para excludente do que até exploradora. Segundo Motta Ribeiro e Lulianelli em “Narcotráfico e Violência no Campo”:

A situação no campo se modificou apontando para a emergência de um novo paradigma de produção agrícola.

Isso se dá por meio da implantação do agronegócio de modo mais radical ou das microempresas familiares voltadas para um nicho de mercado de gêneros alimentícios semiindustrializados (queijo de

cabra, *escargot*, carne de rã), que longe de apresentarem uma forma de inclusão das massas trabalhadoras despossuídos do campo, se traduzem num seletivo processo de demanda de força de trabalho qualificada que os exclui. Aponta-se, também, para o turismo rural, que traz a tona a discussão da distinção rural/urbano e agrícola/não agrícola na definição do mundo real contemporâneo. Essa atividade altamente sofisticada também não incorpora a massa de trabalhadores dispersa que coloca em confronto dois modos de vida em que o rural é estigmatizado como grotesco, atrasado e apenas ideologicamente curioso (2000, p.07).

Para o Relatório *El hambre en América Latina y el Caribe: magnitud, características y posibilidades de erradicarla* – CEPAL 2002-2003, a insegurança alimentar é um problema que na América Latina e Caribe estão fortemente vinculados à pobreza extrema. Porém, segundo o documento tais problemas não se confundem. Primeiro a alimentação inadequada seja por nutrição ou adaptação a novos hábitos, segundo, está o problema de que amplos grupos vivem em zonas de insegurança alimentar constante. Porém a falta de acesso a alimentos é a questão das mais graves, inclusive por suas conseqüências.

Dentre as mais graves conseqüências das dificuldades de acesso, tanto em quantidade quanto em qualidade a alimentos é a subnutrição, principalmente, infantil e o conseqüente atraso no crescimento.

A América Latina e Caribe apresentam 22% da população subnutrida e 21% das crianças apresentam desnutrição crônica moderada ou grave. Os estudos elaborados entre 1998-2000 apontam para que 54 milhões de latino-americanos caribenhos sofram algum grau de subnutrição. Em muitos países como a Bolívia, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua e República Dominicana mais de 20% da população sofrem de algum tipo de desnutrição.

O Relatório considera que a disponibilidade interna de alimentos por habitantes é fator decisivo para reduzir o percentual da população desnutrida na América Latina e Caribe. Tornou-se evidente durante os anos 90 que o singular aumento da quantidade de alimentos teve resultados diferentes entre países. Por outro lado, o acesso ao alimento não melhorou como se esperava, as desigualdades entre os grupos sociais. Porém, tudo se agrava quando a capacidade de produzir e importar alimentos diminui.

Associados ao problema da produção e acesso de alimentos estão a falta de acesso à água potável e ausência de infra-estrutura sanitária. Por isso, a subnutrição infantil constitui um dos principais mecanismos de reprodução da pobreza e da desigualdade. Combater a pobreza extrema é lutar contra a fome, mas o contrário não é verdadeiro. Isso porque pobreza extrema não significa apenas fome. Por isso o Relatório afirma:

a condição de pobreza extrema se estabelece a partir da quantificação do meio que dispõe os lugares para atender as necessidades alimentares de seus membros... Assim como a pobreza extrema é um fenômeno multidimensional, também o são a fome e a desnutrição infantil. Esta não só é consequência da falta de acesso aos alimentos, mas precisamente, da falta de meios monetários para adquiri-los... No contexto mundial, América Latina e Caribe apresenta níveis médio-alto de oferta alimentar interna, o que se explica o que se explica em grande parte pelo crescimento da produtividade agrícola e o incremento do comércio internacional de produtos alimentares durante as últimas décadas. Sem embargo, vários países – principalmente centro-americanos e caribenhos – se encontram em uma situação muito atrasada em matéria de disponibilidades de alimentos, o que se reflete em altos níveis de subnutrição e desnutrição. Em boa medida, isso guarda relação com a baixa tecnificação e produtividade da agricultura em economias onde este setor que uma gravitação considerável no produto interno, a modesta geração de divisas por exportações e a necessidade de importar grandes quantidades de alimentos. A variabilidade dos preços internacionais de produtos como os grãos básicos e o café, os desastres naturais e as condições climáticas tem afetado de forma significativa tanto os benefícios por exportações agrícolas como a capacidade de importação, o que se traduz em uma maior vulnerabilidade dos sistemas de segurança alimentar dos países e, em alguns casos aumento da subnutrição... Em geral, se produzem na região alimentos suficientes para satisfazer os requisitos nutricionais de todos os seus habitantes (2002-2003, p. 91, 94, 98, 108).

A complexidade do problema da fome e da desnutrição traz desafios que mesmo levando em consideração a meia dúzia de multinacionais que dominam o mercado de alimentos no mundo resta ainda um universo complexo que é resultado de todo um processo histórico particular de cada país. Entretanto, há variáveis comuns a todos eles tais como a concentração de terra e a capacidade das exportações gerarem divisas que, de forma produtiva, venha beneficiar os setores mais carentes das populações. Tudo isso se reflete em aparentes contradições como as que: países com níveis de pobreza distintos apontam taxas de desnutrição similares. Entre eles: Brasil e República Dominicana, Equador e Peru, El Salvador e Nicarágua. O mesmo ocorre com o nível de

pobreza extrema similar e que apresentam níveis distintos de desnutrição. Tais quais: México e Panamá, Peru e Venezuela, Colômbia e Guatemala. O Relatório considera o Brasil, Guatemala e Nicarágua países representativos das situações prevalentes na região.

Os Fatores Relativos à Condição de Pobreza incidem efetivamente na questão *fome*, mas não se reduz a ela. A mesma falta de infra-estrutura que sonega o acesso à água tratada, eletricidade e esgoto envolve as dificuldades de acesso ao alimento.

Daí, se compararmos as observações feitas até aqui sobre o Relatório e a citação do Banco Mundial, podemos indagar se há alguma relação entre as políticas de exportação adotadas pelos países do Terceiro Mundo e a “insegurança alimentar” destes respectivos países? A resposta será um convicto sim. A exportação de produtos primários para compensar a importação de tecnologia e bens de consumo com alto valor agregado que só beneficia à classe média e alta pode ser um dos principais *Fatores Relativos à Condição de Pobreza* nos países periféricos.

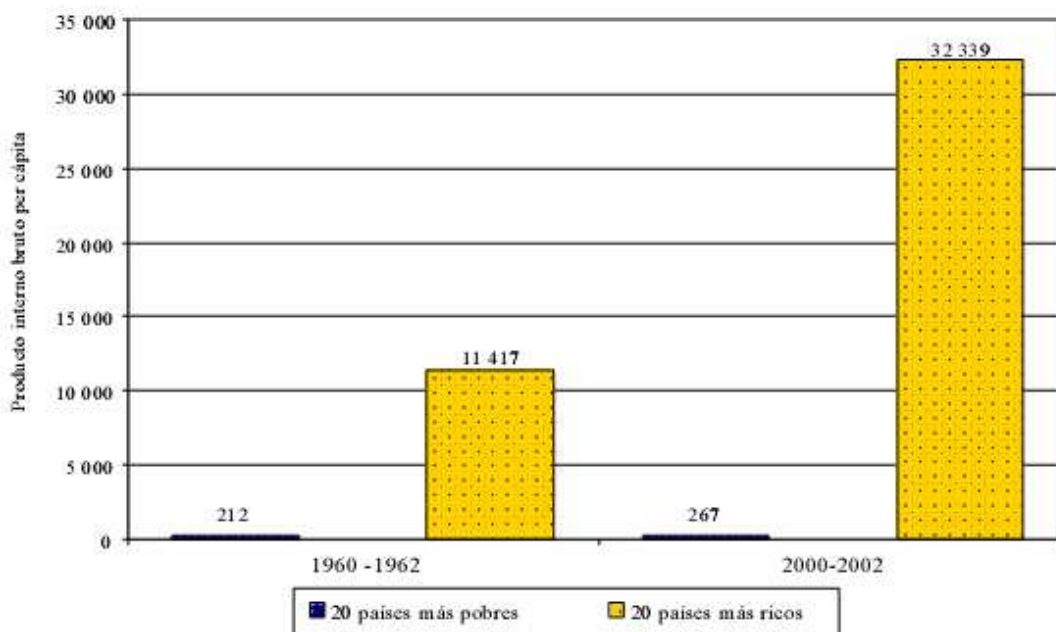
Em outro documento; *Naciones Unidas - Relatório Asamblea General: Informe sobre la situación em el mundo, 2005* apresenta, como indica quadro abaixo, que há um problema de distribuição que não pode ser explicado ou reduzido a programas de governo este ou aquele. É algo que podemos falar de uma *Arquitetura Institucional*, resultado de um processo histórico que se transformou para se adaptar às novas circunstâncias. É a velha e conhecida transição latino-americana de oligarquia para partido e o *sistema* continua o mesmo há séculos.

O problema da distribuição de riquezas na América Latina e Caribe é uma questão institucional. Em outras palavras, são Estados forçosamente constituídos para a concentração. Elite *versus* povo. Esse é o refrão.

Gráfico III.2

Producto interno bruto per cápita de los países más pobres y los más ricos, 1960-1962 y 2000-2002

(En dólares constantes de los Estados Unidos de 1995, promedios aritméticos)



Fuente: Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos* (Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, febrero de 2004).

Se os países periféricos produzem tanto em alimentos por que a fome lhes é uma característica endêmica? Talvez a resposta para esta questão esteja na dualidade já trazida pela Cepal e a Teoria da Dependência. Um crescimento econômico periférico por se caracterizar a reboque das economias centrais.

Violência para calar os dissidentes perante as falácias do crescimento econômico concentrador, além dos esquadrões da morte financiados pela elite empresarial dos respectivos países latinos e caribenhos, tal como o Batalhão 316 em Honduras nas décadas das ditaduras, são marcos históricos que se perpetuam em novas versões. Se tudo não passa de um traçado da mão-invisível do livre mercado, porque multinacionais americanas sempre apareceram como atores importantes por trás de golpes de Estado em países latinos e caribenhos. Nesse sentido, destacam-se a *International Telephone and Telegraph* (ITT) e a *United Fruit Company* uma das líderes mundiais em

exploração, produção e comercialização de alimentos e que financiaram ditaduras em toda a América Latina e Caribe. Há também eventos que ganharam notoriedade a seu tempo, mas logo desapareceram da mídia para serem esquecidos. Dentre tantos podemos destacar o lançamento de mísseis contra a única fábrica farmacêutica do Sudão em Al-Shifa em 1998. Por ordem do presidente Clinton e sob a alegação de que se tratava de uma instalação para produção de armas químicas, foi destruída a fábrica responsável por 90% dos medicamentos produzidos num dos países mais pobres do mundo.

No governo Clinton também ocorre uma mudança na retórica da dominação no sentido de justificar as contínuas intervenções norte-americanas nos países periféricos. O discurso de “guerra contra as drogas”, criado por Reagan, substituindo o desatualizado “perigo vermelho”, com Clinton “intervenção humanitária” dá o tom da questão.

A certeza que a coalizão liderada pelos EUA tinha de que Saddam possuía armas de destruição em massa esta baseada no fato de que empresas americanas, inglesas e alemãs foram as principais fornecedoras de tais tecnologias. Tal como afirma Pilger:

Em 1992, uma comissão de inquérito do Congresso americano constatou que o presidente George Bush e seus principais assessores haviam determinado o acobertamento de seu apoio secreto a Saddam Hussein e dos embarques ilegais de armas que estavam sendo enviadas a seu regime através de terceiros países. Tecnologias para a fabricação de mísseis eram enviadas de navios para a África do Sul e o Chile e em seguida “vendidas” ao Iraque, enquanto os registros do Departamento de Comércio eram adulterados ou eliminados... Um relatório divulgado em 1994 pelo Senado documentava a transferência ao Iraque dos ingredientes para a fabricação de armas biológicas: botulismo desenvolvido pela empresa de Maryland, licenciado pelo Departamento de Comércio e aprovado pelo Departamento de Estado. Os laboratórios Porton Down, do governo britânico, também forneciam antraz (2004, p. 83).

Para o relatório *El gasto social em América Latina: Tendencias positivas y consecuencias de desaceleración econômica em la región, 2003-2003*, a relação entre pobreza e aumento do tráfico e consumo de drogas é evidente. A questão é que este problema não se esgota aí. Tanto a origem quanto o desenvolvimento do fenômeno das drogas no século XX estão ligadas diretamente aos interesses dos mercados crescentemente internacionalizados e ricos.

Atreladas às lucratividades da economia das drogas, os mercados lucrativos de consumo e lavagem de dinheiro se desenvolveram, sem que algo de significativo fosse feito para combatê-los. A prostituição é um bom exemplo. Da infância até a idade adulta, de forma voluntária ou coercitiva, a prostituição foi um problema agravado nas últimas décadas. Será um problema diretamente ligado à pobreza ou outras variáveis têm que ser levadas em conta? Em que medida os governos poderiam ter ao menos amenizado os efeitos do tal desemprego tecnológico e não o fizeram? A falência do bloco socialista deixou vulneráveis populações inteiras de tais países que, da noite para o dia, tiveram que se ater com as vantagens e mazelas da economia de mercado.

Aqui no Brasil o campo foi e está sempre fértil. O consumo de cocaína que antes era uma característica das elites tupiniquins, após a *democratização do pó*³ passou a ser objeto de consumo de todas as classes sociais. Num país que disputa os piores índices de distribuição de renda como não entender como algo previsível que os índices de prostituição e consumo de drogas são marcos alarmantes?

É nesse sentido que valores cultivados historicamente tais como o mito do *paraíso tropical*, substanciam diversas formas de alienação das massas em nome da cultura popular. É claro que tal estratégia tem seus limites. E, não por acaso, incendiar ônibus vai se tornando uma prática corriqueira nos grandes centros urbanos.

O direcionamento da política criminal para as classes subalternas faz parte deste universo criminológico, desde os primórdios das mais desenvolvidas sociedades humanas. A questão maior e mais problemática é que quando nós nos atribuímos o adjetivo de civilizados nos imputamos menor margem de erros. E pelo contrário um olhar mais detido nos levará a perceber que cometemos muitos dos mais velhos erros humanos.

Em termos de geopolítica para a América Latina, primeiro Jime Carter inaugura a nova versão de direitos humanos, quando as ditaduras militares patrocinadas pelos próprios EUA deixam de interessar. Generais golpistas muitas vezes adotaram posturas

³ Ver Uma Hermenêutica do crime. Autor: Osvaldo Bastos Neto

nacionalistas que não condiziam com os interesses geopolíticos americanos no continente latino. Em seguida Regan complementa tal estratégia desenvolvendo a idéia de uma democracia restrita ao ritual de “eleições”. O outro apoio desta trilogia está na idéia de “mercado”. Com a crise de emprego que começa nos anos 70 e se agrava nos anos 80, a necessidade de novos mercados consumidores para a indústria norte-americana e européia, forçam os países centrais a abrir mão da velha estratégia de regimes totalitários e associar democracia e mercado como duas faces da mesma moeda.

Como mostra o Relatório *Gasto Social do Governo Central 2001 – 2002 Ministério da Fazenda Secretaria de Política Econômica. Brasília: 2003*, apesar das retóricas sobre democracia e bem-estar, a relação de classe, particularmente no seu aspecto socioeconômico não mudou a sua estrutura e dinâmica com a tal *abertura democrática*. Esta questão é muito importante e ainda e ainda carece de atenção e estudo.

Diante um universo tão complexo com ares de modernidade tardia, misturados com traços que mais lembram a falência do projeto moderno, o crime evolui. Gangues de esquina dominam bairros, bairros dominados por facções e a luta por domínio entre as facções controla toda uma cidade. Tal evolução lembra o Manifesto Comunista, quando lança a lógica de como se daria o processo revolucionário da classe trabalhadora. *Mutatis Mutandis* o mesmo fenômeno que aparece agora e que espera explicação, Marx não previa, ou seja, uma revolução feita pelo *lupemproletariado*. Mas de fato é isto que temos nesta nossa modernidade tardia. Os trabalhadores se submeteram definitivamente aos ditames do capital. Agora, são os excluídos que pegam em armas, criam suas próprias ideologias e fazem sua própria revolução, porque são os únicos capazes de incomodar e balançar as estruturas do *sistema*.

A guerra tecnologizada do século XXI é apenas uma faceta mais explícita da violência institucionalizada. A agregação ou desagregação das massas através da manipulação da idéia de liberdade torna as relações de poder não só cada vez mais hábeis, como por isso mesmo, estratégia fundamental para a manutenção do “sistema”.

3. Gestão Pública, Políticas Públicas e Criminalidade.

A administração pública brasileira sempre foi um ponto sensível em termos de estratégia de Estado e eficiência na alocação de recursos. Talvez a questão mais crucial sempre tenha sido a questão do significado da dimensão pública.

Em nosso país o que é público, o espaço público, sempre foi visto com desdém, quando não sinônimo de predação ou roubo. A dimensão pública como espaço de todos, tal como reza a própria expressão *res publica*, ainda nos carece entendimento.

Com o Plano Real substituiu-se a inflação por dois outros problemas: o endividamento interno e externo. Uma dívida externa que só faz banquetear o consumo importado da elite. Recursos externos que há muito tempo perderam a possibilidade de contribuir para o ajuste fiscal.

Ao mesmo tempo uma democratização baseada no folclore eleitoral, ou seja, uma estrutura político-partidária que só se sustenta massificando seus clichês.

As disparidades sociais no Brasil alcançaram o nível do impasse. Agora, ou o Estado atua com maior ênfase no sentido de sustentar os 40 milhões de brasileiros sem condições de auto-sustento e cidadania ou teremos que nos acostumar com a nossa guerra civil tupiniquim que tem para seu sustento um interminável exército de reserva. Enquanto os líderes das massas, ao mesmo tempo em que a justiça é feita para e pelos donos do poder, não se conscientizarem da gravidade dessa situação não há o que esperar senão o agravamento de tudo que está aí.

De fato, já não podemos mais culpar o nosso passado distante pelos erros que cometemos no presente. Isso porque, os erros do passado tornaram-se conveniências nos tempos mais recentes.

Em matéria publicada pelo jornal Correio da Bahia em 24 de outubro de 2008 sobre “os Invisíveis” ou o “Retrato da Subnotificação” na Bahia e especificamente em Salvador,

apontou para dados estarrecedores a respeito do número de pessoas no estado e na capital sem certidão de nascimento. Na Bahia há segundo a matéria, 58.891 pessoas que se declaram sem registro de nascimento e ainda mais 2.273 que declaram não saber se têm ou não tal documento. Desse universo 66%, ou seja, 39.000 pessoas têm acima de 15 anos de idade e 28% o que equivale a 16.000 têm entre 0 a 4 anos de idade. Em Salvador e região metropolitana 10.114 declaram não ter registro de nascimento e 440 não sabem se têm ou não o mesmo documento. Nesse universo 93% ou seja, 9.454 têm mais de 20 anos de idade e 6,5% que totaliza o número de 660 pessoas têm entre 0 a 4 anos de idade.

Em matéria publicada pelo jornal A Tarde em 26 de outubro de 2008 é denunciado o problema grave do orçamento da capital baiana.

Os recursos para a execução de projetos em Salvador no próximo ano representam apenas 7,1% do total disponível para gastos... De um orçamento anual de R\$ 2,9 bilhões, cerca de 89% - R\$ 2,5 bilhões – são destinados ao custeio da máquina, enquanto as obras ficam com R\$ 205 milhões, correspondendo a 7%. Como sua arrecadação é baixa, a capital baiana continua dependendo de convênios federais... (2008, p. 01).

Diante deste quadro não custa lembrar a polêmica gerada pela “lista suja” divulgada próximo às eleições de 2008 pela AMB (Associação Brasileira dos Magistrados Brasileiros) que listou 126 candidatos a cargos municipais que respondem a ações penais ou improbidade administrativa. Tal negligência por parte dos poderes constituídos da nossa República fere frontalmente o art. 37 da Constituição que afirma: *A administração pública direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, moralidade, publicidade e eficiência...* (2008, p. 33). E ainda ter o (STF) Supremo Tribunal Federal ter tomado a decisão de que os candidatos uma vez não condenados em última instância permaneceriam no direito de concorrer às eleições. Fica claro então que se o Supremo pautou-se no princípio da legalidade atropelou o princípio da moralidade.

Outro flagrante de ilegalidade, imoralidade e ineficiência da gestão pública foi o escândalo dos cartões corporativos, quando numa auditoria feita pelo Tribunal de

Contas da União (TCU) em 42 cartões corporativos da Presidência da República. Partindo da idéia de criar um mecanismo para agilizar o cotidiano da gestão pública, os cartões corporativos estão entre os dispositivos mais avançados para alcançar tal objetivo. Entretanto, em meio a uma cultura da corrupção associada ao privilégio perdulário, tudo que se instala com o objetivo de fazer avançar é distorcido pela cultura do atraso em nosso país.

Dentre os Ministros que se tornaram suspeitos de estarem fazendo mal uso de tais recursos estão: Orlando Silva (Esportes) Matilde Ribeiro (Igualdade Racial) e Altenir Gregolin (Aquicultura e Pesca) e também assessores do Planalto. Segundo matéria publicada por Istoé por Sérgio Pardellas em 06 de fevereiro de 2008:

Entre as fraudes detectadas na investigação do TCU estão o pagamento de diárias a servidores que não foram indicados pelo Planalto como integrantes de comitivas em viagens oficiais, o pagamento de diárias, muitas vezes superfaturadas, em quantidade em quantidade superior ao período de estadia efetiva e a inexistência das empresas das empresas nos endereços consignados nas notas fiscais utilizadas para atestar o gasto, ou seja, a nota fiscal fria. Há casos ainda de emissão de notas fiscais “calçadas”, aquelas que registram valores diferentes nas várias vias de mesmo número. Quase a totalidade dessas irregularidades, que se repetiram ao longo dos seis anos de governo Lula, foi identificada em viagem presidencial... (2008, p. 28, 29).

