

Advocacia Popular: a busca pelo respeito a direitos e os desafios legislativos

Luis Emmanuel Barbosa
da Cunha (Organizador)



2010

Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares

Expediente

GAJOP (Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares)

Coordenação Executiva do GAJOP

Ana Célia Lima. Administradora de empresas.

Manoel Severino Moraes de Almeida, cientista social

Contatos

GAJOP - Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares

ONG com Status Consultivo Especial perante o Conselho Econômico e Social da ONU.

Rua do Sossego, 432, Boa Vista, CEP 50.050-080 – Recife – Pernambuco – Brasil

Fone/Fax: 55 (81) 3421-1149 / 55 (81) 3092-5252

E-mail: gajopdh@uol.com.br

Skype: [gajopdh](https://www.skype.com/name/gajopdh)

Site: www.gajop.org.br

Site monitoramento: www.monitoramentodhi.org

A244 Advocacia popular: a busca pelo respeito a direitos e os desafios
legislativos./ Luis Emmanuel B. da Cunha, org. [et al.].

Recife:

DHI – GAJOP, 2010. (Projeto Monitoramento
Internacional)
181p.; 21cm

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-63518-01-9

1. Direitos Humanos 2. Estado 3. Judiciário 4. Sistema
Interamericano I. Cunha, Luiz Emmanuel B. da. II. Borges, Antonia
C. III. Viegas, Daniel P. IV. Pontes, Jairo R. V. Santos, Judith K. C.
VI. Teixeira, Magda M. G. VII. Silva, Rodrigo M. VIII. Silva,
Sarlete M. IX. Título

CDU 342.7

CDD 341.481



Todos vivemos no tempo e no espaço, nos quais se projeta nossa obra, produto de nosso espírito. O tempo, mistério maior da existência humana, é implacável. Mas nossa obra, que também sente seus efeitos, talvez nos sobreviva, na medida em que capte as atenções dos estudiosos das novas gerações, (...).

Cançado Trindade, In *O Direito Internacional em um mundo em transformação*.

As palavras do Professor Cançado Trindade são uma provocação à reflexão e, ao mesmo tempo, um desafio à observação, à criatividade e à superação para qualquer pessoa que se lance no mais variados cenários da vida em sociedade.

Especialmente na ciência, a identificação de uma problematização exige tempo, paciência e análise sobre o objeto pesquisado. A honestidade no trato das premissas e das hipóteses demonstra quão grande será a contribuição do cientista para sua geração e para as vindouras.

Especialmente também na rotina forense, o operador do direito se vê obrigado a ler, a reler, a interpretar, a reinterpretar, a se superar em relação à norma jurídica, o seu ponto de partida.

Esta publicação eletrônica *Advocacia Popular: a busca pelo respeito a direitos e os desafios legislativos* demonstra um pouco disso, que está em cada militante de direitos humanos. A ciência e o direito em favor da dignidade humana. Essa afirmação norteou o curso para advogados populares sobre acesso aos sistemas internacionais de promoção e de proteção aos direitos humanos, curso esse realizado pelo Programa DHI do GAJOP em 2004.

O Programa DHI procura se reinventar permanentemente. Esse processo de reinvenção está pautado pelo princípio acima citado: *a ciência e o direito em favor da dignidade humana*.

Luis Emmanuel Barbosa da Cunha
GAJOP/DHI
Recife, setembro de 2010.

Sumário

1. Antonia Cavalcanti Borges	
a. Responsabilidade civil do Estado em danos morais e sua valoração.....	05
2. Daniel Pinheiro Viégas	
a. O Estado-Nação e o multiculturalismo.....	16
b. Sem terra: da identidade camponesa a patrimônio cultural da sociedade.....	36
3. Jairo Rocha Ximenes Ponte	
a. Trabalho Infante-Juvenil: polêmicas e senso comum.....	44
b. A responsabilidade do Estado-cuidador na medida de proteção de abrigo.....	54
4. Judith Karine Cavalcanti Santos	
a. À sobra do Judiciário brasileiro.....	87
5. Luis Emmanuel Barbosa da Cunha	
a. A incorporação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sob o olhar do Projeto de Lei 4.667/2004.....	105
6. Magda Márcia Gonçalves Teixeira	
a. Direito à moradia e ação civil pública.....	121
7. Rodrigo Medeiros Silva	
a. A Competência comum entre o Ministério Público Federal e o Estadual em relação à escassez de Merenda Escolar- A falta de Merenda Escolar no Município de Itaitinga-CE, em 2003 e 2004.....	136
8. Sarlete Maria da Silva	
a. Direito, homossexualidade e direitos humanos.....	161

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM DANOS MORAIS E SUA VALORAÇÃO

Antonia Cavalcanti Borges¹

A responsabilidade civil do estado em danos morais e sua valoração é um tema complexo, porém faremos o possível de apresentar algumas jurisprudências que possam destacar a responsabilidade civil do Estado em danos morais, evidenciando a sua valoração, a qual tem dificultado nas ações ajuizadas, violando os direitos humanos.

Há no ordenamento jurídico pátrio, diversos dispositivos que prevêm a reparação dos danos morais, dentre eles, os incisos V e X do art. 5º da Carta Magna.

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de uma violação;

Destas lições, como também do que diz o artigo 186 do Código Civil Pátrio, pode-se entender a veemente necessidade de reparar o dano sofrido pela vítima:

Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Nesse prisma o Ministro Octávio Gallioti, em voto proferido no RE nº 109.233-5, lembrou ao analisar o art. 159 do Código Civil de 1916, que ainda permanece harmônica com o atual Código Civil: “A Justiça não pode negar-lhe a indenização pleiteada a título de dano moral, pois isso sem dúvida constituiria a inteira ausência de prestação jurisdicional no que tange à correta aplicação do disposto no seu artigo 159 do Código Civil”.