Diante do estouro da “bolha americana” já prevista com décadas de antecedência, governos do mundo inteiro passaram a denunciar o financiamento do setor formal através de atividades ilícitas. A promiscuidade entre o lícito e o ilícito ficou mais que evidente. Não por acaso passou-se a criticar os paraísos fiscais que até então salvaram fortunas milionárias no mundo todo das garras do fisco.

4. Geopolítica, Terrorismo, Crime Organizado e o Direito Penal do Inimigo.

Como é notório, a criminologia nasce no século XIX com o objetivo de trazer explicações e respostas ao problema do crime e dos novos perfis de criminalidade que passaram a caracterizar o contexto de grandes centros urbanos particularmente europeus

e americanos. Desde o século XVIII já se observava mudanças acerca do comportamento criminoso, talvez até um aumento das variações de crimes, ainda que como um poder de vigilância do Estado e do Direito, sempre crescentes. Do crime como violação da lei ao crime como uma propensão inata, muitas mudanças ocorreram no sentido de acentuar aqueles poderes institucionais e legais.

Em boa medida o Direito Penal ocidental, pouco a pouco, afastou-se das influências que caracterizaram o contexto que deu surgimento à criminologia. Aquele caracterizado pelas “classes perigosas” para as quais estavam voltadas a criminologia, a sociologia e também o direito penal.

Entretanto, a criminologia ficou presa ao seu passado e manteve como objeto de estudo a criminalidade urbana em cujos índices apontam freqüentemente para os representantes das classes menos abastadas. Em outras palavras, a criminologia se manteve presa à sua origem de repressão e controle das classes perigosas, mesmo que mais recentemente tenha adotado discursos neomarxistas.

A retórica para a criação dos necessários argumentos que legitimassem a guerra contra tal criminalidade e demais fenômenos, efeitos sempre atuais sua sociedade excludente em que o homem é cada vez mais descartável, pode ser encontrada e (re)traduzida nos refrões/conceitos criados pela imprensa escrita e televisiva, logo depois apropriado pelo meio acadêmico. *Ataques Cirúrgicos, Danos Colaterais, Armas de Precisão, Morte Zero* etc.

Com sua máquina de guerra que na Guerra Fria esta voltada para combater o comunismo, a partir da década de 80 a indústria e boa parte do aparato bélico estadunidense volta-se para o rentável negócio do combate ao narcotráfico. Não por acaso isso ocorre principalmente em países como o Brasil, Colômbia, Bolívia, Peru e Equador exatamente na região da Amazônia “internacional” reserva de biodiversidade.

São conflitos desenvolvidos entre forças que não possuem qualquer proporção. É notório, por exemplo, que os EUA só declaram guerra contra países cujas forças

militares são desproporcionalmente inferiores. O que já indica quem vai vencer o jogo antes da partida acabar. Porém, tem se tornado freqüente a observação que em terra frequentemente as tropas terrestres americanas enfrentam situações inusitadas das quais resultam em número alto de baixas de uma tropa que por pertencer ao maior exército do mundo causa surpresa.

No universo cotidiano, das “trivialidades da guerra”, soldados brincam de guerra intoxicados por ideologias e atualmente anfetaminas que, por sua vez, adquiriram o *status* de as *Novas Drogas da Nova Guerra*.

Outro mecanismo e efeito que todas as guerras sempre desenvolveram foi o de controle de natalidade. Essa questão é uma prática tão comum, que dos mais diversos modos e objetivos políticos atuam no sentido de matar mais jovens, principalmente. Da falta de infra-estrutura urbana passando pelas gangues e chegando ao conflito entre exércitos, os jovens são os mais atingidos em todos os conflitos no mundo.

A dificuldade com a qual se depara tanto o Direito Penal quanto a Criminologia tem a mesma essência. A questão que temos *a priori* é o fato de estarem estas duas áreas do saber fundamentadas e são mesmo, conseqüências dos valores modernos. O problema então começa a definir-se por se mesmo, ou seja, como manter paradigmas modernos perante os novos tipos de crime que compõem o perfil da *nova criminalidade*.

Se há um avanço digamos, na “tecnologia do crime”, em contrapartida o Estado tem que trazer respostas para tais problemas. O desafio começa em como responder ao avanço do crime sem ferir os direitos e garantias individuais? Começa aí o dilema entre Estado, Direito e Crime na atualidade. Enquanto a Criminologia observa a origem e dinâmica do delito, o Direito Penal tipifica e coage baseado nos paradigmas modernos sobre o fenômeno do crime e no seu conjunto o fenômeno da criminalidade. Quanto a isso é preciso levar em conta que não por acaso, ocorreu uma cada vez mais íntima relação pouco a pouco travada entre capitalismo e crime.

A acumulação de capital criminosa que hoje sustenta em boa medida o sistema capitalista formal, mais refletida na relação entre a economia formal e informal, embasa um perfil de acumulação riquezas que não pode ser contrariada sob pena de causar muito desemprego na própria economia formal/legal.

Se essas massas subempregadas e excluídas, principalmente dos países periféricos, ameaçam rebelar-se o “sistema” em nível mundial pode estar ameaçado. Então, torna-se preciso uma Polícia Mundial e um Direito Penal do Inimigo.

A tendência mundial de violação de direitos fundamentada nas doutrinas Realista e Guerra Preventiva ganham cada vez mais espaço e repercussão. O problema está que, diante da complexidade dos novos modelos criminais, claramente associados aos seus respectivos contextos, podem ocorrer dificuldades em distinguir o que vem a ser uma violação da norma de uma iminente e grave ameaça à paz social. Nesse sentido, o cenário mundial aponta uma provável utilização do rigor da lei e, ao mesmo tempo, sobre os acontecimentos que despertam tal insegurança e furor a conseqüente busca de se identificar o inimigo.

De acordo com uma cômoda ilusão, todos os seres humanos, enquanto pessoas, estão vinculados entre si por meio de pessoas... Mas o Direito Penal do Inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos (JAKOBS: 2007, p. 09, 29).

Há, aqui no Brasil, uma explícita confusão feita a respeito do Direito Penal do Inimigo. A questão entre o que afirma a doutrina e o que praticam os Estados que a ela aderem ainda é pouco compreendida entre nós. Por exemplo, quando é feita uma comparação reducionista entre o Direito Penal do Autor de doutrinação nazista e o atual Direito Penal do Inimigo. É claro que é possível verificar-se extremos doutrinários na *Era dos Extremos*.

A questão não é só condenar doutrinas que buscam trazer respostas ao contexto dos fenômenos criminais atuais. Muito mais importante é buscar o equilíbrio nas respostas para os atuais desafios, mantendo indiscutivelmente os fundamentos dos direitos humanos nos respectivos direitos positivos de cada país.

A idéia difundida no Brasil de que os Direitos Humanos são para defender bandido cai por terra quando analisamos a tendência autoritária e totalitária na história, inclusive mais recente dos países periféricos.

Agora, a globalização do capital, antecedida pela globalização do crime, deixou dúvidas a respeito de tais Direitos e Garantias Individuais. O quanto os governantes tanto de países centrais quanto periféricos usam e usarão tais fenômenos para justificar a violação de direitos só a história poderá nos contar.

O grande problema da doutrina do Direito Penal do Inimigo está muito longe de ser dogmático. A questão central é identificar quem é o inimigo, uma vez que além do caractere cognitivo, “persistentemente na comissão de delitos”, apontado por Jakobs, temos frequentemente esquecido do fator *danosidade social* elemento orientador do princípio da proporcionalidade, principalmente, quando aplicado ao direito penal e trazido à baila do direito ocidental tanto pela Escola Clássica, quanto a Escola Positiva. Quem é mais inimigo, o sujeito que trafica drogas, o que consome drogas ou o que lava dinheiro sujo? Quem é mais inimigo aquele indivíduo que através dos inúmeros mecanismos de lavagem de dinheiro ajuda a financiar os grupos terroristas ou aquele que explode bombas, aviões, metrô e tantas outras formas de terrorismo? Quem é mais inimigo, a indústria química, uma vez que vários dos seus produtos são fundamentais para a produção da maioria das drogas, ou a indústria de armamentos abastece grupos armados com alto grau de agressividade?

Que os princípios abrigados pelo Estado de Direito Democrático são, já faz algum tempo, utilizados pelo Crime Organizado e o Terrorismo como vias para atuação, quanto a isso não há dúvidas. O problema recai então sobremaneira no desafio da tipificação e a persecução penal. Estes pontos sensíveis serão de fato, o divisor de águas entre o Estado de Direito e o Estado Policial daqui por diante. Achar que ainda podemos retomar as utopias modernas é característica de um misto entre inocência e ignorância. Se a sociedade está mais integrada, em rede, para as benesses e luxúrias, está também mais integrada para assumir o custo de tudo isso, as mazelas. Tem então se tornado cada

vez mais freqüente, a discussão sobre a imputação objetiva. Não é só para o indivíduo é também para as organizações que se volta o Direito Penal do Inimigo.

Enquanto continuamos a culpar os pobres por tudo, tal como segue a nossa tradição republicana, os crimes praticados pelas nossas elites só fazem crescer em termos de imoralidade, ilegalidade e danosidade social. As improbidades administrativas enxovalham a administração pública do país nos três níveis da federação e nos três poderes em todo o Brasil. Estará aí o *locus* do verdadeiro inimigo?

É fato que preocupação rigorosa com o branqueamento de capitais se dá a partir da clara relação entre terrorismo e crime organizado. Por muito tempo a lavagem de dinheiro financiou o sistema capitalista, inclusive na sua versão produtiva, sem que muita atenção fosse dada pelas principais economias do planeta. Podemos afirmar com segurança que em boa medida, luxo e bem-estar do primeiro mundo, principalmente a partir das três últimas décadas do século XX, foi financiada em muito pela limpeza de dinheiro sujo.

O capital sujo, no processo de transformá-los limpos, financiou e ainda financia, empreendimentos educacionais, filantrópicos, construção civil para as classes de maior poder aquisitivo, espetáculos de toda sorte e campanhas políticas em todos os níveis do Estado. Estimula sobremaneira o mercado financeiro que teve o seu próprio desenvolvimento e sofisticação voltada para o objetivo de captar o dinheiro sujo que, além de limpeza, precisa ser despistado. Em consequência esse fenômeno salvou e ainda salva muitas economias periféricas da falência total e continua a enriquecer as economias centrais.

Referências

A Tarde, 26 de outubro de 2008.

BIRD. Relatório do Banco Mundial de 1987

CEPAL **El hambre en América Latina y el Caribe**: magnitud, características y posibilidades de erradicarla –2002-2003.

CEPAL - **El gasto social em América Latina**: Tendencias positivas y consecuencias de desaceleración económica em la región, 2003-2003.

Correio da Bahia, 24 de outubro de 2008.

Correio da Bahia, 18 de outubro de 2008.

IBGE Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: **Segurança Alimentar 2004**.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ. Manuel **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007

MOTTA RIBEIRO, Ana Maria; LULIANELLI, Jorge Atílio **Narcotráfico e Violência no Campo**. Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2000.

NACIONES UNIDAS - Relatório Asamblea General: **Informe sobre la situación em el mundo, 2005**.

ONU-PNUD Relatório do **Desenvolvimento Humano 2005**: Ajuda, Comércio e Segurança num Mundo Desigual.

PARDELHAS, Sérgio. Istoé. 06 de fevereiro de 2008.

PILGER, John. **Os Novos Senhores do Mundo**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

RELATÓRIO IPEA. **Gasto Social do Governo Central 2001 – 2002**. Ministério da Fazenda Secretaria de Política Econômica. Brasília: 2003.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Altamar Clemente do SANTOS*
Dirceu Aparecido de ARAÚJO
Eduardo Dias de SANTANA
Luciane da Silva XAVIER
Marcos Paulo Silva de SOUSA
Valdivia Santos de JESUS

RESUMO: Este trabalho busca avaliar os problemas que impedem a efetividade do direito à saúde no Brasil e sua relação com a reserva do possível, apontando soluções para eles, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, busca refletir sobre o problema da reserva do possível, da escassez de recursos e do compromisso constitucional com a concretização de políticas públicas que busquem garantir o mínimo existencial para a sobrevivência dos indivíduos.

Palavras-chave: Direito à saúde. Reserva do possível. Escassez de recursos. Mínimo existencial.

1. Introdução

A saúde é direito de todos e dever do Estado, assim preconizado no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), que manifesta o compromisso do Estado de garantir a todos os cidadãos o pleno direito à saúde. Essa garantia se dá através de políticas públicas - sociais e econômicas - que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A CRFB destaca como um de seus fundamentos, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. No art. 5º, *caput*, garante a todos o direito à vida. Verifica-se,

* Acadêmicos do Curso de Direito e pesquisadores do Núcleo de Pesquisa Jurídica da Faculdade Dom Pedro II, sob a orientação da Professora Ms. Ana Thereza Meirelles Araújo.

portanto, que o direito à saúde, além de ser qualificado como direito fundamental que é devido a todas as pessoas, é um direito constitucional indissociável do direito à vida. Isto impõe ao Estado deveres, tais como: o de fornecimento da medicação e/ou da intervenção médica necessária a todo cidadão que dela necessite.

Isso representa a teoria do mínimo existencial de dignidade humana, inerente a todos os seres humanos, ainda que leigos e que desconheçam seus direitos. A estes também são garantidos, ao menos, os mais básicos direitos do ser humano, como o direito à vida, à saúde e à liberdade.

Diante de uma realidade gritante, haja vista à apresentação de dados referentes à saúde, o que se pode afirmar é que a saúde pública passa por um estágio crítico de enfermidades, evidenciando a existência de um direito constitucionalmente previsto, mas, visivelmente, carente de efetividade e concretização.

Os mecanismos judiciais são utilizados como instrumentos capazes de coibir o descumprimento desse direito, uma vez que é de grande relevância a interferência do Poder Judiciário no cenário Executivo, através da prestação jurisdicional, como meio de efetivar os comandos constitucionais e garantir a sua aplicação.

Percebe-se, portanto, que é notório o descaso do Poder Público para com a população que necessita de atendimentos básicos de saúde, demonstrando a incapacidade do Estado para com o exercício de um dever constitucional e a efetivação de um direito social de todos os cidadãos.

2. O Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988

O direito à saúde na Constituição Federal de 1988 é classificado como verdadeiro direito fundamental que está diretamente ligado ao direito à vida, portanto, para que esse dever seja cumprido como impõe a Carta Magna, é necessário que entidades públicas possam criar mecanismos, juntamente com os setores privados, para a implantação de políticas públicas de saúde que se efetive de modo universal e

igualitário, levando em consideração as peculiaridades regionais e sociais da população à qual se destina atender.

A partir do século XX, com o surgimento da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, a saúde foi definida como o completo bem-estar físico, mental e social, e reconhecida como um dos direitos fundamentais de todo ser humano, seja qual for sua condição social ou econômica e sua crença religiosa ou política.

Ter garantido o direito fundamental à saúde não significa ao Estado ter verbas suficientes para disponibilizar a concretização de um completo bem-estar físico, mental e social a todos os cidadãos, haja vista que a saúde objetiva compreende uma qualidade de vida que envolve democracia, igualdade, respeito ambiental e desenvolvimento tecnológico.

Definir saúde é atrelar seu conceito à educação, posto que um indivíduo que recebe uma educação adequada estará bem informado e consciente para evitar muitos problemas, assim também é a relação da saúde com o trabalho, uma vez que o trabalho possui uma função primordial na vida dos seres humanos na inserção desse indivíduo na sociedade, bem como a evidência de sua dignidade.

A nossa Constituição, no seu art. 6º, reconhece a saúde como um direito social. Partindo deste pressuposto, o direito à saúde passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantia/efetividade da saúde, pena de ineficácia de tal direito (HUMENHUK, 2010).

2.1. Noções e Espécies de Direitos Fundamentais Sociais

Os direitos sociais são direitos de todos, direito da liberdade e da igualdade social, conforme conceitua Alexandre de Moraes:

São direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observâncias obrigatórias em um Estado social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (2008, p.195).

Com a primeira guerra mundial, o mundo assistiu a degradação social do próprio homem, da vida humana. Diante desse quadro, surgiu um novo Estado, o Estado Social de Direito, como destacou Jorge Miranda:

[...] século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. [...] É, portanto, um século em que o Direito público sofre poderosíssimos embates e em que à fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se uma fase social (2000, p.88).

Os direitos sociais, tutelados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, têm como base, além do princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade. Equiparam-se aos direitos fundamentais de segunda dimensão, que reclamam do Estado um papel prestacional de conferir condições mínimas de vida com dignidade, protegendo os mais fracos com políticas públicas e medidas de ações afirmativas para uma aceleração ao processo de igualdade.

Pela sua importância de garantia institucional, destaca Paulo Bonavides:

Os direitos sociais faziam nascer à consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos de liberdade era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social, proporciona em toda a plenitude (2004, p.565).

Os direitos fundamentais sociais são direitos em que prevalecem os interesses coletivos em detrimento dos individuais. Segundo José Afonso da Silva (2001, p.285):

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. [...] valem como pressupostos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporcionará condições mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A Constituição de 1988 estabelece, no art. 6º, que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Vale salientar que os direitos sociais ficam evidenciados no Preâmbulo e no Título VIII, Da Ordem Social, arts. 193 a 232 da CRFB. Na verdade, são direitos conquistados ao longo da história, num processo coletivo de reivindicações dos “menos privilegiados”. Concretiza-se, assim, o entendimento de que os direitos sociais não têm um escopo somente à proteção dos trabalhadores, mas também dos excluídos.

São diversas as espécies de direitos sociais, em suas categorias, de acordo com André Ramos Tavares (2007, p.738): a) os direitos sociais dos trabalhadores, classificados como: individuais e coletivos; b) os direitos sociais da seguridade social, compreendendo; o direito à saúde, assistência social e a previdência social; c) os direitos sociais de natureza econômica, que envolvem todas as prestações positivas do Estado, voltadas: à busca do pleno emprego, redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da pobreza e da marginalização, a defesa do consumidor e da concorrência, como também a função social da propriedade privada, etc.; d) os direitos sociais da cultura, que englobam: à educação e a cultura propriamente dita.

2.2. A Seguridade Social na Constituição Federal de 1988

O art. 194 da CRFB preceitua que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde (art. 196 e ss), à previdência (art. 201 e ss) e à assistência social (art. 203 e ss). A seguridade social visa garantir a saúde para todos e tem por objetivo assegurar os recursos para a sobrevivência digna das pessoas, nas situações de necessidade, os quais não podem ser obtidos pelo esforço próprio, ou seja, o bem-estar e a justiça social.

[...] compete ao Poder Público: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos

benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, mediante a gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (MORAES, 2008, p.807).

No Brasil, a preocupação com a proteção social do indivíduo nasceu com a necessidade de implantação de instituições de seguro social, de cunho mutualista e particular.

A Constituição Federal de 1988, a primeira constituição brasileira que reconheceu o direito à seguridade social expressamente como direito fundamental, previstos no arts. 6º e 7º, apresenta diversos preceitos referentes, a saber: seguro desemprego; décimo - terceiro salário; salários-família; licença à gestante, salário maternidade e licença paternidade; redução dos riscos inerentes ao trabalho; adicionais pelo exercício de atividades penosas, insalubres e perigosas; aposentadorias; assistências aos filhos até seis anos de idade em creches e pré-escolares; proteção ao trabalho do menor; direitos dos trabalhadores domésticos; igualdade de direitos dos trabalhadores avulsos; matéria de competência legislativa privativa da União: seguridade social; matéria de competência concorrente da União, dos Estados e do DF: previdência social, proteção e defesa da saúde, proteção e integração das pessoas portadoras de deficiência; competência exclusiva da União para instituir contribuições sociais; competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para instituir contribuição cobrada de seus servidores para custeio de sistemas de previdência e de assistência social; disposições gerais sobre seguridade social; normas relativas à saúde (Sistema Único de Saúde - SUS); normas relativas à previdência social; Emendas Constitucionais nº. 20/98 e 41/03.

A seguridade social compreende o direito social à saúde, os direitos à previdência e à assistência social. Afirma Dirley da Cunha Junior: *“Eles têm por propósito garantir um mínimo necessário a uma existência digna, traduzido na disponibilidade de recursos materiais indispensáveis à satisfação dos postulados da justiça social”* (2010, p.727).

E para a maior eficácia e efetividade implica considerar as peculiaridades dos princípios.

2.2.1. Os princípios e a fonte de custeio

Está notadamente expresso na CRFB, no art. 194, parágrafo único, a competência obrigacional do Poder Público de promover a organização da seguridade social. Contudo, tal organização obedecerá aos critérios basilares elencados nos incisos I a VII, do supramencionado dispositivo constitucional, os quais parafraseiam princípios básicos da seguridade social. Nesse sentido, dispõe a Carta Magna desta nação que os pressupostos para a competente organização da seguridade social, constitucionalmente imposta ao Poder Público são:

- I - Universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV – Irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V – equidade na forma de participação no custeio;
- VI – diversidade da base de financiamento;
- VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (CRFB, art, 194).

Necessário se faz, para um melhor entendimento, um estudo mais apurado acerca das particularidades de cada princípio, a fim de identificar o intento social de cada um deles. Não se esgota na preleção a seguir esclarecimentos sobre todos, assim sendo, seguem dois deles, conforme preleciona André Ramos Tavares:

Quanto ao princípio da universalidade, cumpre assinalar que se distingue universalidade subjetiva e objetiva.

Por universalidade subjetiva deve-se compreender o alcance (universal) quanto aos sujeitos (subjetiva), ou seja, a seguridade alcança todos os indivíduos, sejam empregados ou não.

Por universalidade objetiva deve-se compreender o alcance (universal) quanto às necessidades (objetivamente consideradas) surgidas no seio social (2007, p.743).

Sobre o princípio da uniformidade, entende o mesmo autor:

Na seguridade social a proteção oferecida é idêntica para as mesmas situações, não se distinguindo em função de critérios subjetivos, ao contrário do que ocorre na previdência social, porque aqui as

prestações podem se diferenciar, ainda que de uma situação idêntica (como a aposentadoria) (2007, p.743).

O art. 195 da CRFB dispõe sobre o custeio da seguridade social e, acerca da solidariedade financeira, conforme o inciso II, estabelece as exceções que desobrigam a contribuição social. Preleciona Alexandre de Moraes:

O art. 195 e incisos da Constituição Federal, ao disporem sobre o custeio da seguridade social, não prevêm contribuição a cargo dos aposentados e pensionistas, sendo vedado aos Estados-membros ou Municípios editarem disciplina em contrário, seja nas Constituições Estaduais, seja nas respectivas Leis Orgânicas Municipais. (2008, p. 807).

Nesse sentido, infere-se também que a seguridade social é mantida pela sociedade, uma vez que os recursos financeiros advêm desta. Daí então salientar a existência de mais um princípio, a solidariedade financeira, no qual está consubstanciado a fonte de custeio desse instituto. Entretanto, vale salientar que tal princípio incide sobre a autonomia da vontade do indivíduo, haja vista que a Constituição não faculta às pessoas a contribuição social, logo, por imposição constitucional, a sociedade está obrigada a filiar-se ao Instituto Nacional da Seguridade Social com a finalidade de garantir a sua subsistência, que tem como fim o bem comum.

2.2.2. O conteúdo do direito à saúde

Sendo a vida um pressuposto básico para aquisição de direitos, inexistente a possibilidade de uso e gozo de direitos sem a sua proteção, assim sendo, para que haja a continuidade da vida, necessário se faz a adoção de medidas preventivas que garantam a sua manutenção de forma digna. Ora, se o direito à vida é condição *sine qua non* para o exercício de direitos, logo não há como desassociar o direito à saúde do direito à vida.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal garante que 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, [...]. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos (2008, p.35).

Imputando-se ao direito à saúde a correlação direta com a vida humana, este, por sua vez, assume *status* de direito fundamental, haja vista ser corolário da dignidade da pessoa humana. E por assim ser, as supramencionadas medidas, ou seja, a promoção do direito à saúde é de responsabilidade do Poder Público, o qual deve garantir ao homem pelo menos as condições mínimas para a manutenção deste direito, a fim de não permitir nenhuma espécie de afronta à dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, à inviolabilidade do direito à vida.

É espantoso como um bem extraordinário relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais (SILVA, 2008, p.308).

Dessa forma, diante do acima exposto, infere-se que o conteúdo do direito à saúde, devido a sua amplitude, engloba todas as medidas que devem ser adotadas pelo Poder Público visando à proteção, à garantia, à manutenção e à efetivação desse direito.

3. O Problema da Reserva do Possível

Nos dias atuais o tema da reserva do possível tem tomado proporções gigantescas, quando confrontado com a escassez de recursos e o mínimo necessário para atendimento das necessidades básicas que o Estado deve suprir para seus administrados. Percebe-se de pronto a dificuldade que o legislador esbarrar-se quando da elaboração de lei que venha a determinar onde serão aplicados os recursos e sobre o que priorizar, vez que se torna impossível para o Estado atender a todas as necessidades que surgem e se multiplica no dia a dia.

Dá a necessidade de se resguardar, dentre outros princípios fundamentais, o direito a saúde, por entender-se que a vida, o bem maior, não pode existir sem a saúde.

3.1. Reserva do Possível: o orçamento como base

O direito a saúde está diretamente ligado a todos os outros direitos fundamentais. Sem saúde todos os outros direitos perdem muito de sua eficácia, tomando-se como exemplo o direito à liberdade. Como liberdade entende-se não só a liberdade de locomoção, como também a liberdade de escolha, de crença, de reunião, de convicção.

Para garantir a saúde, o Estado precisa de recursos, e esses recursos limitados nem sempre são suficientes para fazer frente à demanda, pois essa sim é ilimitada, daí a necessidade de se estabelecer o orçamento, uma vez que o Estado só disponibiliza os recursos na medida em que os arrecadam.

A CRFB estabelece que os serviços de saúde pública integram o sistema único de saúde e que esse sistema será gerido com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Pode ainda participar desse sistema de forma complementar as instituições privadas mediante convênio com o Estado.

O Poder Público deve assegurar o cumprimento do preceito legal na Carta Maior que é de garantir o direito a vida. “A Constituição Federal proclama, portanto, o direito a vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo, e a segunda de se ter vida digna quanto a subsistência” (MORAES, 2003, p.64).

Nesse sentido, a reserva do possível, expressão cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão, não se refere somente à disponibilidade de recursos do tesouro, mas ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de modo que, ainda que o Estado disponha de recursos, ele não seria obrigado a prestar algo para além dos limites do razoável, o que em última análise nos remete à ponderação do legislador. (TORRES, 2006, p.784).

Quando o legislador assegura o direito à vida, evidentemente, assegura também o direito à saúde, embora na realidade todas as necessidades dos indivíduos sejam importantes. Quando as necessidades são individualizadas, tornam-se para aquele indivíduo, em detrimentos de outros, as mais importantes. Cabe ao legislador sopesar no momento em

que for direcionar os recursos, como cabe também ao Ministério Público, quer estadual ou federal, fiscalizar a aplicação do mesmo. Cabe, também, aqui mencionar o conceito de finanças públicas: “as finanças públicas compreendem a arrecadação de tributos e outras verbas, constituindo os recursos públicos e sua correspondente destinação e aplicação, com o necessário planejamento” (TAVARES, 2007, p.1176).

3.2. A Escassez de Recursos

Como o Estado só distribui na medida em que recebe, em princípio parece ser o lógico fazer com que o Estado receba mais para poder distribuir mais. Todavia, nem sempre este é o melhor caminho, principalmente no Brasil, onde a carga tributária é imensa. Isto inviabiliza o pequeno empreendedor e afugenta o empresariado externo que procura melhores lugares para seu investimento, e os que aqui investem o fazem através de vários incentivos. Não se pode sequer cogitar a maior captação com o aumento de tributos.

A distribuição orçamentária dos recursos do Estado obedece aos ditames do Legislativo. Nesse sentido:

Tendo em vista que os deveres prestacionais do Estado dependem de lei prévia que os estabeleçam e considerando, ainda, a escassez de recursos financeiros para que se satisfaçam as inesgotáveis necessidades da população, cabe ao Legislativo, em primeiro lugar, ponderar entre os diversos interesses carentes de prestações públicas. (TORRES, 2006, p.786).

O legislador deve sobremaneira voltar seu olhar para as questões sociais, não se admitindo, portanto, investimentos de caráter político, no qual o retorno para o indivíduo é nulo, ou quase nulo. O que importa realmente, tendo em vista os recursos esgotáveis, é que o mesmo seja aplicado de forma eficaz, principalmente na saúde que é a primeira das necessidades, seguida da educação e segurança. Infelizmente percebe-se ainda hoje a falta de sensatez nas ações governamentais, vez que se noticia a falta de leitos em hospitais públicos, filas intermináveis em postos de saúde, onde falta até mesmo o mínimo indispensável ao atendimento.

No Brasil, o problema das desigualdades sociais é gigantesco, começando pela distribuição de rendas, passando pela educação, segurança e desembocando naquilo que vem a ser o mais elementar dos direitos humanos - a saúde – que, se bem administrada, outros direitos fundamentais fluiriam mais a contento, pois um povo saudável produz mais e melhor.

Sempre se estará defronte com a escassez de recursos, difícil será ter um orçamento satisfatório, pois a máquina administrativa estatal é muito grande e custa caro.

3.3. A Necessidade de Garantir o Mínimo Existencial

Como mínimo existencial deve-se entender aquele capaz de garantir a vida na sua menor necessidade, ou seja, o mínimo para sobrevivência. O mínimo existencial deve contemplar todos aqueles direitos fundamentais elencados na Carta Magna, tais como: o direito à vida, à saúde, educação, moradia, e segurança; pois a soma de todos esses preceitos é que vai garantir outro preceito maior que é o da liberdade, que conseqüentemente trará a dignidade da pessoa humana. É o mínimo para se viver dignamente.

De qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia de mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência (SARLET, 2006, p.566-567).

Na interpretação somente gramatical do texto constitucional, fica estampado que ao Estado cabe somente a garantia de um mínimo necessário para a sobrevivência humana. Talvez por essa razão, programas governamentais como o “Fome Zero” tenha tanta repercussão, contudo, à luz de uma visão mais humanística, deve-se fazer interpretações mais amplas no sentido de que não basta saciar a fome, é preciso levar ao indivíduo condições de reintegração familiar e social.

Políticas públicas devem ser efetivadas pelo Estado. O Poder Público tem que ter um sério compromisso com a população, principalmente aquela menos favorecida que não pode arcar com o ônus da saúde e da educação, para que no futuro todos os direitos

fundamentais possam realmente ser efetivados conforme os ditames de um Estado Democrático de Direito.

4. A Dignidade da Pessoa Humana e a Efetivação do Direito à Saúde

A dignidade da pessoa humana pressupõe a característica primordial do estado democrático de direito, sem a qual não se efetivará a democracia, pilar sólido de todo Estado garantidor de direitos sociais positivados em sua Constituição. Neste sentido, o direito a saúde é um dos meios pelo qual se configurará a efetivação da dignidade e acima de tudo o direito à vida, topo da pirâmide que se sustenta pela base forte formada por todas as outras garantias fundamentais, sem as quais a vida não restará dignamente vivida.

Direito social previsto na Constituição Federal de 1988, a saúde, garantia fundamental da existência humana, existência esta que deve ser vivida dignamente, onde o Estado é o mantenedor desse direito humano, agindo de forma positiva para assegurar condições materialmente viáveis ao gozo da boa saúde física, mental e social da coletividade em seu território. André Ramos Tavares afirma que “o Estado deve promover políticas sociais e econômicas destinadas a possibilitar o acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.” (2007, p.754).

Pode-se verificar também que para dar efetividade ao direito a saúde, o poder público deve assegurar outros direitos que irão, de forma indireta, garantir a sua fruição, tais como: direito à educação, à liberdade, à igualdade, à segurança, ao trabalho, à moradia, ao lazer, enfim.

Neste sentido, Montesquieu (2007, p.450) afirmou que: “Algumas esmolas que se dão a um homem nu pelas ruas não preenchem as obrigações do Estado, o qual deve a todos os cidadãos uma subsistência assegurada, alimentação, vestuário conveniente, e um gênero de vida que não deve ser contrário à saúde”.

A dignidade do ser humano se configura pela vida confortável, diga-se vida digna, sob a tutela do Estado, construindo-se o direito à vida, direito este mais fundamental de todos, é por este direito que se garante todos os outros, não podendo se falar em direito à vida sem a garantia da preservação da saúde que se configura, segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, como o um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças.

O Título VII da Constituição Federal de 1988, nos artigos 196 a 200, assegurou a todos o direito à saúde, estabelecendo a criação de um sistema único de saúde (SUS) para sua efetivação, integrando uma rede de assistência pública regionalizada e hierarquizada, descentralizada, porém harmônica entre si. Contudo, a eficiência e efetividade está muito aquém do desejado, necessitando de implementação de políticas públicas, sociais e econômicas, para uma eficácia equânime de forma a atender aos anseios de toda população nos mais longínquos rincões desta grande nação.

A situação econômica de uma Nação interfere negativamente na promoção da saúde de sua população, não adiantando a simples positividade de normas para assegurar este direito. “É a elevação da renda que possibilita a melhoria da alimentação, da moradia, do vestuário e aumenta o acesso a todos os bens e serviços necessários á vida, inclusive aos serviços específicos de saúde” (SILVEIRA, 2005, p.78).

A efetivação do direito à saúde não se realiza somente com um bom atendimento médico em hospitais, na realidade, para se efetivar a saúde pública, pressupõem-se políticas públicas e atividades sanitárias voltadas para o saneamento básico que engloba toda a população, fazendo parte da medicina preventiva, onde não só o Estado, mas as instituições privadas e o particular, devem assumir posturas responsáveis para a garantia da efetividade desse direito fundamental, promovendo o bem estar humano e conseqüentemente a garantia de vida digna.

4.1. Delimitação Conceitual

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos. Mário Magalhães da Silveira afirma que “o estudo do problema de saúde do homem é extremamente complexo e sua dificuldade aumenta porque as definições de saúde são múltiplas e, até hoje, não forma estabelecidos padrões que permitam comparações.” (2005, p.63).

Esta difícil e complexa conceituação deriva da impossibilidade de se estabelecer um padrão único de saúde de forma universal, em vista de envolver aspectos mais variados possíveis, como cultura, religião, economia, política, tempo e lugar.

Ainda na ótica de Mário Magalhães da Silveira (2005, p. 66):

O Homem tem necessidades que são anteriores às ordem médico-sanitária, as consideradas necessidades fundamentais: alimentação, habitação ou abrigo e vestuário. Sem atendimento destas necessidades a utilização das conquistas médicas poderá resolver um grande número de problemas, inclusive conservar a vida; não dará, entretanto, saúde, porque saúde é muito mais do que a simples ausência de doença.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), organismo internacional de saúde pública de alcance mundial, subordinado a ONU e criada em 1948, conceitua saúde, no preâmbulo de sua Constituição, como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças.

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “quem vai definir o que é o direito à saúde, quem vai, neste sentido, concretizar esse direito é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição.” (2007, p.12).

Cabe a cada nação desenvolver seu conceito de saúde de acordo com as premissas jurisprudenciais de seu povo, atinente aos preceitos de direitos humanos e de dignidade.

4.2. Controle Judicial das Políticas Públicas e Posicionamento Jurisprudencial

O que fazer quando o Estado não exerce seu dever na efetivação do direito a saúde, estando este previamente definido em seu ordenamento jurídico, melhor dizendo, em sua Constituição? A quem o cidadão deve recorrer ou quem figurará no pólo ativo desta questão, a fim de fazer valer o direito subjetivo de cada indivíduo ou da coletividade?

André Ramos Tavares (2007, p.755) afirma que:

As ações e serviços públicos de saúde subsumem-se ao princípio do atendimento integral (art. 198, II), que é diverso do já mencionado acesso universal. Este se refere ao direito que, no caso, é atribuído a qualquer pessoa. Já o atendimento integral refere-se ao próprio serviço, que, no caso, deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde. Portanto, não só todos têm direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público. Não é permitido a este esquivar-se da prestação de saúde em todos os setores.

As questões são polêmicas, uma vez que o Estado se fundamenta na reserva do possível, sempre que acionado judicialmente pelo particular ou pelo Ministério Público para cumprimento imediato da ordem constitucional do artigo 196 quanto à efetividade da prestação do direito à saúde.

Outro ponto a ser observado no texto Constitucional é o teor do seu artigo 23, inciso II, que estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “cuidar da saúde” e assistência pública, mais uma vez enfatizando a responsabilidade do Poder Público na aplicação plena da Lei em favor da efetivação do direito a Saúde.

A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles

recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito (MORAES, 2007, p.385).

Neste diapasão, a efetividade das políticas públicas voltadas para a concretização do direito à saúde se dará pela ação do Estado através de seus Poderes Legislativo e Executivo, devendo atuar de forma positiva para esta finalidade, cabendo ao Poder Judiciário agir, na omissão ou inação dos outros Poderes, fazendo com que atuem eficientemente, resguardado ao Ministério Público o dever de “zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais.”(MORAES, 2007, p.389).

Ainda sob a ênfase de Alexandre de Moraes (2007, p.586): “Além de garantidor e fiscalizador da Separação dos Poderes, o legislador constituinte conferiu ao Ministério Público funções de resguardo ao status constitucional dos indivíduos, armando-o de garantias que possibilitassem o exercício daquelas e a defesa destes”.

A concretização do direito à saúde encontra na jurisprudência diversos julgados referentes à sua prestação, cabendo aos Tribunais Superiores “uma interpretação sistemática, pautada [...] na necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão” (SARLET, 2007, p.14), onde o julgador tem se mostrado favorável a existência de um direito subjetivo à saúde e um dever prestacional por parte do Estado em assegurar este direito.

A jurisprudência dominante, até então, vem acatando a tese do direito subjetivo à saúde como prestação, demonstrando o comprometimento com a causa da vida e da dignidade da pessoa humana, entendimento sufragado até mesmo pelos inicialmente mais tímidos Tribunais Superiores (SARLET, 2007, p.14).

5. Conclusão

A efetividade do direito fundamental à saúde no Brasil ainda encontra vários entraves que vêm dificultando o acesso universal e, sobretudo, integral das ações e serviços públicos de saúde postos à disposição da população. Faltam políticas públicas sérias, voltadas à concretização dos direitos sociais assegurados na Constituição. Isto compromete a qualidade de vida dos cidadãos, por não ter garantido pelo Poder Público, concretamente, um mínimo necessário para uma existência digna.

O Poder Público deve priorizar suas ações de forma que o atendimento das necessidades básicas da população esteja garantido. As prioridades devem estar materializadas nas leis orçamentárias, sejam da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a fixação de recursos suficientes para execução de tais ações, em especial para as ações relacionadas à saúde pública.

É exatamente por conta da não priorização na aplicação dos recursos financeiros, estes direcionados equivocadamente para áreas divergentes das questões de cunho social, que o Estado termina por defrontar-se com o princípio constitucional da reserva do possível. Contudo, este princípio jamais poderá sobrepujar a dignidade da pessoa humana.

A reserva do possível é um princípio que precisa ser levado em conta pelos gestores públicos de forma precedente, quando forem escolher onde melhor devem ser investidos os recursos públicos. Não se pode admitir que este princípio seja utilizado como um impeditivo para a não concretização de direitos fundamentais assegurados em nossa Constituição, melhor expressando, para a violação desses direitos, ignorando flagrantemente a dignidade da pessoa humana, fundamento de um Estado Democrático de Direito.

Todo cidadão tem direito a uma vida digna e para isso precisa que sua saúde esteja em condições normais. O direito à saúde não deve ser disponibilizado apenas nos momentos de enfermidade, mas de forma preventiva. Para que isso seja possível é necessário que o Sistema Único de Saúde esteja muito bem estruturado fisicamente em

todo território nacional, dotado de recursos humanos especializados e muito bem remunerados, além da disponibilização de toda generalidade na área da saúde, de acordo com a evolução da ciência médica.

Uma vez não disponibilizada adequadamente a saúde pública, só resta ao cidadão recorrer ao Poder Judiciário, buscando a prestação jurisdicional necessária para ter concretizado o seu direito à saúde e, por consequência, o seu direito à vida. O controle judicial das políticas públicas, nestes casos, é primordial para compelir os gestores públicos a efetivar o direito fundamental à saúde que assiste a todos os cidadãos. É louvável o posicionamento jurisprudencial até o momento, não poderia ser diferente, pois se o fosse, estaria o judiciário negando um dos fundamentos do estado democrático brasileiro, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado, DF, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. Salvador: JusPodvim, 2010.

HUMENHUK, Hewerstton. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº 227, 20 fev 2004. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 24 jul. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T. IV. 3.ed. Rio de Janeiro: Coimbra, 2000.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Coleção a obra-prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
_____. _____. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da Saúde: de acordo com a Constituição Federal**. São Paulo: Quartier, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11, set./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/11/>>. Acesso em: 29 maio 2010.

_____. Direitos fundamentais sociais “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. São Paulo: Renovar, 2006, p.551-602.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____._____. 30.ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56 de 20-12-2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Mário Magalhães da. **Política Nacional de Saúde Pública - A trindade desenvolvida: economia-saúde-população**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORRES, Silvia Faber. Direitos fundamentais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 769-792.

DIREITO À IGUALDADE E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS MECANISMOS DA EFETIVAÇÃO DA TUTELA

Daniel Mendes dos SANTOS FILHO*
Daniele Oliveira da ENCARNAÇÃO
Deraldo Valois da PAIXÃO
Ervelin Geisa Pinto Lima OLIVEIRA
Eunice Santos de SOUZA
Fernando César de B. NUNES
José Carlos Viana DUARTE JÚNIOR
Katiúscia Uchoa JOHNSON
Meire Silva SANTOS
Rosália Gouvêa de Mello BISPO

Resumo: Trabalho destinado à análise do direito à igualdade, a partir da teoria dos direitos fundamentais e da principiologia constitucional, considerando os mecanismos para a sua concretização. Verificação dos principais quesitos que ensejam problemas de desigualdade no Brasil e avaliação dos mecanismos jurídicos capazes de atenuá-la. Para tanto, resta evidente a necessidade de avaliar as ações afirmativas.

Palavras-chave: Igualdade. Princípio da dignidade da pessoa humana. Efetividade. Ações afirmativas.

1. Introdução

Após o estado caótico em que se encontrava a Humanidade, decorrente do manto sangüinário, reflexo da Segunda guerra Mundial, o “Universo” já reclamava por um instrumento que ao menos reconhecesse o valor intrínseco do homem, enquanto ser humano.