1 Advogada e educadora popular do Centro das Mulheres da Vitória, localizado na cidade da Vitória de Santo Antão, estado de Pernambuco, acompanha os casos de violação “paraplegia permanente” e “trauma vaginal e anal” ocasionado por erro médico nas vítimas: Márcia Sebastião da Silva e Cláudia do Carmo da Silva. E-mail: antonia.lua@ig.com.br

O ilustre Yussef Said Cabali menciona sobre o tema que:

Parece mais razoável assim, caracterizar o dano moral pelo seus próprios elementos; portanto, com a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos .

E se classificando, assim, em dano que afeta a parte do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc) e dano que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc) e dano moral puro (dor, tristeza, etc).²

Os danos morais são danos como os demais, portanto, suscetível de reparação. Assim como, os que venham a ter reflexos no patrimônio da vítima. A personalidade é valor subjetivo, bem patrimonial-não-material, a merecer a pronta e imediata proteção do mecanismo estatal.

É óbvio que não se pode avaliar peculiarmente a dor, o que é certo porque não se faz esta avaliação, mas a avaliação da repercussão de lesão sofrida. E este posicionamento é expresso pelo Emérito Pedro Lessa citado pelo jurista Augusto Zenum:

(...) certamente, com o dinheiro não se recuperam a vida de um extinto, nem a saúde perdida, nem os prazeres da amizade mutilados, nem as gratas recordações desfeitas... Se o dom do moral não se pode compensar completamente, por não haver preço suficiente que o pague, indenizem-se ao menos no limite do possível-se uma soma, dando que, se não é um perfeito ressarcimento, representa, todavia, aquela compensação que comportam as forças humanas.³

Em determinados casos os valores e princípios da vítima são extremamente abalados, havendo, portanto, um prejuízo moral, atingindo diretamente a própria personalidade da vítima, a sua honra, a sua liberdade, as suas afeições. Em conseqüência da agressão sofrida pode efetivamente comprometer tanto o seu estado psicológico, como o fisiológico, podendo inclusive causar danos irreparáveis.

A responsabilidade é o dever jurídico imposto a cada um, de responder por ação ou omissão imputável, que importem em lesão do direito de outrem protegido por lei. A responsabilidade consiste na obrigação que tem cada um de responder pelos atos que pratica. Seu elemento indispensável é o dano ou prejuízo que resulta da causa e que ao direito cumpre apurar. Este dano é a descompensação ou o desequilíbrio, quer patrimonial, quer moral, sofrido por sujeito de direito, em virtude de ato ou fato gerado por alguém, infringindo norma jurídica.

2 Dano e Indenização, ed. 1980, p.7

3 Revista Forense, vol XXIV, p. 75;
Dano Moral e sua Reparação, 2ª ed. Forense, 1994, p. 106.

Precipuaente é imprescindível considerar o entendimento formado na doutrina sobre o que se entende por Responsabilidade Civil. Para tanto, é de grande relevância, como também é bastante elucidativa, a definição de Responsabilidade Civil do insigne jurista francês Savatier que seria “Obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por um fato seu, ou pelo fato das pessoas ou das coisas dependentes dele”.⁴

Como o caso concreto trata de Ato Praticado pelo Estado, através de seus entes, estamos diante de uma responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado, que como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello,

é a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.⁵

A personalidade do indivíduo é o reservatório de bens de ideais que impulsionam o ser humano ao trabalho e a criatividade. As ofensas a esses bens e materiais, redundam em dano extrapatrimonial, suscetível de reparação. Afinal, as ofensas a esses bens causam sempre no seu titular, aflições, desgostos e mágoas que interferem grandemente no seu cotidiano.

Observe-se que para caracterizar o direito em ser indenizado pelos danos sofrido, será essencial demonstrar: (1) a responsabilidade objetiva do Estado diante do ato praticado por seu servidor; (2) o nexu causal entre o ato e os danos materiais e morais sofridos; (3) a quantificação dos prejuízos morais e materiais suportados pelo demandante.

De acordo com o que determina o Art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, o Ordenamento Jurídico brasileiro adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, bastando que seja demonstrado o dano causado, a prestação de serviço pelo Estado e o nexu causal entre ambos, como se verifica na transcrição abaixo:

Art. 37, parágrafo 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurados o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Estado é uma pessoa jurídica e, como tal, não possui vontade nem ação próprias, o que se manifesta através das pessoas físicas, que atuam na condição de seus agentes. Assim, a relação entre a

4 *Traité de la Responsabilité Civile*, vol. I, nº 1;

5 *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed. P. 799;

vontade e a ação do Estado e de seus agentes é a imputação direta dos atos dos agentes ao Estado, por isso tal relação é orgânica e, portanto, de responsabilidade direta e objetiva, todavia, deve sempre estar em função de garantir o bem estar de toda sociedade, fazendo cumprir as leis existentes na Constituição e em especial aos Direitos Humanos e cidadania.

Compatibilizando-se com o comando constitucional conferido ao tema, o Código Civil Brasileiro em seu art. 43, também responsabiliza objetivamente a pessoa jurídica de direito público por atos ilegais e danosos cometidos por seus agentes:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causarem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Sendo assim, a responsabilização civil do Estado objetiva, ele é obrigado a indenizar em razão do procedimento ilícito de seu agente público que produziu uma lesão em sua esfera juridicamente protegida, por essa razão os casos de danos físico e moral deve ser tratado com maior respeito e rapidez, possibilitando aos indivíduos a recuperação total ou parcial dos danos que sofreram.

Os danos morais são danos como os demais, portanto, suscetíveis de reparação. Assim como, os que venham a ter reflexos no patrimônio da vítima. A personalidade é valor subjetivo, bem patrimonial-não-material, a merecer a pronta e imediata proteção do mecanismo estatal.

Evidentemente não se pode avaliar, pecuniariamente a dor, o que é certo por que não se faz esta avaliação, mas a avaliação da recuperação da lesão sofrida, para, ao depois, coaduná-la a uma condenação.