* Acadêmicos do Curso de Direito e pesquisadores do Núcleo de Pesquisa Jurídica da Faculdade Dom Pedro II, sob a orientação da Professora Ms. Ana Thereza Meirelles Araújo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe na leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial. Conseqüentemente, invoca os signatários a reafirmarem, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres. Enfim, insurge da referida Declaração o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

O reconhecimento dos direitos humanos na Constituição de um país, assim como a adesão de um Estado aos acordos e declarações internacionais, é um avanço civilizatório. Isto porque a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, constitui valor-guia de toda a ordem jurídica, caracterizando-se indispensável para a ordem social.

Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a realizar um breve estudo acerca do direito à igualdade e do princípio da dignidade da pessoa humana e considerando os mecanismos de efetivação da tutela, dividindo-se basicamente em duas partes: na primeira, traça um perfil do princípio da igualdade, abordando seus conceitos, aspectos e aplicação; na segunda, analisa a aplicabilidade prática, efetivação dos direitos fundamentais albergados na Constituição de 1988, notadamente, a aplicação do direito à igualdade com fulcro na dignidade da pessoa humana, através de políticas públicas sociais, sem a pretensão de exaurir o tema.

Objetiva-se, no presente estudo, estudar princípios basilares do Estado Democrático de Direito: o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana, como um valor inerente a todo ser humano, elevando as políticas públicas ao patamar instrumental ativo, à concretude das atividades práticas sociais do dia-a-dia, a fim de traduzirem-se, assim, em elementos palpáveis (igualdade material) com a efetiva tutela a grupos sociais vulneráveis, ou melhor, discriminados pela ação de outros agentes sociais.

A importância do assunto para o mundo jurídico é percebida quando se constata que de nada servem os princípios se eles se mantiverem na dimensão virtual do desejo, pois, se não houver a concretização dessas políticas e um adequado grau de conscientização e envolvimento da sociedade quanto ao tema, não há promoção da Justiça, somente revelada pela concretização de direitos como a igualdade.

Explícita no preâmbulo de nossa Constituição Federal como “valor supremo”, a igualdade significa não apenas a igualdade diante da lei, do uso da palavra e da participação política, mas também a igualdade de condições sócio-econômicas básicas, para garantir a vida com dignidade. Como princípio fundador da democracia e dos direitos humanos, igualdade não significa homogeneidade. Daí, o direito à igualdade pressupõe o direito à diferença que é uma relação horizontal, cujo aprofundamento se dará posteriormente. Dessa forma, busca-se analisar as estratégias políticas - chamadas de ações afirmativas -, que buscam dar tratamento diferencial àqueles que vêm sofrendo derrotas seculares na luta pelos bens sociais.

2. Direito à Igualdade na Constituição Federal de 1988

A Carta Magna inicia o capítulo dos direitos individuais, contemplando o princípio da igualdade de direitos e garantindo a todos os cidadãos, o direito ao tratamento idêntico perante a lei, com o objetivo de vetar toda e qualquer forma de distinção e tratamento discriminatório.

O sentido de igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Assim, pode-se verificar que os tratamentos diferenciados estão acolhidos pela norma constitucional, desde que contemplem uma justificativa objetiva e razoável.

Segundo ensinamentos de André Ramos Tavares (2007), o real sentido de justiça implica no tratamento desigual das situações de vida desiguais, na medida de sua desproporcionalidade, o que não significa privilégio ou discriminação no tratamento dos cidadãos, mas, sim, uma equiparação ao alcance de uma finalidade claramente legítima.

Salienta-se, todavia, que, apesar de não ser admissível ditar a todos os indivíduos as mesmas obrigações ou a garantia de direitos iguais, já que o ser humano é único em sua individualidade, também não é possível dar um tratamento próprio a cada pessoa, pelo mesmo motivo de que todos se diferenciam entre si, o que seria impraticável e exagerado.

Conforme destaca o referido autor: “[...] os elementos ou situações constitucionalmente arrolados, na realidade, relacionam-se a ocorrências discriminatórias atentatórias de direitos fundamentais” (2007, p.527). O que não se pode deixar de fazer é verificar a existência de uma correlação lógica entre o traço diferencial escolhido como ponto de apoio da diferenciação que se pretende instaurar e a desigualdade de tratamento sugerida em função do traço ou característica adotada, sendo necessário que:

[...] a desigualdade esteja relacionada diretamente à diferença observada. Não podendo tratar diferentemente em justificativa de qualquer diferença observada para que não sejam legitimados os tratamentos discriminatórios, visto que, todos os seres se diferenciam um dos outros. [...] exige-se que essa relação de pertinência a ser assim estabelecida não viole algum preceito constitucional (TAVARES, 2007, p.528).

Dessa forma, é proibida a arbitrariedade de tratamento e apenas através de justificativas racionais se podem acolher as desigualdades estabelecidas. Mesmo assim, será sempre abolida pelo princípio da isonomia.

2.1. O Princípio da Isonomia

Juridicamente, a definição de isonomia é apreendida pela idéia de igualdade de todos perante a lei, assegurada como princípio constitucional. Desta forma, define-se a igualdade ou isonomia como um bem jurídico que tem como fim o tratamento igualitário de um indivíduo, sendo inalienável e imprescritível.

A Constituição 1988 enuncia no seu art. 5º o princípio da isonomia. Segundo o *caput* do artigo, todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurando aos cidadãos brasileiros ou estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade através de várias garantias

constitucionais. A Constituição, inclusive, propugna pelo tratamento desigual dos desiguais com o desígnio de torná-los iguais de fato.

Como princípio, a isonomia é um dos mais importantes entre os elencados na Carta Magna, sendo ele garantidor da justiça igualitária na obtenção dos direitos individuais. Assim, o princípio não pode dispor de interpretação individualista com fito de trazer um modo justo de viver em sociedade. De acordo com Alexandre de Moraes (2008), o princípio da igualdade opera em dois planos distintos, um à frente do legislador e do executivo na edição de leis e de atos normativos, impedindo a criação de leis de conteúdos discriminatórios e, o outro diante do posicionamento da autoridade pública, quando na interpretação normativa e aplicabilidade da lei, com desígnio de intimidar as diferenciações em razão de sexo, religião, condições políticas, raciais e sociais.

Com efeito, os princípios democráticos e de justiça social estão contidos no trabalho do executivo e do legislativo e, acima de tudo, contêm uma exigência de interpretação teleológica das leis na atuação do poder judiciário, no tratamento dispensado a cada cidadão, prevalecendo sempre o direito igualitário e razoável.

O princípio da isonomia se repete na Constituição Federal em alguns incisos do artigo 5º, visando abolir os privilégios e as regalias de tratamento e, acima de tudo, é um forte garantidor da utilização das leis de forma igualitária e justa, conforme dispõe o inciso XXXVII sobre a não existência de juízo ou tribunal de exceção.

A igualdade perante a lei enunciada no princípio da igualdade se relaciona à isonomia formal por basear-se na lei e na sua aplicação igualitária, sem levar em conta qualquer diferenciação de grupos. Já para a ordem social e econômica, a isonomia material leva em conta as exigências de justiça e diferenciações de desiguais. Enunciado no 1º artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito afirma a igualdade jurídico-formal, o que só engloba o viés da isonomia formal, sem levar em conta as medidas que desigualam os indivíduos, que permeia a isonomia material e navega entre as desigualdades econômicas.

Observa-se, portanto, que o Princípio da Isonomia é um dos mais importantes para a conquista de tratamentos igualitários, não havendo ramo do Direito onde não seja imposta sua prática. Destaca-se desde logo que através dele as pessoas não podem ser legalmente diferenciadas em razão da raça, sexo, religião e a questão sócio-econômica.

2.2. As Diferenças entre as Pessoas

Passa-se, neste momento, à compreensão das situações em que a igualdade entre as pessoas pode ser ameaçada, como as diferenças sexistas, econômico-sociais, étnicas e raciais.

2.2.1. A questão dos sexos

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei. No âmbito de critérios para admissão de emprego, de acordo com a lei 9.029 de 13 de abril de 1995, é proibida a discriminação de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvada a condição de menor, previsto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Brasileira. Vedou, também, a exigência de atestados de gravidez e de esterilidade e outras práticas discriminatórias para efeito admissionais ou de permanência no emprego. Avalia-se o entendimento de José Afonso da Silva (2008, p.223):

[...] esses fatores continuam a ser encarados como possíveis fontes de discriminações odiosas e, por isso, desde logo, proibidas expressamente, como consta do art. 3º IV, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proíbe-se, também, diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI).

Entretanto, no Brasil, a realidade ainda está aquém do ideal, tomando como exemplo a exigência, em certos setores do mercado de trabalho, de homens ao invés de mulheres, por jovens, em detrimento de pessoas com idade mais avançada, independente da experiência, por brancos, ao invés de negros, por mulher solteira, em prejuízo das

casada, e tantas outras práticas discriminatórias. Como afirma José Afonso da Silva (2008, p.217), “onde houver um homem e uma mulher, qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma transgressão constitucional.”

Na pós-modernidade, índices irrefutáveis apontam para estatísticas onde a mulher tem avançado mais do que o homem na vida acadêmica, ou seja, o grau de escolaridade da mulher tem ascendido mais do que o do homem. Isso é um fato. Entretanto, na concorrência para as vagas no mercado de trabalho, mesmo melhor preparada, a mulher é preterida, ressalvando-se, a possibilidade de que, se contratada, seu salário seja menor em relação àquele pago se o contratado fosse do sexo masculino.

A situação e o momento contemporâneo vivido são apresentados por Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p.124):

[...] o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômico que a acompanham, as doutrinas socialistas de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. [...] além disso, cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.

É relevante ressaltar que, contemporaneamente, essa necessidade de melhor colocação no mercado advém, também, dentre outros aspectos, da transformação sofrida pela constituição familiar, onde a mulher assumiu o papel de provedora da prole, figurando também como chefe de família, obrigando-se a buscar com garra maior oportunidade no mercado de trabalho. O art. 226, § 5º, preleciona que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” José Afonso da Silva (2008, p.230) afirma que: “nenhum pode mais ser considerado cabeça de casal, ficando revogados todos os dispositivos da legislação ordinária que outorgava primazia ao homem.”

2.2.2 A questão sócio-econômica

O poder aquisitivo sempre foi determinante no relacionamento social. Na história da humanidade, a questão sócio-econômica teve sempre relevante grau de importância. Percebe-se que, em certos períodos da história, a posição social era avaliada pelo patrimônio do indivíduo e foi fator determinante para se obter certos cargos públicos e direitos individuais. Se o indivíduo pertencesse a uma classe social que não fosse classificada como inferior, teria direitos e privilégios.

Dessa forma, o ser humano não tinha valor como indivíduo, pois o seu valor era alicerçado no fator econômico, adquirido pela classe social que ostentava com o seu patrimônio. Com a Declaração dos Direitos Humanos, a questão da valoração da situação econômica foi se perdendo.

No Brasil, a rasteira definitiva no poder econômico como fator de discriminação deu-se com a Constituição de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (CRFB/88, Preâmbulo).

Categoricamente, o seu artigo 1º, inciso III, eleva a fundamento do Estado a dignidade da pessoa humana, determinando que no Brasil todos sejam iguais e possuam os mesmos direitos, não importando a sua situação econômica.

Alexandre de Moraes (2007) faz um paralelo entre o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana, que deve ser determinante no processo legislativo e na aplicação da lei pelo executivo, com fulcro de impedir tratamentos abusivos e

diferenciados entre os contribuintes em relação à situação sócio-econômica no campo da tributação.

O Princípio da Igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao interprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (2007, p.37).

A igualdade perante a tributação está relacionada à repartição do ônus fiscal mais justo possível, onde se estabelece o princípio da igualdade jurídica tributária, instrumento de promoção da igualdade entre as pessoas sob o ponto de vista econômico.

2.2.3. A questão étnica e racial

Entende-se por questão étnica aquela proveniente da comunidade humana, o que inclui afinidades linguísticas, culturais e semelhanças genéricas e raciais, como o estudo de fatores morfológicos como cor da pele, constituição física, estrutura, traço facial entre outros.

Para Luciana de Oliveira Leal:

Desde os primórdios do Brasil colônia, nota-se desigualdades no que diz respeito à raça e à condição sócio-econômica do povo brasileiro. A raça negra e a indígena, apesar de contribuírem sobremaneira para a formação do povo brasileiro sofrem preconceitos vários e atualmente vem-se discutindo no cenário político, bem como jurídico, a viabilidade e os limites do desenvolvimento do Poder Público de programas e projetos cujo objetivo seja a inclusão social de minorias, em relação às quais exista algum tipo de discriminação social historicamente na sociedade que acarreta tal desigualdade, são as ações afirmativas debatidas no âmbito do direito brasileiro. As ações afirmativas surgiram como uma forma de promover a igualdade entre grupos historicamente preteridos ou discriminados em uma sociedade. Sua finalidade principal era sem dúvida a punição aos atos discriminatórios, como também buscar condições para amenizar tais atos. (2010, p.53).

Dentre o incentivo à inserção e à promoção de políticas públicas, que visa corrigir uma história de desigualdade e desvantagens sofrida por um grupo racial (ou étnico),

encontra-se a utilização das discriminações positivas, as chamadas “ações afirmativas” e, analisando a questão das ações afirmativas, cujo enfoque se fará a partir da reserva de cotas universitárias para negros, Jose Afonso da Silva discorre:

O texto Constitucional, que proíbe preconceitos de origem, cor e raça e condena discriminação com base nesses fatores, consubstancia de tudo, um resíduo a barbárie do tipo nazista que vitimara milhares de pessoas, e consagra a condenação do apartheid, por parte do povo mestiço, com razoável contingente de negros. O repúdio ao racismo nas relações internacionais foi também, expressamente estabelecido (art. 4º. VIII). Nele se encontra, também, o reconhecimento de que o preconceito de origem, raça e cor essencialmente contra negros, não está ausente das relações sociais brasileiras. (2006, p.224-225)

Destarte, tal análise evidencia a desigualdade racial presente no Brasil e leva ao contundente questionamento sobre a existência da democracia racial brasileira, reafirmando as denúncias dos movimentos negros contemporâneos sobre as diferenças de oportunidades em nossa sociedade.

As ações afirmativas surgiram como uma forma de promover a igualdade entre grupos historicamente preteridos ou discriminados em uma sociedade. Concretizam-se as ações quando se oferece condições e oportunidade de acesso à educação e ao mercado de trabalho. Para atender tal necessidade e corrigir erros do passado, no Brasil, estudos realizados pelo IBGE evidenciam a efetiva disparidade entre brancos e negros no nosso ensino superior.

O ingresso nos cursos de ensino superior se dá através de critérios avaliativos de conhecimento do aluno, como os meios objetivos (provas), como é o caso do vestibular, ENEM ou outros.

Na realidade, deve-se começar nas políticas públicas que determinam a existência de cotas para negros a partir de construções críticas. As referidas políticas não atingem a causa do problema, o real motivo pelo qual os negros no Brasil não possuem um acesso considerável ao ensino superior. A mudança desse quadro não será determinada pela existência dessas políticas, na verdade, meros paliativos, mas pela transformação no sistema da educação pública no Brasil. Passa-se a avaliar isso em seção subsequente.

3. O Princípio da Dignidade Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é a fonte de todos os outros princípios. Dele irradiam valores que serviram para formação dos princípios relativos a todas as espécies de direitos fundamentais. Os direitos civis fazem parte dessas espécies e entre eles estão inseridos os direitos à igualdade. Segundo Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (2002, p.50):

Observa-se que o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana é meio abstrato, mas este fundamenta um direito essencial do homem que é protegido constitucionalmente: o direito à vida. Entretanto, para que se possa materializar ou, até mesmo, deliciar-se desse importantíssimo princípio, tem-se que conhecer a sua natureza e suas limitações.

3.1. Delimitação Conceitual e Natureza

Qualquer conceito possui uma história que precisa ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a sua evolução e, assim, apreender o seu sentido. O ser humano é dotado de um valor próprio, que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

A dignidade da pessoa humana há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas, sim, aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção.

Ingo Wolfgang Sarlet conceituou dignidade da pessoa humana como:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2008, p.33).

Mas a dignidade da pessoa humana não é apenas o que o conceito abarcou, não é só a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que faz o homem merecedor de respeito perante a sociedade, não é só uma qualidade, é uma qualidade diferenciada, é o espírito do indivíduo, é o próprio indivíduo revestido de todos seus conceitos, preconceitos, temores, coragem, limitações, arbítrio.

3.2. O Valor Antológico do Homem

Para validar o princípio da dignidade da pessoa humana como pilar sob o qual se fundamentarão os outros princípios que nortearão a construção de leis constitucionais, é preciso apropriar-se fundamentalmente do conceito de dignidade e também do conceito de homem. Para tanto, é necessária a observação do ser homem de forma ampla, contemplando os vários aspectos sob os quais os indivíduos se relacionam consigo e com o outro.

O homem tem um fim em si mesmo, sendo negada a qualquer um a possibilidade de utilizar o indivíduo como meio para o que se pretende. Dessa forma, a característica da racionalidade mostra-se intrínseca à humanidade e esta racionalidade limita a liberdade das ações de cada ser humano. Ao ignorar essa afirmação – de que o homem tem o fim em si mesmo - e sendo ele utilizado como meio para satisfação a este ou aquele fim, coloca-se em risco a própria dignidade humana segundo a qual toda lei deve se contextualizar (KANT, 2005).

A concepção ontológica do homem se distancia demasiadamente da concepção ontológica de outros seres vivos, na medida em que a raça humana, mergulhada em sua

complexibilidade, estabelece ligações com o meio que a cerca e se relaciona com os demais de forma única, e mais, possui capacidade de refletir e se antecipar ao seu objetivo, idealizando o que ele quer antes mesmo de decidir qual atitude por em prática para obter o que deseja.

Outros animais até têm a capacidade de viverem organizados e em sociedade, como é o caso das abelhas. No entanto, sua estrutura organizacional é meramente instintiva. A capacidade de organização dessas e de outras colônias segue um padrão universal, um comportamento nato, não são estes animais, capazes de refletir com consciência, planejar, idealizar um produto senão o que os seus instintos lhe deram naturalmente, eles podem contar tão somente com limitado poder de adaptação.

3.3. Igualdade e Dignidade: uma relação necessária

Ao se falar em dignidade da pessoa humana reporta-se ao tratamento igualitário de todos os cidadãos. Mas, sendo o homem um ser ontologicamente complexo e sendo a sociedade baseada na divisão de classes, torna-se necessário flexionar este tratamento igualitário objetivando nivelar os mecanismos jurídicos para se fazer justiça.

A dignidade deve ser entendida como uma qualidade moral que inspira respeito e a igualdade como uma relação entre as duas coisas. No contexto aqui discutido, pode-se fazer a adaptação circunstancial de que os homens precisam ser tratados de forma igual, pois são pessoas iguais, feitos da mesma matéria e dotados da mesma essência, independentemente das convenções sociais e da classe social a qual pertencem, porque todo homem é dotado de dignidade.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da dignidade da pessoa humana como lastro para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios traduzem-se em verdades fundamentais, primeira causa da razão de ser da Constituição, base moral em que se assentam todas as normas e todas as leis.

O Princípio da Igualdade é um dos princípios estruturantes dos direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) utiliza esse princípio como

fundamento para redigir o seu art. VI, quando afirma que os homens têm o direito de serem reconhecidos como pessoa em qualquer lugar que esteja diante da lei, ou seja, independentemente da região, país ou continente que esteja ou do crime que cometa, todo homem deve ser tratado como pessoa e devem ser respeitados e observados os direitos fundamentais inerentes a ele. Porque “os homens nascem livres e iguais em direitos” (CANOTILHO, 2007, p.426).

Nota-se que o Princípio da Igualdade atua como pré-requisito para a concretização das garantias e direitos fundamentais no ordenamento jurídico e valida a própria dignidade humana. É imprescindível reconhecer que a afirmação de que todos são iguais perante à lei garante que haja a exigência da isonomia ao se aplicar o direito e, conseqüentemente, na efetivação da sua tutela.

A questão do Princípio da Igualdade que, aparentemente, parece-nos de simples entendimento, possui suas peculiaridades e nos remete a uma reflexão mais apurada, visto que, se o legislador cumprisse literalmente a interpretação da palavra igualdade, aplicando, de forma rigorosamente igual alguns institutos, ele estaria também na contramão do que se diz justo.

Ao se pronunciar sobre isso JJ Gomes Canotilho afirma:

O princípio da igualdade, [...], é postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. [...] Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração (2007, p.427).

Desta forma, o princípio da igualdade precisa de um juízo de valoração tratando igualmente o igual e desigualmente o desigual. Prevaleceria assim a igualdade justa. Ao fazer do princípio da igualdade balizador da formulação de leis, o legislador ratifica o princípio da dignidade da pessoa. Não há como se falar em dignidade se as pessoas não forem tratadas de forma igualitária no que tange à elaboração e aplicação das normas constitucionais. Aline Albuquerque de S. Oliveira afirma que “a dignidade ontológica é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, ou seja, ela é propriedade das pessoas, capaz de distingui-las dos outros seres e de lhes determinar a essência.” (2000, p.174).

É ponto pacífico que a igualdade mantém um parâmetro relacional com a dignidade, uma vez que não há como se falar nesta sem abranger a outra.

4. Mecanismos de Efetivação da Tutela da Igualdade

O mecanismo de efetivação da tutela da igualdade está atrelado à Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 3º, quando elencou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desse preceito constitucional extraem-se o significado e a justificativa das chamadas ações afirmativas, também conhecidas como políticas públicas e privadas destinadas a implementar benefício que favoreça um determinado número de pessoas, no mesmo contexto sócio-econômico em que se encontra em desvantagens por razões sociais.

Nada mais é de que uma “discriminação positiva”, uma medida que tem como objetivo a eliminação e a redução das desigualdades que de fato podem existir na vida social, entendimento da Corte de Justiça da Comunidade Européia.

4.1. Ações Afirmativas: surgimento e natureza

As ações afirmativas, também conhecidas como medidas de discriminação positiva, são formas de políticas públicas que objetivam transcender as ações do Estado, com o intuito de facilitar a integração social dos historicamente discriminados, a fim de garantir a igualdade de oportunidades e tratamento entre as pessoas. Surgiram nos Estados Unidos nos anos 60, mas hoje, já foram adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as adaptações necessárias à situação de cada lugar.

No Brasil, desde a época do Brasil Colônia, os negros e os não-brancos posicionaram-se à margem da sociedade, sem poder usufruir direitos básicos. Foram longos anos de abandono social.

As ações afirmativas foram inseridas na política nacional a partir dos anos 90. Isso foi possível graças ao advento da Constituição de 1988, que reconheceu as desigualdades sociais e o racismo estrutural, e proibiu a discriminação baseando-se, principalmente, no Princípio da Igualdade. Permitiu a adoção de medidas que possibilitaram as políticas públicas para reduzir os abismos, corrigir situações de direitos negados ao longo da história e reconhecer as desigualdades sociais e o racismo estrutural.

O Primeiro Plano Nacional de Direitos Humanos, veiculado pelos termos do Decreto Federal nº1.904/1996, foi ratificado pelo Brasil quando participou da Conferência Mundial contra Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância correlata, realizada em Durban, nos dias 31 de agosto a 08 de setembro de 2001. Já no ano seguinte, instituiu, no âmbito da Administração Pública Federal, o Programa Nacional de Ações Afirmativas através do Decreto nº 4.228, de 13 de maio de 2002:

Art. 2º - O Programa Nacional de Ações Afirmativas contemplará, entre outras medidas administrativas e de gestão estratégica, as seguintes ações, respeitada a legislação em vigor: I – observância, pelos órgãos da Administração Pública Federal, de requisito que garanta a realização de metas percentuais de participação de afrodescendentes, mulheres e pessoas portadoras de deficiência no preenchimento de cargos em comissão do Grupo- Direção e Assessoramento Superiores – DAS.

No mesmo ano, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal nacional (CCJ) aprova, em 17 de abril de 2002, por unanimidade, o Projeto de Lei nº 650/99 - que pretende instituir, pelo prazo de 50 anos, cotas em concursos públicos, nas universidades, públicas e privadas, e nos contratos de crédito educativo para negros e pardos. A cota será de, no mínimo, 20% das vagas oferecidas.

O objetivo das ações afirmativas não é outro senão o de garantir tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. É nessa esteira de raciocínio que a igualdade está prevista de forma fluida e dispersa ao longo da CF/88: no sentido de

repúdio ao racismo (art. 4º, VII e art. 5ª, XLII), redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), pluralismo de idéias (art. 206, III), garantia de padrão de qualidade do ensino (art. 206, VII), defesa e valorização da memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216), valorização da diversidade étnica e cultural (art. 215, §3º, V) e promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça e cor e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Na lição de Alexandre de Morais (2003, p.204):

Observe-se que, para garantir maior efetividade aos direitos sociais, a Emenda constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, atenta a um dos objetivos fundamentais da República – *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* -, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído no âmbito do Poder Executivo Federal, para vigorar até 2010, e tendo por objetivo viabilizar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência, devendo a aplicação de seus recursos direcionar-se às ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

A discriminação de gênero; a cor da pele; o grau de instrução; a idade; a sexualidade; a deficiência física, tudo isso são formas de exclusão, que devem ser rejeitadas.

Conforme Flavia Piovesan (2005, p.49):

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto como processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação.

São exemplos de ações afirmativas: leis que exigem um mínimo de mulheres como candidatas a cargos públicos, cotas para deficientes físicos em empresas com mais de cem trabalhadores e cursos de preparação para concursos voltados apenas para a

população de baixa renda, cotas para alunos da rede pública e cotas para negros. De um lado, há quem interprete que o princípio da isonomia impede que alguns grupos, mesmo que desfavorecidos, sejam privilegiados. De outro, há o argumento de que, para garantir essa igualdade, é preciso tratar de forma desigual os que são socialmente desiguais, legitimando, assim, políticas como as cotas.

Percebe-se, com isso, o quão é difícil reduzir as desigualdades no âmbito da realidade de um país como o Brasil, que é marcado pelas dívidas seculares, de desigualdades sociais e de dignidade, para com o seu povo.

4.2. Posicionamento Jurisprudencial

Quando a República Federativa do Brasil adere a tratados e acordos internacionais, com o objetivo de rebater a desigualdade e assegurar o equilíbrio social, está garantindo o desenvolvimento nacional, construindo uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, aplicando o princípio da prevalência dos direitos humanos.

Passa-se a avaliar o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO. RESERVA DE VAGAS PRA AFRO-BRASILEIROS. A regra editalícia que regula o certame, contemplando vagas para afro-brasileiros, está em sintonia com a constituição e a Lei Municipal, haja vista que equânime em termos de razoabilidade e proporcionalidade dos percentuais assegurados. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. RELATÓRIO. Des. Rogério Gesta Leal (RELATOR) Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo Município de São Leopoldo, em face da sentença de fls.194/197, que concedeu a segurança em favor de Leandro Menezes Chagas, [...], que determinou a posse do impetrante no cargo para o qual foi aprovado em concurso, negada pela municipalidade com base na decisão do Tribunal de Contas do Estado que reconheceu a inconstitucionalidade da lei municipal que estabeleceu reserva de vagas para afro-decendentes, por ser discriminatória. [...] No apelo (fls.199/204), o Município argumentou, em síntese, que agiu dentro dos limites legais, cumprindo ordem emanada do Tribunal de Contas, razão pela qual houve o descumprimento da legislação municipal. Postulou o provimento do apelo para reformar a sentença, denegando a

segurança.[...] A Procuradora de Justiça, Dra. Elaine Fayet Lorenzon Schaly, emitiu parecer pelo provimento do apelo, prejudicado o reexame necessário, entendendo que não há direito líquido e certo a ser amparado, haja vista que o ato administrativo atendeu Medida Cautelar do Tribunal de Contas do Estado, evitando prejuízos aos demais candidatos aprovados e complicações ao administrador auditado. Aduziu que o TCE, ao ir além da legalidade do ato, não ingressou no critério de conveniência e oportunidade da administração. É o relatório. VOTOS. Des. Rogério Gesta Leal (RELATOR) Avaliados, preliminarmente, os pressupostos processuais subjetivos e objetivos da pretensão deduzida pelo autor, tenho-os como regularmente constituídos, bem como os atinentes à constituição regular do feito até aqui, conhecendo do recurso em termos de propriedade e tempestividade. [...] Deste mandamento constitucional retiram-se o significado e a justificativa das chamadas ações afirmativas, aqui entendidas como políticas públicas e privadas destinadas a implementar benefício em favor de um determinado número de pessoas, dentro de um contexto sócio-econômico em que se encontram em desvantagens por razões sociais. [...] Por esta razão as ações afirmativas no Brasil têm sido interpretadas como *uma estratégia de política social ou institucional voltada para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de alterar positivamente a situação de desvantagem desses grupos.* (Glossário do Ministério do Trabalho e Emprego). No entanto, a polêmica é antiga e abrange não somente os negros, mas mulheres reclamando a discriminação positiva em favor delas para que venham a ocupar o mesmo espaço que os homens no mercado de trabalho, ou, então, para deficientes físicos, assegurando, no caso do Brasil, 20% das vagas oferecidas em concursos públicos.[...] Na publicação Mulheres Negras - Um Retrato da Discriminação Racial no Brasil, tem-se informações que dão conta de que: (a) do número de formandos em universidades, segundo o Ministério da Educação, resulta em 80% de brancos e 2% de negros; (b) a expectativa de vida (até por fatores de carga pesada, serviços pesados para os negros, continuando como trabalhadores braçais) entre negros é de 64 anos, enquanto que os brancos têm uma expectativa de 70 anos [...] Esta mesma pesquisa dá conta, no mesmo período, de que o rendimento médio familiar *per capita* dos negros, de todo o Brasil, foi de 1,15 salários mínimos, ao passo que o mesmo índice entre os brancos foi de 2,64 salários mínimos, perfazendo uma diferença de quase 196% favorável a este grupo de raça/cor. [...] Não há, pois, em face destes dados, como desconhecer a situação materialmente desigual em que, historicamente, vem se encontrando os negros brasileiros. [...] No caso sob comento, estamos diante de uma política pública que visa exatamente enfrentar a chamada discriminação fática, a saber, resultante *da indiferença, do desdém das autoridades públicas para com o destino dos grupos sociais marginalizados, para com a sua dignidade humana.*[...] Em face de tais argumentos, tenho que a municipalidade tem legitimidade sim para estabelecer vagas em concurso público para negros, haja vista que, com isto e em tese, estaria realizando o que a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha

chama de *desigualação positiva*, promovendo *uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático*. [...] Por tais razões, considero perfeita a regularidade formal – no plano da constitucionalidade e infraconstitucionalidade – da política pública desenvolvida pela municipalidade no caso concreto. Pelo exposto, voto para negar provimento ao apelo, confirmando a sentença em reexame necessário. É o voto. Des. Nelson Antonio Monteiro Pacheco (REVISOR) Dessa forma, acompanho o eminente Relator, com os aludidos acréscimos. Des.^a Matilde Chabar Maia Diante do exposto, nego provimento à apelação, pois tenho como perfeita a regularidade formal – no plano da constitucionalidade e infraconstitucionalidade – da política pública desenvolvida pela municipalidade no caso vergastado. Sentença confirmada em reexame necessário. - PRESIDENTE - APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO Nº 70023237878, COMARCA DE SÃO LEOPOLDO: "NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME."

O posicionamento do relator foi fundamentado nos mandamentos constitucionais e salientou a importância das políticas públicas e privadas em prol de determinado número de pessoas, conhecidas como ações afirmativas, por ele conceituadas como: uma estratégia de política social ou institucional voltada para alcançar a igualdade de oportunidades entre as pessoas, distinguindo e beneficiando grupos afetados por mecanismos discriminatórios com ações empreendidas em um tempo determinado, com o objetivo de alterar positivamente a situação de desvantagem desses grupos.

Afirmou, ainda, que as políticas públicas desenvolvidas pela municipalidade têm legitimidade para estabelecer vagas em concursos públicos para negros, são perfeitas “discriminação positiva”. Foi com base em argumentos jurídicos previstos na nossa carta e em acordos e tratados internacionais que este julgado veio corroborar o pensamento mundial da não discriminação, do respeito aos que se julgam menos favorecidos e, de forma ampla, a intolerância racial.

4.3. Dignidade, Igualdade e Políticas Públicas

Sob os impactos da 2ª guerra mundial, a declaração dos direitos humanos surge como instrumento às injustiças sociais, declarando como um mandado de otimização os direitos humanos fundamentais, a dignidade, o valor da pessoa humana e a igualdade

como princípio fundamental, a fim de promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Assim, a Dignidade da Pessoa Humana como princípio fundamental constitui valor-guia de toda a ordem jurídica, caracterizando-se indispensável para a ordem social, de modo que, elevado ao *status* de princípio, na pós-modernidade, não é um atributo físico que está à disposição de determinadas pessoas, é, sobretudo, um fundamento, base, pilar e, ao mesmo tempo, filtro de todo ordenamento jurídico constitucionalizado presente nos estados democráticos de direito.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente às pessoas, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merece todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2008, p.102)

Dessa maneira, impõe-se reconhecê-la como superprincípio constitucional, isto é, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas (ou deveria) estratificadas no modelo democrático de direito formulado na Constituição. Como valor irrenunciável, a dignidade da pessoa humana implica na necessidade de reconstrução ou efetivação do sistema, de modo a reconhecer a igualdade dos homens enquanto ser. Para tanto, a interpretação haverá de ser no sentido de que todos são igualmente dignos porque iguais em sua humanidade, embora distintos em sua individualidade e, por isso, diferentes. A diferenciação existe, mas não altera a igualdade da pessoa enquanto ser humano, o que não significa desigualdade, pois esta pressupõe uma hierarquia em termos de dignidade ou valor.

Sobre a desigualdade, aduz o Alexandre de Moraes:

A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, tornar-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com os critérios e juízos valorativos genericamente aceitos [...], devendo existir uma relação de proporcionalidade entre os meios empregados e finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos (2008, p.37).

Assim, o direito à igualdade com lastro no princípio da dignidade da pessoa humana, consiste em um direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante à ordem jurídica (igualdade formal), quer perante à oportunidade de acesso aos bens a vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em sua dignidade e direitos (MORAES, 2008, p.36).

Paulo Bonavides pondera que:

[...] o problema fundamental que envolve toda a interpretação do princípio geral da igualdade, conforme ele se apresenta hoje, consiste em determinar se tal princípio representa ou não uma obrigação para o estado de criar na sociedade a igualdade fática [...], ressaltando que esta implica, por sua vez, uma desigualdade jurídica. Sendo assim, para que tais normas não sejam concebidas como discriminatórias há que ser razoavelmente justificável, tratando de estabelecer equivalência de direitos (2004, p.378).

Para o filósofo Aristóteles, a igualdade tem muito a ver com a idéia de “justiça”, pois o justo é o proporcional e o injusto é o que viola a proporção. Consiste, portanto, em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Nesse sentido, ele adverte que, se as pessoas não iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (2007, p.109).

A consagração constitucional da dignidade da pessoa humana resulta na obrigação do Estado em garantir ao indivíduo um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência. Daí é que o postulado da igualdade figura como o primeiro e mais importante limite à discricionariedade legislativa do Poder Público, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito - igualdade na lei - quanto em relação à sua aplicação - igualdade perante a lei.

Nesse passo, essa formulação genérica prevê, para todos, a igualdade de oportunidades, contudo, abre um especial espaço para a adoção de ações afirmativas, assim entendidas como um conjunto de medidas, projetos, comportamentos e idéias estudadas e adotadas de acordo com as necessidades e prioridades dos órgãos públicos visando compensar as

desigualdades históricas decorrentes da marginalização social, seja na área da saúde, meio ambiente, educação, segurança, transporte etc. (CUNHA JR., 2008, p.645).

Paulo Bonavides explicita que a importância funcional dos direitos sociais básicos consiste, pois, em realizar a igualdade na sociedade. Uma igualdade niveladora, volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito. Alertando, ainda, no tocante aos direitos fundamentais, entende-se que não há, para tanto, outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia nem liberdade (2004, p.379).

Esse é o ponto central da discussão, pois, inegavelmente, com a finalidade de alcançar tais objetivos, é que o Estado promove um conjunto de estratégias políticas chamadas de ações afirmativas, dando tratamento diferencial àqueles que vêm sofrendo derrotas seculares na luta pelos bens sociais (empregos, vagas em universidade, assistência familiar etc.), ou seja, estipulando cotas a serem preenchidas por pessoas integrantes de classes sociais menos favorecidas, atuando, às vezes, como político- social assistencialista.

O ordenamento jurídico brasileiro não só autoriza o Estado a promover as políticas das Ações Afirmativas, mas as impõem a fim de que sejam alcançados os direitos fundamentais fulcrados no artigo 3º de nossa Carta Magna, devendo o Estado, para tanto, desenvolver um comportamento ativo, positivo.

As chamadas políticas de ação afirmativa visam oferecer aos grupos discriminados e excluídos um tratamento diferenciado para compensar situações de desvantagens, colimadas de questões sociais, econômicas e raciais.

São implementadas no campo da saúde, quando realizadas mediante políticas sociais e econômicas que colimem a redução dos riscos de doença e de outros agravos,

garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ações afirmativas de cotas têm o objetivo de desenvolver a igualdade social através das cotas raciais, necessárias para corrigir erros históricos como a escravidão dos negros, exigindo para tanto, um mínimo obrigatório de participação de afro-descendentes de atores, repórteres e apresentadores nos programas televisivos; comerciais de TV; universidades públicas; universidades particulares através do PROUNI.

É notório que a minoria que compõe a base da pirâmide carece de implementações efetivas do Estado, de um desenvolvimento destacando a importância assistencial primária de saúde e educação, especialmente.

Dessa forma, a igualdade deve ser a *ratio* fundamentadora de qualquer relação social. Sem ela, o direito à vida, à liberdade e à dignidade, reservada a todos (brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil), seria letra morta.

Por tudo isso, políticas públicas compensatórias e de emancipação são necessárias e indispensáveis em qualquer país, sobretudo naqueles, como o Brasil, que receberam uma herança poderosa de problemas sociais resultantes da perpetuada duração de uma estrutura econômica baseada no trabalho escravo, sem olvidar o histórico sistema de concentração de terras no Brasil com extremada violência explícita.

5. Conclusão

Doloroso foi o caminho trilhado para se chegar até a consagração dos princípios da dignidade e isonomia no nosso diploma magno. Entretanto, no ano de 1988, enfim, os representantes do povo, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte pela instituição de um Estado Democrático, promulgam a Constituição da República Federativa do Brasil repleta de institutos assegurativos do exercício dos direitos sociais e individuais. Ao longo da Carta Maior, de forma fluida e dispersa, encontram-se determinados

cuidados constitucionais eleitos à República brasileira, de forma expressa como no preâmbulo a igualdade, nos arts. 1º, II e III; 3º, III e IV; 5º, XLI, XLII; art. 7º, XX (proteção ao mercado de trabalho da mulher) e no art. 37, inciso VIII (percentual de cargos públicos para pessoas portadoras de deficiência), entre outros.

Conclui-se, pois, que naquilo em que há uma desigualdade entre partes será necessário restabelecer o ponto de equilíbrio. O diploma magno labora em prol da igualdade dos desiguais produzindo desigualdades, ou seja, para gerir o princípio da isonomia fomenta uma aparente injustiça/desigualdade por meio de alguns dispositivos. Destarte, para compensar o desequilíbrio sócio-econômico, étnico e racial e as disparidades entre os sexos, o Estado age por via de políticas denominadas ações afirmativas, intervindo diretamente em situações específicas em prol de estabelecer a igualdade entre os agentes envolvidos.

No Brasil, a política de cotas é a mais utilizada, por ser objetivada para o desenvolvimento da igualdade social através de vantagens a uns em relação a outros. A política de cotas raciais com a reserva de vagas nas universidades é a maneira mais assertiva de compensar as desvantagens devido à situação de vítimas do racismo e de outras formas de discriminação. Cotas de gênero sexual, cotas sócio-econômicas ou outras cotas quanto forem necessárias são mecanismos mínimos da efetivação da tutela garantidora da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Quaisquer medidas tomadas pelos entes federativos com o objetivo principal de assegurar, de forma proveitosa, o desenvolvimento de certos grupos sociais e étnicos ou de indivíduos portadores de necessidades especiais que necessitem de proteção para poderem gozar de direitos e de liberdades fundamentais em igualdade de condições, sem exigir nada em troca, serão medidas dignas de um Estado Democrático fundamentado na dignidade da pessoa humana e na prevalência dos direitos humanos.

Referências

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

BENEVIDES, Maria Victoria. Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos. **Direitos humanos: desafios para o século XXI**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/20_cap_2_artigo_12.pdf>. Acesso em: 22 maio 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

_____. _____. 17.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2005.

_____. _____. 22.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 22 maio 2010.

LEAL, Luciana de Oliveira. **Sistema de Cotas Raciais como Ação Afirmativa no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro, julho de 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/acoes_afirmativas_direito_brasileiro.pdf>. Acesso em: 25 maio 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. _____. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. _____. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque de S. Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. **Revista Bioética**, v. 15, n. 2, p.170-185, 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BRANCO, Mauricio de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de Góes. Fundamentação Material dos Direitos Fundamentais na Contemporaneidade. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Salvador, 2009.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Ações Afirmativas Da Perspectiva Dos Direitos Humanos**. Faculdade de Direito e Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas>>. Acesso em: 25 maio 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

_____. _____. 22.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

_____. _____. 31.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

_____. _____. 33.ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

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

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Revista Bioética**, v. 8, n. 2, p. 217-228.

JUSTIÇA SOCIAL E SEGURANÇA NA MODERNIDADE RECENTE: UMA ANÁLISE À LUZ DA SOCIOLOGIA JURÍDICA

Dequex Araújo SILVA JUNIOR*

Resumo: Desenvolve uma análise sobre a justiça social como redistribuição sócio-econômica e reconhecimento das diferentes identidades coletivas dentro da atual conjuntura global; Analisa a relação entre uma concepção ampliada de justiça social e a segurança nos seus aspectos civil, social e ontológico. Descreve os estudos da Sociologia Jurídica nos campos do acesso à justiça e da administração da justiça, destacando as mudanças estruturais no sistema legal e no sistema judiciário para reduzir a desigualdade jurídica nas sociedades democráticas.

Palavras-chave: Justiça Social. Segurança. Sociologia Jurídica. Sistema Jurídico.

1. Introdução

A justiça social e a segurança se constituem em temas discutidos de forma recorrente nos ciclos acadêmico, político e da sociedade civil nas últimas quatro décadas face às mudanças ocasionadas pela reestruturação capitalista que desconstruiu a política de bem-estar social desenvolvida a partir do final da Segunda Guerra Mundial – e que perdurou até meados da década de 1970 – nos países centrais. A questão é que, *grosso modo*, as temáticas acima são analisadas e discutidas separadamente, ou seja, de forma desacoplada, dificultando a compreensão de que justiça social e segurança são duas faces da mesma moeda. A partir desta ilação, parto do princípio de que uma sociedade justa é uma sociedade mais segura para todos e que uma sociedade injusta é uma sociedade onde os riscos e perigos atuam de forma livre sobre todos, ameaçando-nos nas diversas esferas da vida.