Carlos Alberto Bittar, leciona que:

a reparação de danos morais exerce função diversa daquela dos danos materiais. Enquanto estes se voltam para a recomposição do patrimônio ofendido, através da aplicação da fórmula 'danos emergentes e lucros cessantes' (Código Civil de 1916, art. 1.059), aqueles procuram oferecer compensação ao lesado, para atenuação do sofrimento havido. De outra parte, quanto ao lesante, objetiva a reparação impingir-lhe sanção, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.⁶

Para Yussef Said Cahali:

o direito moderno já não mais se compadece com as filigranas dogmáticas que obstam à proteção mais eficaz da pessoa como ser moral, agora cada vez mais ameaçada em

6 Reparação Civil por Danos Morais: A Questão da Fixação do Valor, Caderno de Doutrina, Tribuna da Magistratura, julho 1996, p.35.

sua integridade corporal e psíquica, no flagelo de interesses que a competitiva luta pela vida propicia". E se perfilha ao entendimento de que "a responsabilidade civil do Estado compreende a reparação não apenas do dano patrimonial como igualmente do dano moral.

Assim sendo, como qualquer sujeito titular de direitos e de deveres, a Pessoa Jurídica de Direito Público ou Privado, na hipótese de causar lesões que venham a violar direitos de outrem, esta obrigada a lhe reparar civilmente os prejuízos sofridos, uma vez que, o Estado brasileiro, de acordo com a Constituição Federal é regido pelo princípio da igualdade de todos perante a lei, igualdade esta quebrada e violada com o comportamento danoso do Estado.

Reforçando a presença da responsabilidade objetiva do Estado, encontramos os ensinamentos doutrinários e jurisprudências abaixo transcritas:

Havendo dano e nexo causal, o Estado será responsabilizado patrimonialmente, desde que provado a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica pública, fonte da descomposição ocorrida.⁷

Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes, basta a lesão, sem o concurso do lesado.⁸

O Estado é responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, devendo a indenização cobrir danos morais e materiais.⁹

Responsabilidade Civil – Danos produzidos por agentes públicos – Teoria do Risco Administrativo – A prova do dano causado pelo agente e os danos caracterizam a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público.¹⁰

É absoluta a responsabilidade das pessoas de direito público interno pela reparação dos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.¹¹

Na ação de ressarcimento com fundamento na responsabilidade objetiva prevista no art. 107 da Carta Magna (atual art. 37, parágrafo 6º) basta ao autor a demonstração do nexos etiológico entre o fato lesivo (comissivo e omissivo) imputável a Administração Pública e o dano de que se queixa. Presumida a culpa do agente, opera-se a inversão do ônus probatório com vistas à eventual exclusão de responsabilidade, cabendo, por isso, à entidade pública provar que o evento danoso ocorreu por culpa exclusiva da vítima.¹²

Se o funcionário público causa danos a outrem, com violação de direito, cabe a Fazenda do Estado reparar a lesão patrimonial, na esfera da responsabilidade civil, regida pelo princípio da responsabilidade objetiva, que independe de prova de culpa.¹³

7 JUNIOR, Cretella. O Estado e a Obrigação de Indenizar. São Paulo, 1980, p. 105

8 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 21ª ed. Ed. Malheiros, São Paulo, 1996, p. 561 a 564

9 STJ. 2ª T – Resp. Rel. Itamar Galvão – j19.09.90 – RSTJ 33/533

10 STJ 1ª T – Resp. – Rel. Garcia Vieira – j 18.10.93 – RSTJ 58/396

11 TARS – 1ª C. – Ap. – RT 454/252)

12 1ª - TACSP – 2ª C. – Ap. – Rel. Álvaro Lazzarini – RT 567/106.

13 TJSP – 5ª C. – Ap. – Rel. Márcio Bonilha – RT 601/107

Assim, restando demonstrada incidência, no caso concreto, da responsabilidade objetiva do Estado, a vítima provará a existência dos danos e a sua vinculação direta à atividade estatal.

Além do entendimento da jurisprudência exposto anteriormente, podemos citar a responsabilidade objetiva do Estado, acerca do erro médico, que vem acarretando inúmeros ajuizamentos de ações:

200954 - RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO - ESTAGIÁRIO - Culpa do médico responsável pelo parto. Convênio. Responsabilidade objetiva do hospital e do INAMPS. Tendo o médico atribuído ao estagiário, estudante de medicina, ato privativo seu e sem os necessários cuidados, vindo a causar danos à parturiente, em decorrência do mau uso do instrumento médico-cirúrgico, configura-se ato culposo, por negligência e falta dos cuidados objetivos ou do zelo profissional necessário. Sendo o médico e o estagiário integrantes do corpo clínico do hospital e as guias de internamento hospitalar expedidas pelo INAMPS, em nome e sob a responsabilidade do hospital, este responde objetivamente pelos danos em decorrência de falta de serviço. Embora seja o médico culpado integrante do hospital e utilizando-se de seu aparelhamento para a prestação de atendimento aos pacientes, como profissional autônomo, sem credenciamento, pois quem era credenciado era o hospital, a autarquia previdenciária também é responsável pela má escolha das entidades de prestação de assistência médica, pois esta seria atribuição primária do próprio INAMPS em virtude do contrato configurado no seguro de assistência aos contribuintes da Previdência Social. Condenação solidária do médico, que delegou ato de sua atribuição ao estagiário e estudante de medicina, do hospital, de que eram integrantes o médico e o estagiário, e do INAMPS, pelos danos que o erro médico causou à parturiente. Os honorários advocatícios devem ser reduzidos a 15%, por ser a autora beneficiária de assistência judiciária gratuita, conforme lei específica (Lei 1.060/50, art. 11).¹⁴

200971 - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - OPERAÇÃO CIRÚRGICA - ACIDENTE ANESTÉSICO - INCAPACIDADE PERMANENTE - INDENIZAÇÃO - PENSÃO VITALÍCIA - 1. Responde a autarquia pelo dano causado por médico-anestesiologista de seu hospital, que aplicando anestesia raquidiana causa ao sistema locomotor da paciente, sem que tivesse havido interferência de causa estranha (força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima). 2. Pensão vitalícia de um salário mínimo mensal. 3. Juros de mora de 6% a.a., a partir da citação.¹⁵

“201042 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - INFECÇÃO HOSPITALAR - SINAIS MENÍNGEOS ANTES DE ALTA HOSPITALAR - Há culpa in vigilando, quando se dá alta a indivíduo submetido à cirurgia, dentro do período previsto de grande risco. A alta precoce constitui responsabilidade objetiva do hospital, se o paciente apresenta sinais meníngeos no período pós-operatório. A seqüela da meningite tardiamente tratada é de responsabilidade do hospital, se o início da incubação se deu no leito hospitalar.

14 TRF 1ª R. - AC 89.01.221268 - MG - 3ª T. - Rel. Juiz Vicente Leal - DJU 22.10.1990) (RJ 159/149

15 TRF 1ª R. - AC 92.01.32316-6 - MG - 3ª T. - Rel. Juiz Tourinho Neto - DJU 11.03.1993) (RJ 188/100

Mantém-se voto singular, que nega provimento ao recurso de apelação, admitindo a responsabilidade objetiva do Estado.¹⁶

No que tange aos danos morais, estes vão além da compensação patrimonial, entretanto a reserva financeira paga pelo Estado a título de indenização possibilitará um pequeno alento a tão grande sofrimento, todavia quando um ser humano considerado normal, após uma cirurgia sofre danos físicos que em muitos casos irreparáveis, tendo além a conseqüência psicológica do abandono e de deixar de realizar as atividades anteriormente feitas, mesmo quando indenizada não resolve, portanto, é necessário que a lei seja aplicada com mais rigor e eficácia.

A ameaça ou lesão dos direitos pode resultar prejuízo econômico ou moral, e o interesse de agir será econômico ou moral, conforme a natureza do prejuízo. Portanto, havendo prejuízo moral é porque ocorreu dano, onde este é resultado de toda e qualquer lesão ocorrida em nosso patrimônio, e todo ele deve ser objeto de reparação. O professor José de Aguiar Dias, citado por Clayton Reis elucida tal questão defendendo que:

O dano é dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil; a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando, a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente, não concretizar-se onde nada há que reparar.¹⁷

A responsabilidade é o dever jurídico imposto a cada um, de responder por ação ou omissão imputável, que importem em lesão do direito de outrem, protegido pela lei. Conforme se constata, a responsabilidade civil consiste na obrigação que tem cada um de responder pelos atos que pratica. Seu elemento indispensável é o dano ou prejuízo que resulta da causa e que ao direito cumpre apurar. Este dano é a descompensação ou desequilíbrio, quer patrimonial, quer moral, sofrido por sujeito de direito, em virtude de ato ou fato gerado por alguém, infringindo norma jurídica.

Sem qualquer pretensão de ditarmos valores que quantifiquem a reparação dos danos efetivamente causados a vítima, os quais deverão ser apurados em liquidação de Sentença, com o auxílio de peritos médicos e contábeis, limitamo-nos a pleitear que essa quantificação leve em conta todos os detalhes que envolvem uma questão tão delicada, acreditamos que o Doutor Julgador saberá considerar ainda aqueles tópicos ocasionalmente admitidos ao arbitrar o valor da indenização, como sendo a mais

16 TJDF - EIC/APC 17.549 - DF - Reg. Ac. 63.647 - 1ª C. - Rel. p/o Ac Des. João Mariosa - DJU 19.05.1993) (RJ 190/105

17 Dano Moral, 2ª ed., Forense, 1992, p. 42

abrangente possível, como forma de minimizar o sofrimento experimentado pela vítima e seus familiares, julgando ao final procedente a demanda apresentada em todos os seus termos.

Conforme Maria Helena Diniz:

É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do âmbito de ofender, culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral, o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável.

O abalo psicológico, a sensação desagradável de ter um bem perdido não desaparece totalmente com a devolução do bem e, ainda que seja moralmente reparado não terão as vítimas plena reparação integral do dano sofrido. Sobre o assunto, o ilustre Ronaldo Alves de Andrade, define que:

O dano moral decorre de ofensa a direito da personalidade e afere a extensão do dano não se confunde com sua ocorrência. A extensão do dano serve tão somente para aferir o valor do dano sofrido pela vítima. Assim, por menor que seja a ofensa a direito da personalidade, a consequência para o lesionador será a indenização do dano moral decorrente da lesão. Assim, se uma pessoa sofreu um pequeno corte em sua mão, indenizada pelo dano moral, proporcionalmente ao dano experimentado. Nessa hipótese, receberá, a toda evidência indenização inferior a quem também sofrer lesão corporal da qual resultou a perda de uma perna.¹⁸

Ante a inexistência de critérios legais objetivos para a fixação do valor do dano moral, a valoração da indenização ficará ao prudente arbítrio do Juiz, sendo este arbítrio entendido como o poder-dever do Juiz fixar o valor do dano moral, declarando os critérios e motivos por ele utilizados para obter o valor da indenização, enfim, devendo valorar o dano em consonância com o princípio do livre convencimento racional. Todavia, a fixação do valor do dano moral não requer conhecimento técnico específico e, portanto a nomeação de perito ou *exper* se faz totalmente inútil, inclusive pelo risco do Juiz transferir para o suposto perito o arbitramento que lhe cabe, substituindo o seu arbitramento pelo do perito.