Este trabalho justifica-se pela necessidade de compreender: primeiro, a concepção de justiça social a partir dos debates mais recentes; segundo, como a justiça social se

* Doutorando em Ciências Sociais pela UFBA; Mestre em Ciências Sociais pela UFBA; Especialista em Metodologia do Ensino Superior com ênfase em Novas Tecnologias pela FBB; Graduado em Polícia pela APM/BA; Licenciado em Filosofia pela FBB; Professor de Sociologia e Antropologia da Faculdade Dom Pedro II; Coordenador da Revista Emphasis. E-mail – dequex@yahoo.com.br.

articula com os mecanismos de segurança para reduzir os riscos e perigos que ameaçam o bem-estar social e, por conseguinte, engendram insatisfações por causa do não atendimento das necessidades básicas; e, por fim, como a sociologia jurídica pode contribuir através das suas pesquisas empíricas no desvelamento dos entraves que dificultam o próprio desenvolvimento da justiça social devido aos obstáculos impeditivos do acesso à justiça, bem como para identificar as formas de administração da justiça e os seus efeitos na redução de tais obstáculos.

2. Democracia e Justiça Social na Ordem Global

Os debates atuais sobre democracia têm como pano de fundo a questão da justiça social. Esta relação entre democracia e justiça social ganhou notoriedade a partir da teoria da justiça de John Rawls (2002) desenvolvida na década de 1970 e que deu azo a muitos debates sobre justiça nas últimas três décadas do século XX. Contrapondo-se ao utilitarismo, a teoria de Rawls apresenta a justiça como equidade e como base de um novo contrato social, resgatando o contratualismo inaugurado por Hobbes e desenvolvido, posteriormente, por Locke, Rousseau e Kant. Segundo Van Parijs (1997), a teoria de Rawls parte da reflexão de que a tradição democrática estava passando por um mal-estar devido à incapacidade de articular satisfatoriamente as noções de liberdade e igualdade. Assim, Rawls buscou realizar a articulação entre as liberdades fundamentais (direitos civis e políticos) e a igualdade equitativa das oportunidades para a construção de uma sociedade democrática fundada na justiça distributiva.

Todavia, no final do século XX os debates sobre justiça enveredaram para uma nova direção, baseando-se em um novo paradigma, a saber: o paradigma do reconhecimento social. Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser retomam a concepção filosófica do reconhecimento, cada um de forma diferente, desenvolvendo, conforme Mattos (2006), uma sociologia política do reconhecimento que amplia os debates sobre justiça social. Estes novos debates sobre justiça social, segundo Touraine (2006), vão para além dos direitos civis, políticos e sociais, enfatizando as lutas por reconhecimentos de

direitos mais concretos e pessoais como, por exemplo, os direitos culturais que valorizam o sujeito que resiste à opressão e que luta pela liberdade.

Esta ampliação da análise sobre justiça social estabelece uma relação entre as tradicionais teorias de justiça distributiva e política de classe com as teorias de justiça cultural e política de estatuto, diz Fraser (2001, 2007). Ou seja, surge um novo entendimento de justiça social, onde esta não mais se limita às questões relacionadas à distribuição, mais inclui as questões relacionadas com a representação, identidade e diferença: o que se restringia ao campo da economia política passou agora a se ampliar para o campo das hierarquias institucionalizadas de valor.

Enfocando os debates sobre justiça social dentro do contexto de globalização, Fraser diz que um dos traços característicos da sociedade globalizada e democrática atual é “a crescente proeminência da cultura na ordem emergente” e que pode ser percebida através: a) da “maior visibilidade dos ‘trabalhadores simbólicos’, por contraste com os trabalhadores manuais na economia global da informação”; b) do “declínio da centralidade do trabalho relativamente à religião e à etnicidade da constituição das identidades coletivas”; c) da “maior consciência do pluralismo cultural na esteira do aumento da imigração”; d) da “intensificação da hibridação cultural, fomentada não só por contactos pessoais transculturais, mas também pela comunicação eletrônica”; por fim, e) da “nova consciência reflexiva dos ‘outros’ e, por isso, uma nova ênfase na identidade e na diferença” (2003, p. 1-2).

Fraser (2003) diz que a globalização é um processo de dupla face que contem riscos e possibilidades. Ela destaca que uma das ameaças à justiça social na globalização é a transição da redistribuição para o reconhecimento e propõe olhar a justiça de maneira bifocal quer pelo ângulo correspondente à distribuição justa, quer pelo ângulo que corresponde ao reconhecimento recíproco. Assim, alerta ela, o conceito de justiça só é completo quando liga a dimensão da distribuição com a dimensão do reconhecimento.

A injustiça correspondente à distribuição pode ser observada, segundo Fraser (2001, 2007), através das desigualdades fundadas na estrutura econômica, na exploração, na

privação e na marginalização (exclusão do mercado de trabalho). O remédio para tal injustiça é a redistribuição através da transferência de rendimentos, reorganização da divisão do trabalho e transformação da estrutura da posse da propriedade. Desta forma, a justiça requer uma política distributiva.

A injustiça correspondente ao reconhecimento pode ser vista através da subordinação de estatuto assentadas nas hierarquias institucionalizadas de valor cultural facilmente identificada na dominação cultural, no não-reconhecimento e no desrespeito. Conforme Fraser (2001, 2007), o remédio para combater tal injustiça é o reconhecimento concretizado na revalorização das identidades desrespeitadas e os produtos culturais de grupos discriminados, no reconhecimento e valorização da diversidade e desconstrução de termos que estigmatizam e diferenciam determinados grupos. Desta forma, a justiça requer uma política de reconhecimento.

É importante ressaltar que tanto a injustiça cometida através da má distribuição da renda, bem como a injustiça causada pelo não reconhecimento de determinados grupos sociais geram o preconceito, entendido, conforme Bobbio, como “uma ou um conjunto de opiniões, às vezes até mesmo uma doutrina completa, que é acolhida acriticamente e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos as ordens sem discussão” (2002, p. 103). Para Bobbio, o preconceito é uma opinião errônea, mas é uma opinião errônea que difere de qualquer outra opinião errônea, pois o preconceito pertence à esfera do não racional, ou seja, ele foge ao controle da razão. Outra opinião errônea pode ser corrigida quando apelamos à faculdade racional de aprender com a experiência (por exemplo, quando cometemos erros ao aplicar uma regra de uma língua estrangeira podemos corrigir no instante que aprendemos através do conhecimento). O preconceito por não ser facilmente corrigível torna-se uma opinião errônea mais pertinaz e mais perigosa.

Bobbio, no percurso de sua análise sobre o preconceito, divide-o em duas formas: o preconceito individual e o preconceito coletivo. O preconceito individual é aquele vinculado a uma crença inócua como a superstição, mas que não tem periculosidade social. O preconceito coletivo, por outro lado, apresenta-se como uma opinião errônea

que é compartilhada por um grupo social inteiro e que se direcionam para outros grupos sociais. Para ele,

A periculosidade dos preconceitos coletivos depende do fato de que muitos conflitos entre grupos, que podem até mesmo degenerar na violência, derivam do modo distorcido com que um grupo social julga o outro, gerando incompreensão, rivalidade, inimizade, desprezo ou escárnio. [...] A identificação com o próprio grupo faz que se perceba o outro como diverso, ou mesmo hostil (BOBBIO, 2002, p. 105).

O preconceito de classe, por exemplo, é um preconceito coletivo marcado pela contraposição daqueles que detêm o poder econômico com os que detêm apenas a força de trabalho como meio de sustento e que é reforçado pelo conjunto de opiniões recíprocas que caracterizam os grupos de forma negativa. Para este tipo de preconceito coletivo identificamos a injustiça social distributiva como consequência. O preconceito racial é outro exemplo de preconceito coletivo e que é marcado pela discriminação, entendida, conforme Bobbio, como “qualquer coisa a mais do que a diferença ou a distinção, pois é sempre usada com uma conotação pejorativa”. Assim, “por ‘discriminação’ se entende uma diferenciação injusta ou ilegítima” (2002, p. 107). Para este tipo de preconceito coletivo identificamos a injustiça social do não reconhecimento como consequência.

A partir da análise ampliada da concepção de justiça social com a inclusão da política de reconhecimento, podemos observar a importância de tal alargamento para a promoção de políticas públicas que modifiquem o cenário social de extrema desigualdade social e discriminação étnica: dois tipos de fenômenos sociais que colocam em situação de insegurança grupos sociais excluídos dos bens e dos valores considerados importantes para garantir a segurança material e ontológica. Assim, a busca de uma sociedade mais justa é a busca de uma sociedade mais segura para todos. É justamente a partir desta preposição que analisarei em seguida a relação entre justiça social e segurança.

3. Justiça Social e Segurança na Modernidade Recente

O conceito de segurança¹ descreve, segundo Castel (2005), um aspecto do equilíbrio das relações de força e poder que surge como projeto político da modernidade para garantir a paz interna dos Estados modernos e soberanos: através do contrato social (do pacto social na concepção hobbesiana) o governante e o poder político passaram a ter o dever de proteger os governados contra os perigos internos e externos; em troca, estabeleceu-se o princípio da não interferência dos indivíduos nos negócios públicos.

Entretanto, com os constantes conflitos bélicos entre atores estatais ao longo dos três séculos, contados a partir do Tratado de Westfália (1648), a paz interna e as relações entre os Estados soberanos tornaram mais vulnerável o contrato social. Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a persistência de constantes conflitos bélicos, a questão da segurança adquire um caráter geopolítico, onde a bipolaridade (Estados Unidos e União Soviética) engendrou o conceito de Guerra Fria (construído a partir da Doutrina Truman), entendida como uma guerra permanente, que evita o confronto armado e que é travada nos planos militar, político, psicológico e econômico entre os países pertencentes aos blocos comunista e capitalista (SANTOS, 2004).

Após o término da Guerra Fria, a segurança deixou de ser uma questão meramente geopolítica para adquirir, segundo Barroso (2006), uma dimensão multidimensional (política, econômica, social). Isto se deu pelo surgimento dos novos riscos² de natureza multifacetada e, também, pela necessidade de disseminação dos valores democráticos. No final da década de noventa, por exemplo, a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) associou o conceito de segurança à estabilidade regional e à defesa dos valores democráticos nos países aliados: através do documento conhecido como

¹ A segurança na modernidade decorre da neutralização ou minimização de um conjunto específico de perigos (GIDDENS, 1991).

² A idéia de risco surge com a modernidade e adveio de uma mudança de compreensão sobre os fenômenos súbitos. Estes podem resultar das próprias atividades ou das deliberações humanas e não da vontade divina como era imputada nos períodos pré-modernos. Com isso, a noção de risco substituiu em parte a noção de fortuna ou destino dentro da modernidade. O risco se difere do perigo, mas estão intimamente inter-relacionados, pois o risco pressupõe o perigo, ou seja, uma pessoa que quer arriscar algo está cortejando o perigo, entendido aqui como uma ameaça aos resultados requeridos. Risco e perigo se entrelaçam, respectivamente, com confiança e segurança (GIDDENS, 1991).

Conceito Estratégico de 1999, que contém diretrizes para a OTAN, dissociou a utilização da força exclusivamente para a autodefesa (como era no Conceito Estratégico de 1991³) para que esta possa ser usada, por exemplo, em intervenções humanitárias, estabelecendo, assim, uma relação entre segurança, liberdade e direitos humanos.

Este novo conceito de segurança coincide com um período marcado pelo aumento da desigualdade social e pelo surgimento de conflitos relacionados com a falta de reconhecimento entre grupos sociais. Ou seja, este novo conceito de segurança, que estabelece uma relação com as questões de justiça social como liberdade e direitos humanos, surge dentro de um cenário de proliferação das injustiças, socioeconômica e cultural, originadas tanto pela desestruturação do estado de bem-estar social como pelos conflitos de identidade.

A elevação da injustiça socioeconômica se dá pela falta de proteção social que caracterizou as sociedades industriais e capitalistas, européia e norte-americana, entre os anos de 1945 e 1975: a proteção social blindava, conforme Castel (2005), os indivíduos dos principais riscos que acarretam a degradação como, por exemplo, doenças, acidentes, velhice pobre e de tudo que leva à decadência social. A injustiça cultural se relaciona com a falta de proteção coletiva garantidora das liberdades de manifestações de identidade e, por conseguinte, do reconhecimento das diferenças. É a partir desta relação entre injustiça socioeconômica e falta de proteção social, e entre injustiça cultural e falta de proteção coletiva, que a temática da segurança se articula com a da justiça social.

Conforme Ulrich Beck, estamos vivendo em uma *sociedade do risco*. Para ele, a modernidade recente (iniciada a partir da segunda metade da década de 1970) se caracteriza pela proliferação dos riscos, onde, segundo Castel (2005), a antecipação e a calculabilidade dos riscos chocam-se com a imprevisibilidade dos eventos contingentes engendrando dois tipos de insegurança que cresceram com a desestruturação do Estado de bem-estar social: a insegurança civil e a insegurança social. Estas inseguranças são mais evidentes, conforme Castel (2005), em localidades (bairros, nações ou regiões)

³ Este documento foi o resultado do encontro entre chefes de Estado dos países membros da OTAN na cidade de Londres em julho de 1990 (BARROSO, 2006).

onde se concentram os mais diversos problemas sociais, ou seja, onde a injustiça social impera. Nessas localidades os mais variados tipos de violências atuam engendrando a insegurança material e insegurança ontológica⁴. Com isso, a incerteza e a insegurança se apresentam como elementos definidores da modernidade recente, exigindo do Estado e dos seus agentes políticas distributivas e políticas de reconhecimento que incluam os grupos sociais econômico, social e culturalmente discriminados em uma rede de proteção social.

Retornando a questão da relação entre justiça social e segurança, a injustiça socioeconômica é causadora da insegurança material, caracterizada pela escassez de bens para a satisfação das necessidades básicas (alimentação, vestuário, habitação, lazer, educação etc.), e o não-reconhecimento social é a causadora da insegurança ontológica, caracterizada principalmente por certos tipos de violências (como, por exemplo, a tortura⁵) que estabelecem uma ausência da autoconfiança, prejudicando a auto-identidade e, conseqüentemente, sua relação com o mundo social: o desrespeito aos direitos (ou o não-reconhecimento de direitos) de determinados grupos sociais, excluindo-os da convivência social mais ampla fere, conforme Honneth⁶, a estima social⁷ do indivíduo e, conseqüentemente, sua autoconfiança e auto-identidade. Com isso, o aumento da insegurança ontológica, juntamente com a insegurança material, segundo Young (2002), a partir do último terço do século XX, contribuiu para a elevação das taxas de violências nos países centrais e periféricos.

⁴ A segurança ontológica, conforme Giddens, “se refere à crença que a maioria dos seres humanos tem na continuidade de sua auto-identidade e a na constância dos ambientes de ação social e material circundantes. Uma sensação da fidedignidade de pessoas e coisas, tão central à noção de confiança, é básica nos sentimentos de segurança ontológica; daí os dois [confiança e segurança ontológica] serem relacionados psicologicamente de forma íntima” (1991, p. 95).

⁵ Tomando como referência as etapas do reconhecimento estabelecidas por Hegel, Honneth diz que a tortura “corresponde à primeira forma de desrespeito à autonomia individual sobre o corpo. Na tortura há o não-reconhecimento da disposição autônoma do indivíduo sobre o seu corpo que foi adquirida por meio de processo de socialização baseada na dedicação amorosa” (Apud MATTOS, 2006, p. 95).

⁶ Cf. Mattos (2006).

⁷ Segundo Paul Ricoeur, o filósofo alemão Honneth conceitua estima social de forma a distingui-lo do respeito de si e da confiança em si no plano efetivo. Para Ricoeur o conceito de estima social depende “de uma tipologia das mediações que contribuem para a formação do horizonte de valores compartilhados, e a própria noção de estima varia de acordo com o tipo de mediação que torna uma pessoa ‘estimável’” (2006, p. 216).

Esta breve análise da relação entre justiça social e segurança (bem como do seu oposto, ou seja, a injustiça social e a insegurança) permite identificar o mal-estar da contemporaneidade. Entretanto, a identificação dos problemas possibilita encontrar soluções para reduzir as injustiças e as respectivas inseguranças. Uma das soluções seria a democratização do direito através da ampliação do acesso à justiça aos grupos sociais de menor poder aquisitivo (condição de classe), bem como aos grupos discriminados (condição cultural). No entanto, se faz necessário identificar os obstáculos que impedem o acesso à justiça. É justamente na identificação dos obstáculos impeditivos de acesso à justiça que se abre um campo vasto e fértil para o desenvolvimento da Sociologia Jurídica, principalmente em localidades onde a desigualdade jurídica se apresenta de forma mais aparente e elevada.

4. O Estudo da Sociologia Jurídica nos Campos do Acesso à Justiça e da Administração da Justiça

A Sociologia Jurídica é um campo da Sociologia Geral que construiu sobre o direito um objeto teórico específico e autônomo, quer em relação à Ciência Jurídica, quer em relação à Filosofia do Direito (SANTOS, 2003). A especificidade da Sociologia Jurídica reside em analisar o fenômeno jurídico⁸ a partir de uma realidade social, utilizando-se de métodos e técnicas de pesquisa empírica (SOUTO & SOUTO, 2003). Com isso, o objeto da Sociologia Jurídica é o Direito como fato social, observando a norma jurídica como resultado da realidade social que emana da sociedade e que se modifica, mais ou menos, de acordo com as transformações sociais (MIRANDA ROSA, 2004), observando também a origem social do direito e a conexão existente entre mudança social e o surgimento de novos direitos, ou seja, a multiplicação dos direitos (BOBBIO, 2004).

⁸ Souto e Souto definem o fenômeno Jurídico como um fenômeno normativo de conduta social que “implica conhecimento, pois o conteúdo de qualquer regra de conduta social são *imposições* de conhecimentos, pois determinam que a conduta social *deve ser* correspondente a um determinado conhecimento e não a outro. São, então, essas regras compostos imperativo-indicativos (imperativos enquanto imposição, e indicativos enquanto conhecimento)” (2003, p. 42).

Boaventura de Souza Santos (2003) ressalta que a Sociologia Jurídica percorreu um longo caminho até se consolidar como ciência empírica. No século XIX, a Sociologia Jurídica direcionava sua visão para as questões normativa e substantiva do direito. No primeiro quartel do século XX, houve o deslocamento das questões normativas (enunciados abstratos da lei) para as decisões particulares dos juízes, engendrando as pré-condições teóricas para a nova visão sociológica. A partir da segunda metade do século XX, houve a passagem da visão normativa e substantiva para as dimensões processuais, institucionais e organizacionais do Direito. Esta passagem se deu, conforme Santos, por causa de três condições teóricas e duas condições sociais. As condições teóricas foram: o desenvolvimento da Sociologia das Organizações que passou a estudar os grupos sociais criados de forma mais ou menos deliberados para a obtenção de um determinado fim (no caso específico os Tribunais); o desenvolvimento da Ciência Política que possibilitou ver os tribunais como instâncias de decisões e de poderes políticos; e, por fim, o desenvolvimento da Antropologia Jurídica que se direcionou para os estudos dos processos e instituições de administração da justiça, bem como os graus diferentes de formalização e de especialização para as resoluções de litígios. Já as condições sociais foram: as lutas sociais protagonizadas por grupos até então sem tradição histórica de ação de contestação coletiva tais como negros, estudantes, mulheres e pequena burguesia que lutavam por direitos sociais no âmbito da segurança social, habitação, transportes, qualidade de vida etc.; e, a eclosão da crise da administração da justiça com a passagem do Estado providencia para o Estado neoliberal que aumentou as demandas por justiça, mas, ao mesmo tempo, reduziu os recursos estatais para atender as demandas litigiosas devido à recessão. Estas condições abriram campos de estudos à Sociologia Jurídica até então inexploradas como, por exemplo, o acesso à justiça, a administração da justiça e a organização dos tribunais. Como o tema deste artigo é prioritariamente a justiça social, analisarei as contribuições da Sociologia jurídica para a democratização da justiça através da ampliação do acesso à justiça.

Segundo Santos, o “acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos dos cidadãos” (1996, p. 483). Para que sejam garantidos os direitos, prossegue Santos, se faz

necessário que o sistema jurídico e o sistema judicial sejam acessíveis a todos os cidadãos de forma igual, não importando sua condição de classe social, sexo, raça, etnia, sexualidade e religião.

Os estudos da Sociologia Jurídica direcionados à questão do acesso à justiça e ao direito, conforme Santos, concentram-se, *grosso modo*, “na prática das instituições encarregadas de garantir o acesso e no perfil sociológico dos ‘clientes’ dessas instituições” (1996, p. 483). Entretanto, ressalta ele, é importante direcionar os estudos também para os obstáculos impeditivos de acesso à justiça e o perfil dos grupos sociais que estão fora da proteção jurídica. Para Santos são três os obstáculos impeditivos de acesso à justiça: econômico, social e cultural.

O obstáculo econômico se refere: aos custos relativos aos “preparos e custas judiciais; gastos de transportes e outros; uma série de ‘custos de oportunidade’ com valor econômico, para além dos custos resultantes da morosidade” (SANTOS, 1996, p. 486). Assim, todos “estes custos tornam a justiça cara e proporcionalmente mais cara para as ações de pequeno valor, por alguns destes custos serem ‘rígidos’, o que vitimiza mais uma vez as classes populares, pois é precisamente neste tipo de ações que elas tendem a intervir” (SANTOS, 1996, p. 486).