Ainda, em voto proferido pelo Ministro Barros Monteiro, mesmo cita o Professor Irineu Antonio Pedrotti, sobre a seguinte afirmativa:

O Juiz, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma de livre e consciente, à luz das provas que forem produtivas. Verificará as condições das partes, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade de culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que

costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu.

O emitente jurista Walter Moraes, sobre a avaliação do dano moral, afirma:

O dano moral não se avalia mediante cálculo matemático – econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação – como se tem feito às vezes – porque tal cálculo já seria a busca exatamente *dominus* ou do detrimento patrimonial, ainda que por aproximativa estimação. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização que dano propriamente dito. Trata-se, então, de uma estimação prudencial, que não dispensa sensibilidade para as coisas da dor e da alegria, para os estados d’alma humana, e que destarte deve ser feita pelo mesmo juiz ou, quando muito, por outro jurista, inútil sempre por em ação a calculadora do economista ou do técnico em contas.¹⁹

Rui Stoco, em sua obra Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisdicional, assevera que “a composição do dano moral causado pela dor, ou o encontro do *pretium doloris* há de representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica e uma compensação pela perda de um bem insubstituível”.

Nesse sentido, o ilustre jurista Brebbia, assinala alguns elementos que se devem levar em consideração para a fixação do reparo:

a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima (situação familiar e social, reputação), a gravidade da falta (conquanto não se trate de pena, a gravidade e mesmo a culpa da ação implica a gravidade da lesão), a personalidade (as condições) do autor do ilícito.²⁰

Mediante as ilustrações observa-se claramente a responsabilidade civil do Estado e conseqüentemente apesar da valoração ser complexa, necessita de uma apreciação profunda no contexto de cada caso, devendo o fator da dor ser considerada, uma vez que o sofrimento é um sentimento e como todos os sentimentos incompartilháveis, fechado no casulo do ser, quem melhor do que ele próprio para estabelecer o quantum a que faz jus? E tudo isto contribui para que possa ser aplicada a justiça, respeitando os direitos humanos garantidos constitucionalmente, expressado por Hildegano Taggesel Giostini: “respeito ao direito constitucional do cidadão, que prevê serem invioláveis a sua honra e a sua imagem, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.²¹

Enfocando os casos acompanhados no Curso de Direitos Humanos para Advogadas/os Populares, houve o destacamento jurisprudencial exposto, na elaboração processual que na realidade feriram os

19 RT 650/66.

20 El Dano Moral, p. 19

21 Erro Médico a Luz da Jurisprudência Comentada, p. 297

direitos humanos e especialmente a dignidade humana. Entretanto se faz necessário ressaltar o envolvimento advocatício como advogada popular que juridicamente é um diferencial a partir do atendimento individual ao acompanhamento processual, que contribui para uma mudança social e inclusive juridicamente.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Crimeia Alice Schimidt de; TAVARES, Daniela; TELES, Maria Amélia de Almeida; RODRIGUES, Maria José; NAJAR, Márcia Regina Novaes; MAGALHÃES, Simone Carvalho; silva, Simone Cristina; GONZAGA, Terezinha de Oliveira. **Manual de Direitos das Mulheres**. São Paulo, 2005.

ALVES, Lindgren J. A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Dano moral à pessoa e sua valoração**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Direitos e sociedade no Oriente Antigo. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos da História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense/UNESP, 1986 (1979).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

CABALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, Ivo. **Ciência política**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

FARIA, Nalva e NOBRE, Miriam. **Gênero e desigualdade**. São Paulo: Sempre Viva Organização Feminina, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GIOSTINI, Hildegato Taggesel. **Erro médico à luz da jurisprudência comentada**. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

GOUVEIA, Taciana e CAMURÇA, Sílvia. **O que é Gênero**. Recife: Editoração eletrônica, 1999.

LIMA, Alceu Amoroso. **Os direitos do homem e o homem sem direitos**. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito, justiça e utopia**. Rio de Janeiro: Coleção Seminários nº 9, FASE, 1988.

MELLO Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

NELSON, Saldanha. **O Estado**. Brasília, Curso de Introdução a Ciência Política. Universidade de Brasília, v. IV, 1979.

OLIVEIRA, Ana Maria Francisca de; FREITAS, Angélica Teixeira de e RIBEIRO, Mariska. **Vida de mulher**. Brasília: Ministério da Saúde, 1986.

REIS, Clayton. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SAHID, Maluf. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1991.

SILVA, Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

TRINDADE, Augusto A. Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

O ESTADO-NAÇÃO E O MULTICULTURALISMO

Daniel Pinheiro Viegas²²

I - INTRODUÇÃO

O presente artigo é o resultado de reflexões e estudos realizados a partir do Curso de Formação em Direitos Humanos para Advogados Populares, promovido pelo Gabinete de Assessoria Jurídica Popular - GAJOP e pela Fundação FORD, entre fevereiro de 2004 e março de 2005.

Assim, dentro das limitações formais que são impostas na produção desse tipo de trabalho, busca-se nele debater a formação do Estado Monista, que ainda tem forte presença na atual cultura jurídica brasileira, em contraposição ao multiculturalismo social, que revela a fragilidade do primeiro e exige mudanças.

Para tanto, com a observação de elementos históricos e filosóficos, pretende-se analisar as conseqüências desse conflito nas comunidades étnicas presentes no Nordeste do Brasil, sobretudo os povos indígenas e comunidades remanescentes de quilombos em Pernambuco, tendo como ponto de partida a vivência do exercício da advocacia na defesa dessas minorias.

Destarte, este artigo se propõe a demonstrar a inadequação do Modelo Monista, em que uma cultura e tradição hegemônicas detêm o domínio político do Estado, obrigando a todos os demais sucumbirem aos seus ditames e se incorporarem a esses padrões, abandonando suas identidades étnicas de originárias.

Assim, esse estudo tem o pretensioso escopo de apontar alternativas a esse modelo, as quais já se fazem presente, positivadas no sistema judiciário brasileiro e podem de imediato garantir a manutenção do multiculturalismo nacional, com a convivência harmônica entre os povos, igualdade de direitos, políticas públicas e desenvolvimento específico para cada comunidade, evitando-se que determinada cultura, se apropriando do Estado, o faça instrumento de imposição de seus valores.

22 Assessor Jurídico da Comissão Pastoral da Terra – CPT, do Conselho Indigenista Missionário – CIMI e advogado de indígenas e trabalhadores rurais no Estado de Pernambuco.

II - O MODELO MONISTA DE ESTADO-NAÇÃO

A concepção do modelo Monista de Estado nasceu na Europa. Na primeira metade do século XVIII, houve na França um período de desenvolvimento econômico, com aumento da produção agrícola e da produção manufatureira, período em que também surgiram as primeiras indústrias de ferro e de carvão, havendo um crescimento significativo do comércio internacional.

Até então, a sociedade era dominada por uma minoria formada pelo Alto Clero da Igreja Católica e pela Alta Nobreza, todavia iniciava-se uma acumulação financeira dos Burgueses, uma classe de comerciantes que conseguiram diversificar suas atividades e ampliar seus lucros, porém, continuavam às margens das decisões políticas do Estado absolutista, dominado pela aristocracia²³.

Nesse período, houve uma expansão econômica, da qual decorreu uma alta dos preços, que afetou a todos, principalmente a nobreza, sustentada pelas tributações. Essa carestia fez com que a aristocracia aumentasse o nível de exploração sobre os camponeses, criando novos tributos e obrigações, além de ocupar todos os cargos e postos administrativos do Estado, da Igreja e do Exército, impedindo a ascensão social e política da alta Burguesia financeira.

Conseqüentemente, cresceram as críticas aos fundamentos do Regime Absolutista pela Burguesia que se lastreavam nas idéias dos filósofos iluministas como Montesquieu, Diderot e Rousseau, os quais defendiam a igualdade de todos perante a lei, a tolerância religiosa e a livre expressão do pensamento, em contraposição à sociedade de ordens e de privilégios do Antigo Regime.

Economistas, como François Quesnay e Adam Smith, propuseram o fim do Mercantilismo e a adoção de uma política econômica liberal, sem a intervenção do Estado na produção e na circulação das mercadorias. Influenciada pelo Iluminismo, a burguesia reclamava igualdade jurídica com a aristocracia e liberdade individual de empreendimento e de lucro²⁴.

Assim, a construção jurídica conceitual que serviu de base para o avanço da Burguesia ao Poder e sua manutenção subsequente, tinha pelo menos duas colunas conceituais centrais : a primeira era o direito de propriedade, que foi fundamentada pelo pensamento filosófico liberal e recepcionado pela dogmática jurídica por meio do desenvolvimento da teoria dos direitos reais, que sistematizou o conceito de propriedade, concebendo-o como um direito subjetivo patrimonial, conferiu-lhe o status de

23 AQUINO, Rubim Santos Leão, **História da Sociedade: Das Sociedades Modernas Atuais** [et. al] – 32ª ed. e atualizada. – Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1995, p. 111

24 AQUINO, Rubim Santos Leão, Op.Cit. p.112

um direito natural positivo²⁵; a outra foi o conceito de Estado associado a idéia de uma nação politicamente organizada, entrelaçando os conceitos de Estado e de Nação, o que objetivava subverter as monarquias européias, que já não atendiam aos seus interesses mercantilistas burgueses, contando com uma grande adesão popular, já que a idéia de nação tinha grande apelo emotivo.

Com isso, a Burguesia legitimou suas lideranças junto às camadas populares, formadas pela massa de artesãos, aprendizes, lojistas, biscateiros e desempregados, que por sua vez, absorveram o conceito artificialmente criado de nação, aceitando um denominador sócio-cultural comum para legitimar uma homogeneidade fictícia, com a dominação de uma etnia sobre as demais, formando a base social adequada à obrigação política geral e universal exigida pelo Estado, auto-designado assim como Estado-Nação.²⁶

Todavia, apesar da população mais pobre da sociedade respaldar o poder político assumido pela classe Burguesa, eles continuaram excluídos da participação nesse poder, sendo ignorados e ocultados, apesar das mobilizações presentes na Guerra da Independência americana, aumentadas pela Revolução Francesa e prolongadas pelos levantes de 1848.

O que se observa é que esse esquecimento foi uma consequência necessária desse processo histórico orientado pelos filósofos liberais, em suas construções teóricas da idéia de nação, marcadamente presente nas teses dos iluministas franceses e dos filósofos alemães desse período.

Para o pensamento francês, produto do Iluminismo, a nação era a figura central da política porque era a fonte de toda legitimidade, mas também exclusiva de qualquer outra inserção, pois estava fundada na adesão voluntária, no suposto contrato livremente consentido. Nas palavras do abade Sieyès em “Qu’est-ce que le Tiers état ?”, “um corpo de associados vivendo sob uma lei comum e representado pelo mesmo legislador”²⁷. Assim, tinha-se nessa definição, estritamente jurídica, a exclusão da esfera política da presença de qualquer forma de minoria.

Os alemães, por sua vez, se opuseram a essa noção de nação, fundada no livre consentimento dos cidadãos, com uma outra concepção tirada do pertencimento a uma comunidade orgânica, dotada de um espírito coletivo, o chamado *Volksgeist*. Assim, apesar de contra o universalismo dos Iluministas e

25 CHEMERIS, Ivan. **A função social da propriedade: o papel do Judiciário diante das invasões de terras**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 27.

26 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade** – 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 142.