O obstáculo social se refere mais especificamente a falta de conhecimento por parte dos estratos sociais mais baixos dos seus direitos, ou seja, quanto mais baixo o estrato social mais distante está do acesso à justiça e da administração da justiça: “os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo um problema jurídico” (SANTOS, 1996, p. 487). Ainda com relação ao obstáculo social, Santos diz que mesmo conhecendo o fato como jurídico, os indivíduos dos estratos mais baixos hesitam em recorrer à justiça por dois motivos: primeiro, pelas “experiências anteriores com a justiça de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico” (Santos cita a questão da diferença de qualidade entre os serviços advocatícios prestados às classes mais abastardas economicamente e aquelas de menores recursos financeiros, além da dificuldade das classes economicamente desfavorecidas em conhecer um advogado,

quando contatar com um advogado etc.); segundo, há “uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorre aos tribunais” (SANTOS, 1996, p. 487).

O obstáculo cultural refere-se à discriminação no acesso à justiça por questões de interiorização de valores dominantes que estigmatiza certos grupos sociais pela condição étnica, religiosa, sexual etc. Ou seja, o não-reconhecimento cultural de determinados grupos sociais historicamente discriminados dificulta o acesso à justiça.

Estes obstáculos identificados por Santos revelam o quão as injustiças socioeconômicas e as injustiças culturais podem ser identificadas empiricamente através da Sociologia Jurídica pela via do acesso aos tribunais e aos profissionais da área jurídica, bem como do modelo de administração da justiça. Ao mesmo tempo, a identificação dos obstáculos de acesso à justiça possibilita ampliar a justiça social através de políticas de redistribuição e de reconhecimento tendo como fulcro o sistema jurídico e o sistema judiciário.

Santos (1996) identificou, através dos seus estudos sociológicos, transformações, a partir da década de 1960 nos Estados Unidos e na Europa, nos âmbitos da legislação e das profissões jurídicas como formas de elevar o acesso à justiça. Nos Estados Unidos, em 1965, houve um movimento em prol do apoio jurídico aos cidadãos menos favorecidos economicamente; a partir de 1970, surgiram as *public interest law firms* (defesa dos direitos difusos como, por exemplo, os direitos dos consumidores) subsidiadas pelos poderes públicos e privados; ainda nos anos 70, modelos alternativos de resolução de litígios foram criados (denominados de *Alternative Dispute Resolution* [ADR]) como forma de democratizar e de desafogar as instancias formais de resoluções de litígios (no caso, os tribunais).

Na Europa observaram-se diferenças com relação às transformações ocorridas nos Estados Unidos. Os movimentos de reformas legais se direcionaram mais especificamente para as transformações na área da advocacia com o surgimento da *advocacia social* e da *advocacia política*, onde a primeira se direciona para a resolução

de litígios dos indivíduos economicamente carentes e a segunda para os litígios coletivos (sindicatos, associações, etc.). Estas transformações no âmbito da advocacia deram origem, na maioria dos países europeus, ao Sistema de Assistência Jurídica Gratuita. Entretanto, tal experiência não foi bem sucedida, pois os serviços jurídicos eram de baixa qualidade devido ao não interesse por parte de advogados experientes e mais qualificados em atender as causas dos cidadãos de forma gratuita. Logo, as causas recaíam sobre os advogados sem experiência ou estagiários. Esta situação motivou o desenvolvimento de dois modelos alternativos: a *advocacia convencional* e a *advocacia pública*. O primeiro modelo possibilitou a escolha de advogados que estão inscritos na lista de prestação de serviços jurídicos por parte do cidadão de menor poder aquisitivo, ficando a remuneração do advogado a cargo do Estado conforme os preços do mercado. Este modelo, porém, alerta Santos (1996), tornou-se limitado, pois não oferecia assistência jurídica para informações e consultorias sobre os litígios, ficando restrito à assistência jurídica de defesa durante o processo de julgamento. Ademais, a advocacia convencional limitava-se a defender o indivíduo necessitado economicamente, deixando de lado os interesses coletivos ou difusos dos grupos sociais geralmente discriminados. Com isso, os obstáculos sociais e culturais permaneciam. O segundo modelo (advocacia pública) possibilitou o conhecimento no sentido de conscientizar as classes populares dos seus direitos, buscando reduzir os diferentes obstáculos de acesso à justiça. As estratégias desenvolvidas pela advocacia pública, por um lado, foi de aproximação das comunidades carentes a partir da instalação de escritórios nas localidades pobres, por outro, foi de especialização em problemas jurídicos em que estavam envolvidos os indivíduos dessas comunidades, incluindo, assim, a defesa dos interesses coletivos e difusos. Para Santos,

Estando perto da comunidade e privilegiando as acções judiciais coletivas, os advogados públicos têm tido um papel importante na criação de novas correntes jurisprudenciais e na reforma do direito substantivo e têm sobretudo funcionado como instrumento dissuasor e de prevenção contra actuações jurídicas por parte de grandes empresas (seguradoras, bancos, hospitais, cadeias de distribuição comercial) susceptíveis de lesar os interesses de grupos sociais mais vulneráveis (1996, p.490).

Em Portugal, a Lei nº 7/70, de 9 de junho, instituiu a assistência jurídica. O novo regime legal, segundo Santos, buscou garantir apoio judiciário através de gabinetes de

consultoria gratuita. “Aos gabinetes é dada a possibilidade de fazerem juízos de viabilidade ou inviabilidade das ações e até de entrarem pelo campo das diligências extra-judiciais, incluindo as da negociação, mediação e conciliação” (1996, p. 491). O apoio judiciário abrange tanto a dispensa total das custas com o processo como a dispensa parcial (observando a condição financeira do solicitante), ficando o requerente do apoio judiciário livre para escolher o advogado que lhe convier. Este apoio judiciário assume duas formas, segundo Santos:

na primeira, o custo do serviço do advogado fica a cargo do cidadão que requer unicamente ao tribunal a dispensa do pagamento integral ou parcial de preparos e custas; a segunda, o cidadão pede ao tribunal conjuntamente a nomeação de advogado, que pode ser escolhido por si e a dispensa do pagamento de preparos e custas (1996, p. 493).

Os estudos sociológico-jurídicos desenvolvidos por Santos sobre as novas estratégias para possibilitar uma maior e melhor acesso à justiça, através das mudanças na própria administração da justiça em países de democracia consolidada e que busca tal consolidação (como Portugal), demonstram o quão é importante reduzir a desigualdade jurídica não só no âmbito econômico (advogados e custas gratuitos), mas também no âmbito social e cultural, com a disponibilização de meios de informação e comunicação, bem como de atendimento aos direitos coletivos, para que a justiça social seja completa (justiça distributiva + reconhecimento). Ademais, os estudos sociológico-jurídicos permitem realizar comparações entre sistemas de justiça e sistemas judiciários de diversos países como forma de identificar as transformações estruturais e suas adequações à realidade social ou vice-versa.

A redução da desigualdade jurídica, através da redução dos obstáculos impeditivos de acesso à justiça, a partir de uma reestruturação do sistema jurídico e da reformulação do direito substantivo contribui para elevar a confiança do cidadão – em especial o cidadão inferiorizado pela sua condição de classe, de status e/ou étnica – no sistema judiciário. Esta confiança, que se fundamenta num sentimento de segurança, torna o risco calculável e possível de ser neutralizado ou minimizado, engendrando, assim, expectativas positivas às instituições jurídicas.

Tomando como referência Giddens (1991), pode-se afirmar que o sistema jurídico é um sistema perito, ou seja, é um sistema de competência profissional que ordena extensas áreas ambientais em que vivemos. O sistema perito também é um tipo de sistema abstrato que remove as relações sociais dos contextos locais, criando expectativas através do distanciamento tempo-espaço, que culmina com a relação de confiança no sentido de *confidence*⁹, ou seja, no sentido de que as coisas ocorrerão de maneira mais ou menos previsível. Desta forma, os programas de redução da desigualdade jurídica desenvolvidos pelo sistema judiciário, pela Ordem dos Advogados e/ou por organizações não-governamentais, elevam a segurança dos cidadãos dentro de um contexto social onde a incerteza e a insegurança passaram a fazer parte da cotidianidade face à substituição das políticas de bem-estar social pelas políticas neoliberais que vêm reduzindo as intervenções do Estado no âmbito social.

5. Conclusão

Estudar a segurança a partir da justiça social como redistribuição e reconhecimento permite ampliar o debate sobre a própria segurança, possibilitando observar que fatores como confiança eleva o sentimento de segurança, principalmente o de caráter ontológico. Esta relação entre segurança e justiça social também possibilita entender o quão é importante a formulação e a implementação de políticas públicas socioeconômicas e socioculturais para eliminar ou reduzir os obstáculos que desencadeiam a desigualdade social e a discriminação social, aumentando, desta forma, a participação de grupos sociais de maneira igualitária na vida social e nos bens coletivos. Garantir a paridade de participação, como aduz Fraser, aos grupos historicamente discriminados econômica, social e culturalmente, reconhecendo e valorizando as diversidades, possibilita, creio eu, a ampliação da segurança para além do universo dos direitos tradicionais de cidadania.

⁹ Foi Niklas Luhmann que desenvolveu o conceito de confiança como *confidence*. Para ele, este tipo de confiança ocorre na dimensão macro e está relacionado com a expectativa de que as coisas acontecerão de uma forma mais ou menos previsível. Luhmann também identificou um tipo de confiança denominado de *trust*. Esta confiança se dá na dimensão micro que está pautada em decisões e em compromissos assumidos que geram riscos por não haver um domínio sobre os determinantes das ocorrências. Segundo Laniado (2001), a confiança no sentido de *confidence* e a confiança no sentido *trust* são intercambiáveis por combinar as duas dimensões fundamentais para o funcionamento da sociedade.

Os trabalhos em sociologia jurídica direcionados ao acesso à justiça e à administração da justiça vêm mostrando: por um lado, a desigualdade jurídica que sofre determinados grupos sociais, por sua condição de classe, *status* e étnica, em obterem benefícios do sistema legal e do sistema judiciário; por outro, a reestruturação das instituições jurídicas nas últimas quatro décadas para reduzir os obstáculos econômico, social e cultural e, por conseguinte, a desigualdade jurídica dentro de um contexto onde a democracia tornou-se o regime predominante no ocidente.

Referências

BARROSO, Juliana Lyra Viggiano. “Segurança e uso da força no contexto da OTAN Pós-Guerra Fria”. In: **Revista de Sociologia e Política**, nº 27: 43-63, nov. 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

CASTEL, Robert. **Insegurança social: O que é ser protegido?** Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”. In: **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. (Org.) SOUZA, Jessé. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. **A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação**. In: <http://www.eurozine.com/articles/2003-01-24-fraser-pt.html>. (Consultado em 2007).

_____. Reconhecimento sem ética? In. *Lua Nova*, São Paulo, 70: 101-138, 2007.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

LANIADO, Ruthy Nadia. **Troca e reciprocidade no campo da cultura política**. Trabalho apresentado no XXV Encontro anual da ANPOCS. Caxambu, outubro de 2001.

MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser**. São Paulo: Annablume, 2006.

MIRANDA ROSA, Felipe Augusto de. **Sociologia do Direito**: o fenômeno como fato social. 17ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RICOEUR, Paul. **Percursos do reconhecimento**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**: o caso português. 2ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9ª ed. – São Paulo: Costez, 2003.

SANTOS, Maria Helena de Castro. “A nova missão das Forças Armadas Latino-Americanas no mundo pós-guerra fria: o caso Brasil”. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais** – vol. 19. nº 54, 2004.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do Direito**: uma visão substantiva. São Paulo: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

VAN PARIJS, Philippe. O que é uma sociedade justa? **Introdução à prática da filosofia política**. São Paulo: Editora Ática, 1997.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

NOVAS REFLEXÕES SOBRE BIOÉTICA E BIOTECNOLOGIA EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Ana Thereza Meirelles ARAÚJO*

Resumo: Trabalho destinado à análise das novas questões trazidas pela biotecnologia, interferentes no bem jurídico *vida*, à luz do direito constitucional. Avaliação das novas questões que envolvem a interferência do homem e da ciência na vida, considerando a dignidade da pessoa humana. Análise da disciplina jurídica do embrião extracorpóreo, da antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico e do prolongamento artificial da vida, tendo como vetor a sistemática dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Bioética. Biotecnologia. Direito Constitucional. Direitos Fundamentais.

1. Introdução

Contemporaneamente, a associação da tecnologia às ciências biomédicas tem possibilitado novas conquistas e resultados que, sob o enfoque primordialmente terapêutico, representam avanços da ciência, em busca de benefícios à espécie humana. Essas inovações biocientíficas evidenciam uma nova visão sobre as ciências da vida, na medida em que criam uma realidade complexa, composta pela emersão de conseqüências e questionamentos de ordens ética, moral e jurídica.

Tais transformações fomentaram, significativamente, a necessidade da responsabilidade da própria ciência nos processos que possam culminar na intervenção do começo e término da vida, tendo em vista abrangerem questões de ordem pessoal e filosófica a cerca da humanidade.

* Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Professora dos cursos de pós-graduação da UNIFACS e do Juspodivm. Professora da disciplina *Biodireito* e *Metodologia da Pesquisa Jurídica* da graduação do curso de Direito da UNIFACS e da Faculdade Dom Pedro II. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Jurídica da Faculdade Dom Pedro II.

Dessa forma, a revolução científico-tecnológica trouxe para Biomedicina a instabilidade das novas descobertas, questionando, concomitantemente, os limites de tais transformações e a força de certos conceitos e costumes tradicionais, de maneira que o posicionamento sobre a legitimidade e legalidade dos atos nesta seara já não deve prescindir de uma análise e ponderação do caso concreto, pertencente a um contexto específico, sob a influência de novos paradigmas.

Partindo dessa perspectiva, não se pode negar a necessidade de uma compreensão que se posicione face aos novos fenômenos da ciência, para que se possa legitimar determinadas práticas e refutar as que atentem contra bens jurídicos que devem preponderar sobre possíveis e supervenientes benefícios científicos.

No cerne do desenvolvimento biocientífico-tecnológico, estão as indagações pertencentes ao campo da Bioética e naturalmente inerentes à sistemática dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Ao conferir solução aos problemas de origem biomédica, a Bioética encontra alicerce na dogmática dos direitos fundamentais e na preservação da moldura principiológica da Carta Magna.

Dessa forma, qualquer ensaio que vise analisar as disposições vigentes de ordem constitucional, implica na constatação de que a construção desse sistema teve como alicerce a proteção da *pessoa humana*, enquanto razão, sentido e finalidade da tutela para os demais direitos.

2. Homem, Ciência e Bioética

Não se pode negar que, desde os tempos remotos de sua existência, a espécie humana busca respostas para questões de natureza cosmo-principiológica, atinentes à fenomenologia da vida.

Na Idade Antiga, berço grego dos estudos filosóficos, a estruturação da pólis culminou numa nova fase da civilização, visto que, mediante o “conhecimento da *razão*”, o

homem passou a desenvolver estudos sobre ciência, justiça e política.

Ao figurar nas relações sociais de modo geral, a *razão* passa a contribuir, fundamentalmente, para a concretização de novo momento histórico social, onde o homem começa a se ver como centro dos fenômenos do universo e as descobertas e explicações científicas se processam consoantes a esse novo paradigma.

Caminhando nesse sentido, há de se registrar que esse novo momento histórico-evolutivo, onde se buscou produzir conhecimento de forma obstinada, motivou a busca pelas respostas sobre as questões existenciais do homem, referentes a sua origem e permanência no universo. A *razão* passa a se firmar como o elemento que alimenta a motivação da existência humana, na medida em que é capaz de propiciar à espécie um novo sentido de percepção das coisas do mundo, dos elementos da natureza e dos processos científicos.

O homem concede significado à sua própria existência no mundo. O significado que o homem oferece a si mesmo advém da sua capacidade racional de objetivar e construir toda a realidade que o cerca. O conhecimento produzido pelo homem proporciona sempre um novo significado à sua existência; uma existência que a todo momento se encontra em reconstrução.¹

Na contramão da história evolutiva do racionalismo, ressalta-se o período medieval, cuja prevalência da cultura maniqueísta tinha como escopo afastar, progressivamente, o homem da *razão*. A Igreja se incumbiu de camuflar o legado científico ensaiado na antiguidade clássica, passando a pregar idéias teocentristas, de sorte que, para questões de naturezas diversas, ao homem da Idade Média, restava o apego à doutrina canônica que lhe imputava a obrigatoriedade da fé e a condenação das práticas científicas ‘por contraporem a vontade de Deus’.

Simbolizando o retorno dos ideais clássicos, o humanismo renascentista traz a explosão da capacidade racional do homem. Ao romper com as concepções filosófico-teológicas medievais, o Renascimento resgata a importância da razão, fato que culminará na

¹ FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.49.

composição de um panorama histórico futuro – o surgimento dos ideais iluministas e, posteriormente, da Revolução Científica.

Dessa maneira, o aperfeiçoamento da ciência se apresenta como uma nova realidade contemporânea. A razão e a objetividade, enquanto combustíveis para o desenvolvimento, possibilitaram o crescimento de todas as esferas do conhecimento humano, propiciando novas visões sobre os processos científicos.

Seguindo a trilha da história da humanidade, surge a necessidade de especializar, cada vez mais, as áreas do conhecimento. As necessidades sociais passam a reclamar a segmentação das descobertas científicas, fazendo com que todo e qualquer conhecimento passe a ser esquematizado e integre uma determinada área, cujos assuntos sejam interativos e específicos.

Assim, as áreas específicas que compõem as ciências da saúde, objeto de estudo da Bioética e do Biodireito, ambas segmentos científicos que têm como escopo principal a investigação e limitação do comportamento humano na seara da Biomedicina, tendo em vista a necessária preservação dos alicerces da Ética e do Direito, enquanto balizas indispensáveis à harmonia e pacificação social.

Em uma acepção mais ampla e originalmente proposta por Van Rensselaer Potter, biólogo e oncologista, na década de 70, o termo bioética surgiu em decorrência da necessidade de disciplinar os problemas ambientais ligados às questões de saúde. Posteriormente, o fisiologista fetal holandês Andre Hellegers passará a defender o uso do termo apenas para as relações do homem com a as ciências da vida e saúde². Nesse diapasão, a Bioética surge como um vetor de valores e princípios de orientação das condutas humanas e funcionará como um novo paradigma para conduzir as relações do mundo contemporâneo.

Impende registrar que esse panorama moderno tem como epicentro a fugacidade/transitoriedade do conhecimento científico. Para qualquer ramo da Ciência,

² FABRIZ, Daury César. *Op. Cit.*, 2003, p.73-74.

principalmente para a Medicina, não se tem como engessar descobertas e conquistas, aprisionando verdades científicas como dogmas para os tempos vindouros. Não há como isentar os conhecimentos (mesmo que imputados até então como verdades absolutas) dos efeitos da evolução da própria Ciência. E é sob essa perspectiva que incidirá a tutela da Bioética e do Direito, muitas vezes carente de acompanhamento paralelo, tendo em vista a velocidade do surgimento de novas conquistas científicas.

3. Constituição e Bioética

As recentes descobertas na área das ciências da saúde, enquanto realidade ascendente do mundo contemporâneo, não podem encontrar recepção no mundo jurídico, se não se apresentarem consoantes à preservação dos direitos de natureza constitucional.

Ainda que colimada de importância singular e posição de supremacia, a tutela constitucional dos direitos fundamentais não pode refutar a existência, inegável e natural, de uma nova moldura de descobertas médico-científicas que, a cada dia, tende a contrapor direitos e bens jurídicos protegidos pelo Ordenamento e, conseqüentemente, clamar pelo seu acompanhamento e adequada disciplina jurídica.

Diversas novas possibilidades, conquistadas pelo crescimento da biotecnologia e situadas no plano da Bioética, denotam indícios do conflito entre possíveis interesses de natureza privada, portanto atinentes à seara da autonomia dos indivíduos, versus a preservação de interesses públicos, cujo núcleo se localiza na proteção dos direitos fundamentais.

3.1. Direitos Fundamentais e Biotecnologia

Precipuamente, cumpre uma rápida e formal distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, expressões, muitas vezes, usadas pela doutrina moderna como sinônimas. A distinção reside, fundamentalmente, num ponto de caráter formal. Conforme entende

o professor Ingo Wolfgang Sarlet³, enquanto os direitos fundamentais se encontram positivados e arrolados na Constituição de cada Estado, o que evidencia uma perspectiva de norma interna, os direitos humanos encontram guarida nos tratados e declarações internacionais, onde se permite reconhecê-los como alicerce de uma tutela de caráter universal.

Entretanto, é irrefutável que, sob o ponto de vista material, direitos humanos e/ou fundamentais guardam íntima relação, por terem como razão primordial o reconhecimento do valor do homem, caminho proveniente do Direito Natural. Assim, pode-se extrair de uma análise sobre o constitucionalismo moderno, a influência concreta do jusnaturalismo na construção dogmática da teoria dos direitos fundamentais.

Para compreender o conceito de direitos fundamentais, deve-se identificar a incidência de vetores axiológicos, atentando para a evolução normal da sociedade e do Estado, sem abandonar concepções jusnaturalistas que, originariamente, justificam a proteção e positivação de determinados direitos. Assim, é certo que o significado desses direitos primordiais antecede a existência de qualquer Ordem Jurídica e seu aparecimento se confunde com o surgimento do estado constitucionalista, que terá, como fundamento e limite de intervenção, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Urge, nessa linha, discriminar as chamadas gerações ou dimensões desse direitos, a fim de que seja alcançada a compreensão sobre seu conteúdo e extensão.

Os direitos de 1ª geração ou dimensão têm ligação estreita com os direitos naturais, pertencem à seara individual e são traduzidos como “direitos negativos”, tendo em vista não consistirem em prestação específica positiva do Estado, como é o caso dos direitos à vida, à igualdade, à liberdade e à propriedade, que são, muitas vezes, pressupostos para a existência de outras proteções.

Os direitos sociais ou de 2ª dimensão estão situados no plano da necessidade de atuação

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p.35-36.

do Estado, ou seja, a fim de garantir-lhes efetividade, o Poder Público deve agir, materializando seu conteúdo. É o que compreende da saúde, educação, trabalho e salário mínimo, direitos cuja prestação é passível de ser exigida.

Os direitos coletivos ou difusos, de 3ª dimensão, estão voltados às garantias dos grupos de indivíduos. Tratam de direitos genéricos, que se referem a interesses coletivos, como a paz, a preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural e os direitos provenientes das relações de consumo.

Conforme entendimento do professor Paulo Bonavides⁴, pode-se registrar a possibilidade de reconhecer a 4ª geração ou dimensão desses direitos, cujo fulcro reside na globalização do interesse de sua tutela, expandido ao plano normativo internacional. É o caso dos direitos à democracia e à informação.

Nem mesmo os direitos fundamentais, que gozam de proteção e disciplina especiais, escapam do enfrentamento de uma nova realidade social: a evolução desenfreada da tecnologia e das ciências biomédicas. Nesse contexto, tais direitos são obrigados a conviver como que se pode chamar de um novo paradigma – os avanços na área da Biotecnologia e da Medicina – , que, de forma gradativa, tendem a reclamar a pacificação de certos conceitos jurídicos, para que, conseqüentemente, seja sedimentada a conclusão do que pode ser legitimado ou combatido.

Caberá à ciência jurídica encontrar o equilíbrio ou o chamado “caminho do meio” entre a fenomenologia biotecnológica, que favorece as espécies, e a preservação, necessária e indispensável, do núcleo de bens jurídicos (e princípios) que não podem ser dissociados da existência do homem, como sua vida e dignidade, direitos fundamentais salvaguardados pelo olhar atento da tutela constitucional.

Em que pese os problemas tratados pela Bioética estarem no foco das indagações sobre o direito à vida, portanto direito fundamental de 1ª dimensão, não se pode refutar a sua íntima relação com o direito à saúde, visto que as condutas na área da Biomedicina buscam o aperfeiçoamento das conquistas terapêuticas, no desenrolar dos processos

⁴ BONAVIDES, Paulo apud TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 431.

científicos.

Sob esse prisma, sem prejuízo da evidente relação da Bioética com o referido direito de 2ª dimensão, impende registrar sua estreita ligação com os demais direitos, como é o caso da qualidade de vida, que possui caráter coletivo e está situado na 3ª dimensão.

3.1.1. Direito à vida e princípio da dignidade da pessoa humana

Não se pode negar que a tentativa de conceituar o fenômeno *vida* agrega significativa dificuldade, tendo em vista a impossibilidade de considerá-la apenas sob o ponto de vista biológico. Sua compreensão deve estar associada a sua dimensão axiológica-filosófica, conforme preleciona o bioeticista Elio Sgreccia:

A característica do vivente, sob o ponto de vista filosófico, está no fato de ele ser capaz de uma atividade que parte do sujeito vivente e tende a aperfeiçoar o próprio sujeito: vida é capacidade de ação imanente. Deixamos de lado o exame das características físicas, químicas e bioquímicas do ser vivo e examinamos o problema do ponto de vista filosófico. O salto qualitativo e irreduzível do fenômeno “vida” está, portanto, na capacidade real de um ser de ser causa e fim da própria ação: isto significa precisamente “ação imanente”. No primeiro degrau da vida, a vida vegetativa, ação imanente tem uma tríplice capacidade: nutrição, crescimento e reprodução⁵.

Assim, não há como dissociar o homem da dimensão valorativa e filosófica que o torna vivo – a sua alma, essência e espírito. Logo, a ética e o Direito também não compreenderão a vida a partir de uma limitação estritamente biológica.

Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando de ser vida para ser morte⁶.

⁵ SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética I- Fundamentos e ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 93.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 197.

Pode-se entender que, ao assegurar a inviolabilidade do direito à vida, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, imputou ao referido direito dois sentidos. O primeiro, o direito de permanecer existindo até que as causas naturais interrompam sua continuidade. O segundo, o direito de percepção de uma adequada qualidade de vida, por meio de políticas assistencialistas que visem educação, saúde, moradia e trabalho, por exemplo.

Enquanto o mais fundamental e razão pré-existente para os demais direitos constitucionais, o direito à vida enfrenta, de forma incisiva, um questionamento principal – a determinação do seu termo inicial e final. A Constituição garantiu a preservação desse direito, mas não determinou o exato momento em que se estaria diante do seu objeto de proteção – o fato *vida*.

As novas possibilidades da tecnologia, como a fertilização em laboratório e a manutenção artificial da vida, fizeram eclodir os problemas oriundos dessa indefinição, o que mostra indícios proeminentes da necessidade de refletir sobre o momento de começo e término da existência humana.

No foco das reflexões que visam construir a tutela da vida do homem, conforme entende o professor de Ética Médica da Universidade de Lisboa Daniel Serrão, no plano internacional, e mesmo no âmbito da normatividade interna, para analisar determinadas questões biomédicas, de ante mão, não se pode perder de vista a chamada pluralidade ética que

[...] pressupõe que não há valores nem juízos morais que sejam universalmente aceitos por todos os cidadãos de um país ou por todos os Estados da Organização das Nações Unidas. Os valores essenciais para a garantia da coesão social de um Estado democrático passam a ser normas jurídicas segundo a regra da maioria – seu cumprimento é obrigatório e seu descumprimento, sancionado. Todos os valores e juízos morais não contemplados no ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático estão abertos à opção livre dos cidadãos, no quadro do que se chama relativismo cultural. Como não há critérios objetivos para se poder afirmar que uma cultura é “melhor” que outra, o fundamentalismo cultural é inaceitável no plano ético⁷.

⁷ SERRÃO, Daniel. O Estatuto do Embrião. **Revista Bioética**. V. 11, n.2, 2003. Disponível em: < www.portalmédico.org.br/revista/bio11v2.htm > .Acesso em: 04 abr. 2007, p. 109-116.

Os questionamentos bioéticos que tocam o núcleo do direito à vida advêm de diferentes panoramas sócio-culturais, pertinentes aos diversos Estados. As condutas na área da Biomedicina se manifestam consoante às concepções íntimas, individuais e culturais naturalmente impregnadas de coeficientes moral e religioso, e só merecem a subsunção coercitiva do Direito quando afrontam norma jurídica.

Sólo cuando el comportamiento coherente con tales convicciones íntimas e internas es contrario a una norma jurídica imperativa, surge un enfrentamiento entre ambos, y es entonces también cuando la conciencia puede verse constreñida a manifestarse externamente, como objeción de conciencia⁸.

Assim, surge o problema da real extensão da tutela do direito à vida. Enquanto norma jurídica constitucional, não pode sofrer violação pelas práticas científicas. No entanto, salienta-se o registro de que essa própria norma não identificou os termos de início e fim do seu objeto de proteção e fez com que, de forma natural, os avanços da biotecnologia e da medicina expandissem os limites de atuação dos cientistas e/ou médicos nas suas áreas respectivas.

O conceito de direito à vida está associado ao fundamento que, sobretudo, justifica sua proteção e supremacia – o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, começa-se a perceber que a tutela almejada pela Constituição Federal de 1988 não está adstrita a uma proteção biológica, ilustrada pelo simples “respirar” do indivíduo. A dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento do Estado, se apresenta como um vetor de natureza axiológica que guia a sistemática dos direitos fundamentais do homem. Essa é a real perspectiva de proteção do referido bem jurídico que permite a reflexão sobre o surgimento de uma nova terminologia - *vida digna*.

O conteúdo do princípio da dignidade, dessa maneira, irradiará qualquer relação jurídica, seja de natureza pública ou privada. O seu papel reside, essencialmente, na necessidade de observação da primazia dos valores inerentes à pessoa humana, enquanto razão fundamental da Constituição e do Estado Democrático.

⁸ CASABONA, Carlos María Romeo. Libertad de Conciencia y actividad biomédica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.2-3.

As recentes inovações da Medicina e da biotecnologia que ensaiam tocar nas questões inerentes ao direito fundamental à vida são: a destinação dos embriões extracorpóreos excedentes ao processo de fertilização em laboratório, a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e a manutenção artificial da vida ou eutanásia.

3.1.1.1. O embrião extracorpóreo

A fertilização *in vitro* é modalidade de reprodução artificial que consiste na retirada de alguns óvulos com o objetivo de associá-los aos espermatozoides, mediante manipulação em laboratório. A quantidade dos óvulos e dos espermatozoides a ser coletada deve refletir a inclusão do risco do procedimento, pois não se teria como garantir que a associação de um óvulo a um espermatozoide configuraria a fecundação, nem que este único embrião possivelmente obtido reuniria condições para implantação no útero ou resistiria perfeitamente às influências externas. Ao final do processo, alguns dos embriões produzidos não serão implementados no útero porque excederam o número recomendado para a transferência ou não reuniram condições favoráveis para fins de reprodução (por não terem se desenvolvido normalmente ou possuírem alguma alteração genética em sua estrutura cromossômica). Assim, urge solucionar o problema do destino dos embriões remanescentes passíveis de reprodução em outro momento ou inviáveis para fins reprodutivos, pela ausência de condições que possibilitem uma gestação normal.

Diversas são as teorias que visam identificar o início da vida humana. Para a teoria concepcionista, o embrião (extracorpóreo ou não) merece o tratamento jurídico de pessoa porque a vida começa a partir da união do óvulo com o espermatozoide (instante da concepção). As teorias genético-desenvolvimentistas condicionam o início da vida ao aparecimento de fatores biológicos capazes de evidenciar a existência da individualidade humana. Portanto, não se pode falar em indivíduo enquanto inexistir diferenciação entre as células do embrião, pois, nas etapas iniciais de seu desenvolvimento, não há caracteres capazes de individuá-lo como pessoa. A teoria que trata o embrião como uma potencialidade de pessoa entende que a sua existência não configura a imediata existência de uma pessoa, mas a capacidade para se tornar tal.

Assim, agrega os riscos e peculiaridades que evidenciam a realidade de um embrião *in vitro*, conferindo-lhe autonomia e significado embrionários⁹.

Sem prejuízo das teorias que tentam disciplinar o começo da existência humana, para solucionar a problemática dos embriões extracorpóreos, insta reconhecer, novamente, o pluralismo e a diversidade que são inerentes à vida democrática¹⁰. Referendar a pluralidade, como ponto de solução para algumas questões que envolvem problemas da Bioética é uma face do Estado Democrático de Direito. Não se deve dogmatizar concepções que pertencem ao plano pessoal de cada um, sob pena de vilipêndio ao princípio da dignidade e ao próprio sentido da democracia.

A lei 11.105/2005¹¹ validou esse panorama quando condicionou a consecução das pesquisas com células-tronco em embriões excedentes ao consentimento de seus genitores. O embrião, enquanto ser potencial que é, revela também a potencialidade genética daqueles que o geraram e não parece ter plausibilidade permitir a prática da fertilização artificial e imputar a quem a ela se submeta o ônus de doar seu excedente embrionário para a reprodução de outros casais. Resguardar o consentimento dos pais para a destinação é permitir que eles decidam conforme seus valores pessoais.

Ademais, atenta-se para a oportuna e indispensável manifestação da lei no que tange à práticas eticamente condenáveis por qualquer Ordenamento Jurídico. A lei de

⁹ ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Ana Thereza Meirelles. Disciplina Jurídica da destinação do excedente embrionário da reprodução assistida. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Salvador, v. 47, 2006, p.232.

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais**: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 677.

¹¹ Dispõe o art. 5º da Lei 11.105/2005: Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos for fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – Sejam embriões inviáveis; ou II – Sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

biossegurança vetou a comercialização ou negociação onerosa de material biológico, a clonagem e a eugenia nas células germinativas humanas.

Analisando a disciplina normativa, vê-se que a Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, assegurou a inviolabilidade do direito à vida, enquanto que o Código Civil trouxe o nascimento como termo de início da personalidade civil, atributo inerente a toda pessoa humana. O embrião em estágio pré-implantatório não é pessoa, haja vista não ter nascido, nem é nascituro, porque prescinde do estado de implantado no útero.

À guisa de arremate, a disciplina trazida pela lei de biossegurança se manteve fiel ao princípio da dignidade porque permitiu que os embriões fossem submetidos às pesquisas com células-tronco somente se mostraram inviáveis para fins de reprodução ou excedentes ao número recomendado à transferência uterina. Observa-se que somente embriões obtidos por fertilização artificial podem ser destinados às pesquisas, restando vedada qualquer tentativa de produzi-los exclusivamente para esse fim.

3.1.1.2. A interrupção da gestação de feto anencéfalo

É sabido que o Código Penal tipificou o aborto como um crime contra a vida, no entanto excluiu a punibilidade dos que forem praticados quando a gravidez foi decorrente de estupro (aborto terapêutico) ou quando não houver outra forma de salvar a vida da gestante (aborto necessário). Em ambos os casos, a legislação buscou, através de um juízo valorativo, proteger os bens jurídicos – vida e sofrimento da gestante – em detrimento da vida (ou potencialidade de vida) do embrião ou do feto. Assim, ponderou os interesses e os direitos envolvidos e assegurou a tutela daquele que julgou merecer preponderância.

Cumpra o registro de que não se intenta questionar o tratamento jurídico já conferido ao aborto, mas, substancialmente, analisar a possibilidade de interrupção da gestação de um feto acéfalo, à luz dos fundamentos que concorreram para a supramencionada previsão das excludentes de punibilidade associados a outros fatores que podem justificar a antecipação do parto.

Sob o ponto de vista médico, a anencefalia ou ausência de cérebro pode ser definida como “a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico”¹². Completa-se que os postulados da ciência médica refutam qualquer possibilidade terapêutica de reversão desse quadro, o que torna a morte o destino evidente dos fetos nesta condição. Acrescenta-se, ainda, que a anencefalia tem se mostrado perigosa para a saúde da gestante, tendo em vista a grande possibilidade do óbito intra-uterino em fase de desenvolvimento já avançado.

Conforme discorrido anteriormente, a ausência de consenso científico ou filosófico a cerca do início da vida é questão de natureza ética e moral e pertence à seara pessoal dos indivíduos. Nesse sentido, o professor Luis Roberto Barroso:

Não se trata de pregar, naturalmente, um relativismo moral, mas de reconhecer a inadequação do dogmatismo onde a vida democrática exige pluralismo e diversidade. Em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas.

[...]

Relativamente à antecipação terapêutica do parto, oferece-se à gestante a faculdade de não levar a termo a gestação inviável¹³.

A decisão sobre a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos deve cingir-se à esfera da autonomia privada por não violar norma jurídica vigente. A ausência de condições normais do feto anula o discurso sobre a violação da sua vida, que, de fato, se apresenta, desde o começo, como inviável. Ademais, a exclusão da punibilidade dos abortos necessário e terapêutico já encerra a postura do legislador que transferiu à autonomia privada a decisão sobre o destino do feto anômalo. Na mesma linha, deve-se enquadrar a gestação do feto que não apresenta nenhuma condição viável de vida.

Nesse contexto, não se pode perder de vista o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo corresponde à proteção dos valores e da integridade moral dos indivíduos. Não parece legítima uma postura do Estado que impute à gestante o dever

¹² BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit*, 2006, p.677.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit*, 2006, p.677

de completar a gestação de um feto anômalo (que, notoriamente, não agrega condições nenhuma de vida) e submeter-se ao risco de uma gravidez dessa natureza. À luz da dignidade, as integridades moral e física da gestante não devem ser ameaçadas ou violadas. Ainda no âmbito constitucional, registra-se que o conflito de direitos ou bens jurídicos pode ser dizimado pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, que, no caso in voga, autorizariam a interrupção gestacional.

3.1.1.3. A manutenção artificial da vida

Ao tratar do tema da eutanásia, porém longe de esgotá-lo, é inevitável vinculá-lo ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que é a proeminente necessidade de manutenção da dignidade da vida que pode justificar a sua interrupção.

Para parte da doutrina, a eutanásia pode refutar a característica de indisponibilidade do direito à vida, por ter como fundamento a preservação do direito à dignidade, consubstanciado pela salvaguarda dos valores e concepções individuais e filosóficas, refletidas pelo modo autônomo de compreensão dos indivíduos sobre o sentido da existência humana.

Urge promover a delimitação conceitual sobre a eutanásia propriamente dita. Ela consiste na provocação da morte do paciente portador de doença incurável que padece de intenso sofrimento e possui justificativa assentada em razões de ordens moral e pessoal, motivadas por sentimentos fortes de piedade e compaixão.

O Ordenamento Jurídico do Brasil não recepcionou a possibilidade de promoção da eutanásia, ao contrário, a análise da sistematização penal vigente faz emergir a conclusão de que a sua prática pode ser enquadrada como crime de homicídio privilegiado, onde poderá incidir causa de diminuição de pena, por ter o agente cometido o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral¹⁴. No entanto, ainda sob o foco penal da matéria, é importante ressaltar a ausência de tipificação específica para a referida conduta.

¹⁴ Assim dispõe o § 1º do art. 121 do Código Penal.

A possibilidade de promoção da eutanásia merece forte reflexão no que tange à sua vedação por norma jurídica, pois, à luz do princípio da dignidade, está situada na seara das convicções morais, filosóficas, religiosas e pessoais, inerentes ao pluralismo cultural da sociedade.

O livre desenvolvimento da personalidade humana está intrinsecamente ligado à idéia de autonomia do sujeito, de âmbito de autodeterminação jurídica, pois, a liberdade é imprescindível para a materialização dos direitos da personalidade, para o livre desenvolvimento da pessoa, para sua dignidade. É necessário refletir sobre o grau de autonomia jurídica que a pessoa tem quanto ao processo de morte.

[...]

Deve-se compreender que a dignidade da pessoa humana não é um conceito objetivo, absoluto, geral, possível de ser abstraído em padrões morais de conduta e a serem impostos a todas as pessoas¹⁵.

Nesse diapasão, volta-se ao cerne da motivação principiológica da dignidade. As circunstâncias que podem primar por uma morte digna evidenciam a necessidade de relevar valores e concepções atinentes à autonomia individual que não devem ser menosprezados pelo Direito. Para cada caso concreto, há de se ponderar os motivos justificadores de uma possível interrupção da vida, que poderá encontrar legitimidade se tiver como fulcro a manutenção da dignidade humana.

5. Conclusão

As recentes descobertas da biotecnologia carecem do acompanhamento paralelo da Bioética e do Direito por tocarem, muitas vezes, no núcleo de proteção de bens jurídicos de relevância superior, como a vida e a dignidade humanas. Impende salientar que a intervenção do Direito nesta seara não deve prescindir de uma precisa ponderação dos direitos que se mostrem conflitantes, tendo como guia a salvaguarda do direito à vida e/ou da dignidade da pessoa humana.

¹⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortonásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Ano 10, n.871, 21 nov. 2005. Disponível em: < www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571>. Acesso em: 13 fev. 2007, p. 10.

Assim, não se extrai legitimidade das soluções que vilipendiem o liame traçado pelo princípio da dignidade, quanto à destinação dos embriões excedentes ao processo de reprodução artificial, à possibilidade de interrupção da gravidez de feto acéfalo e à consecução da eutanásia.

Motivado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o destino dos embriões remanescentes à fertilização *in vitro* atrela-se à manifestação de seus genitores (passível de restrições se violar disposição normativa), que podem optar por doá-los às pesquisas com células-tronco. A possibilidade de interromper a gravidez de feto anencéfalo também é decisão que deve cingir-se à seara de autonomia privada, tendo em vista a necessária proteção da integridade física, moral e psíquica dos pais, correlata ao princípio supramencionado. Quanto à eutanásia, há de se salientar a necessidade de ponderação dos direitos possivelmente conflitantes no caso concreto, a fim de que não seja sobreposto o de maior relevância.

A praxe constitucional de ponderação de princípios, direitos e interesses há sempre de ser considerada quando se mostre tendente um conflito ou colisão. As novas conquistas nas áreas biomédica e biotecnológica não podem se perder da bússola da dignidade, sob pena de carecerem da legítima razão que as tornam bem-vindas – o benefício à espécie humana.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina Jurídica da destinação do excedente embrionário da reprodução assistida. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Salvador, v.47, 2006, p.227-238.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios** Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L. de; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortonásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7571> >. Acesso em: 13 fev. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 669-708.

BRASIL, Constituição da Republica Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade mecum acadêmico de Direito**. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2004a.

BRASIL, Decreto-lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. ANGHER Anne Joyce (org.). **Vade mecum acadêmico de Direito**. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2004b.

BRASIL, Decreto n 5.591, de 22 de novembro de 2005. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm >. Acesso em: 12 de janeiro de 2007.

BRASIL, Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. ANGER Anne Joyce (org.). **Vade mecum acadêmico de Direito**. 1 ed. São Paulo: Rideel, 2004c.

BRASIL, Lei n 11.105 de 24 de março de 2005 (lei de biossegurança). Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso: em 12 de janeiro de 2007.

FABRIZ, Daury César. **Bioética e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito civil Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002. v 1.

GANTHALER, Heinrich. **O direito à vida na medicina**. Uma investigação moral e filosófica. Trad. de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SERRÃO, Daniel. Estatuto do Embrião. **Revista Bioética**. v.11, n.2, 2003, p.109-116. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/revista/bio11v2.htm> . Acesso em: 03 abr. 2007.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética I- Fundamentos e ética biomédica**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito**: a nova fronteira dos direitos humanos. São Paulo: Ltr, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direito e Medicina** Aspectos jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil** Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito Civil Introdução e Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.