27 POUMARÈDE, Jacques. [et. al] *apud* ROULAND, Norbert (org). **Direito das Minorias e dos Autóctones**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004, p. 95.

as abstrações racionalistas dos revolucionários franceses, o pensamento alemão produziu uma outra representação da nação enraizada em uma história, em cultura e língua comuns, mas também, totalmente refratária à presença de fenômenos minoritários.²⁸

Relevante citar Emmanuel Kant, que através da sua filosofia do sujeito, defendia a idéia de que o mundo se constitui como o conjunto dos objetos da experiência possível. Assim, a sua razão se opera através do conceito, subsumindo o real às suas próprias categorias, que lhe são dadas aprioristicamente²⁹. Ou seja, se observar um determinado objeto, o apreende e o classifica a partir desses modelos preexistentes.

Com efeito, é inerente à dinâmica desta razão a identidade, que possibilita a unidade, que levam as grandes sínteses homogeneizadoras. Em conseqüência, o conhecimento científico postulado é aquele que opera causalmente, aspirando à formulação de leis, à luz de regularidades observadas. É o método científico que se assenta na redução da complexidade³⁰.

Dessa maneira, diante dos pressupostos epistemológicos e das regras metodológicas criadas e que passaram a ser encarados como o único caminho possível, a ordem passa a ser a forma hegemônica de saber, tendo como contra-face o caos, tido como a forma hegemônica da ignorância³¹. Assim, os sujeitos, como sugere a própria etimologia da palavra, devem se sujeitar a absorver o método que lhe é imposto de conhecer a realidade, sendo levado a negação da subjetividade do outro, por não corresponder a nenhuma das subjetividades hegemônicas em construção na idade contemporânea, que era o indivíduo e o Estado³², isto é, se o sujeito não está identificado nos padrões impostos ou no Estado posto, ele está fora do contexto, devendo ser ignorado até que seja integrado, aceitando a maneira hegemônica de conduta, ocorrendo uma verdadeira descontextualização de suas identidades.

Exemplo bastante ilustrativo desse pensamento, apesar de ser de um período histórico anterior, é o debate entre Juan de Sepúlveda com Bartolomeu de Las Casas, acerca dos povos encontrados no “Novo Mundo”, quando aquele afirma que o outro não é um verdadeiro indivíduo porque o seu comportamento se desvia abruptamente das normas da fé e do mercado. Ou seja, eles não detinham a subjetividade estatal, porque não conheciam a idéia do Estado, nem a de lei e viviam

28 Idem. Ibidem.

29 PEREIRA, Débora Duprat de B., O Estado Pluriétnico. [et. al] *apud* BARROS-HOFFMAN, Maria. **Além da Tutela, bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria / LACED, 2002, p. 41.

30 Idem. Ibidem.

31 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente Contra o Desperdício da Experiência**, Vol. I, São Paulo: Cortez, 2000, p. 79

32 SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit., 2005, p. 139

segundo normas comunitárias, pejorativamente designadas por bandos, tribos, hordas, que não se coadunavam nem com a subjetividade estatal, nem com a subjetividade individual³³.

De acordo com a professora Débora Duprat

a primeira manifestação de cumplicidade entre a ciência moderna e o direito moderno inicia-se com a sistematização e racionalização do jusnaturalismo, culminando com o movimento codificador do século XIX e o positivismo jurídico que o acompanhou, que importou no abandono da retórica e a sua substituição pela dogmática. O direito assim concebido segue o modelo mecanicista das ciências naturais, reconstruindo abstratamente a ordem social segundo esquemas universais, e operando, metodologicamente, como um plexo hipotético-dedutivo de proposições.³⁴

Esse culto ao conhecimento científico e a racionalidade começaram a ser questionados por Nietzsche, que os trata como desconhecimento, na medida em que ao assimilar as coisas entre si, ignora as diferenças, cumprindo seu papel sem nenhum fundamento na verdade. Seguem-no Foucault, Heidegger, Adorno e Derrida denunciando a colonização da diferença pelo sempre igual e pelo homogêneo, anunciando o reino do fragmento contra a totalização, do descontínuo e do múltiplo contra as grandes narrativas e as grandes sínteses³⁵.

É a indistinção entre alter (que seria o outro ser, aquele que é concebido e percebido como outra pessoa) e ego (o eu, o indivíduo tomado como auto-referência), posto que, o outro é experimentado como o outro de si mesmo, abrangido por sua pura autoconsciência. Essa idéia de saber absoluto, em que a consciência constitui o objeto segundo suas categorias apriorísticas, chega-se ao absurdo de perceber a existência do outro apenas a partir do ego, ou seja, o outro é antecipado e apreendido reflexivamente através de si. Conseqüência óbvia é formação de sujeitos auto-centrados em objetos uns para os outros³⁶.

Entretanto, torna-se imperioso verificar que essa descontextualização e a recontextualização das identidades são elementos contraditórios do mesmo processo histórico, o que, mais uma vez põe fim aos anseios evolucionistas da versão liberal da modernidade. A coexistência articulada destas contradições não deve ser entendida de modo funcionalista, posto representarem relações sociais

33 Idem. Ibidem. p. 139

34 PEREIRA, Débora Duprat de B., Op. Cit. pp. 42-43

35 PEREIRA, Débora Duprat de B., Op. Cit. pp. 42-43.

36 FOUCAULT, Michel. As Palavras e as Coisas. Uma arqueologia das ciências humanas. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, *apud* PEREIRA, Débora Duprat de B., Op. Cit. p. 43

conflitantes protagonizadas por atores individuais e coletivos que se constituem historicamente em processos de lutas cujos resultados não são determináveis de partida³⁷.

Essa concepção de Estado-nação segue uma lógica unitária e legiscentrista, confronta-se com problemas gerados por uma nova noção de nação, que não mais oculta o fenômeno da pluralidade do corpo social³⁸. A verdade é que, essa identificação entre os conceitos de Estado e Nação causou profundos reflexos nos Ordenamentos Jurídicos, nas formas e sistemas de governo e, principalmente, no discurso jurídico, o qual se tornou o suporte fundamental para a linguagem abstrata que permitiu a descontextualização das identidades e conseqüentemente a negação da subjetividade do outro no mesmo processo em que a designa e a avalia à luz de critérios pretensamente universais³⁹.

III - O DIREITO E O MODELO MONISTA DE ESTADO-NAÇÃO

A construção histórica do Estado-Nação vai refletir no Direito através do monismo legal, segundo o qual, o direito, enquanto um sistema normativo, será formado apenas pelas normas produzidas pelo Estado⁴⁰. Por lógica, chegaríamos à inverdade de que, sendo o Estado uma Nação, supostamente formada por um só povo, uma só cultura, um só idioma, uma só religião, seria legítimo que ele tivesse apenas um sistema normativo, por se supor que este representaria um conjunto nacional homogêneo em termos de idioma, religião e cultura⁴¹.

Destarte, as categorias jurídicas criadas por esse monismo jurídico, baseadas na idéia de Estado-nação, não são capazes de explicar a existência empírica de sistemas normativos diferentes do estatal e que correspondem a culturas diferentes da consagrada oficialmente⁴², passando a compreendê-los simplesmente como hábitos culturais, regras morais e religiosas, costumes admissíveis apenas como fonte do direito. Assim, quando um costume se opõe ou está em contradição com uma lei, deve ser reprimido, seguindo os ditames da perspectiva monista.

37 SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. Cit., 2005, p. 146.

38 PEREIRA, Débora Duprat de B., Op. Cit. p. 43.

39 SANTOS, Boaventura de Sousa, Op. Cit., 2005, p.139.

40 FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal. Ed. Carátula: Guatemala, 1999.p.4.

41 Idem. Ibidem. p. 4

42 Idem. Ibidem. p.4

Desse modo, os sistemas normativos não estatais são vistos como sistemas atrasados, pré-modernos, que precisam ser necessariamente superados para possibilitar a civilização das populações “igualmente atrasadas” e a sua integração com o Estado e com o Direito Nacional⁴³.

O efeito dessa percepção simplista de uma realidade tão complexa é a imposição em países pluriculturais, como o Brasil, de um só sistema jurídico, a proteção oficial de uma só cultura, religião, idioma e grupo social. Um modelo Estatal que não representa nem expressa a realidade plural, e coloca à margem os grupos sociais ou povos não representados oficialmente, reprimindo as expressões de suas diversidades cultural, linguística, religiosa e normativa.

Importante notar que esse monismo reproduz uma perspectiva patrimonialista do direito, que finda por voltar-se estritamente a questões individuais, isto é, a direitos individuais, negando a todos os agrupamentos humanos qualquer direito coletivo de origem étnica, fazendo valer apenas os seus direitos individuais, cristalizados principalmente no direito de propriedade.

Nessa lógica, há uma valorização do indivíduo que consiga acumular algum patrimônio e se integre ao sistema, por outro lado, os outros não se integrariam jamais, continuando a ser índios, quilombolas, pescadores, ribeirinhos, seringueiros, pequenos posseiros, mas sob permanente ameaça, porque se estiverem sobre terras boas ou sobre alguma riqueza vegetal ou mineral economicamente viável passam a ser objeto da cobiça, do engano e da desintegração⁴⁴.

IV - O ESTADO BRASILEIRO

Assim como em toda América Latina, houve também no Brasil uma política colonialista pautada pela subjugação dos povos que aqui foram encontrados, promovendo uma integração forçada, religiosa e econômica⁴⁵, massacrando e exterminando os povos que contra isso resistiam.

O Sistema Judiciário tem uma atuação fundamental na implantação dessa política colonialista, posto ter as Constituições dos Estados-nacionais latino-americanos incorporado às orientações do modelo europeu, no qual a Constituição estabelecia um rol de direitos e garantias individuais, sendo omissas quanto a qualquer direito que não fosse a possibilidade de aquisição patrimonial individual. Portanto, às comunidades étnicas, restava apenas como direito a possibilidade de integração como

43 Idem. Ibidem. p. 6

44 FILHO, Carlos Frederico Marés. Multiculturalismo e Direitos Coletivos. [et. al] *apud* SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para Libertar: Os Caminhos do Cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileiras, 2003, p.77

45 Idem. Ibidem, p.77

indivíduos, como cidadãos ou, juridicamente falando, como sujeito individual de direitos. Assim, ganhando direitos individuais, perdiam o direito de ser povo⁴⁶, de pertencer a uma coletividade e ser um titular de direitos coletivos.

A idéia era de conceber a situação desses povos, mais marcadamente os indígenas, como um estado cultural provisório até a definitiva integração a cultura hegemônica e dominante. O exemplo emblemático disso é a Lei 6.001/73, conhecida como Estatuto do Índio, que em artigo 1º, dispõe que:

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Mais grave ainda, é que, assim como o Código Civil de 1916, o atualmente vigente de 2002, em seu Art. 4º, parágrafo único, permitiu uma interpretação extremamente discriminatória ao determinar que a lei especial regulará a capacidade dos índios, induzindo o intérprete a se reportar ao Estatuto do índio, tornando possível, em tese, a alegação de incapacidade relativa dos indígenas e a necessidade do instituto da tutela.

Estes dispositivos legais, que muitas vezes não sofrem interpretação conforme a Constituição Federal, têm trazido grandes dificuldades às comunidades étnicas no seu acesso à Justiça, além de influenciar negativamente as políticas públicas do país, as quais geralmente não possuem nenhum diferencial que considere a diversidade étnica das comunidades tradicionais.

Todavia, hoje conta-se com novos marcos legais que garantem uma alternativa hermenêutica conforme a Constituição Federal, permitindo o estabelecimento do Estado brasileiro como um Estado Pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades e na assimilação, mediante a qual instala, sub-repticiamente, na alma dos diferentes grupos étnicos, novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios, eliminando o específico de suas identidades, ora submetendo-os forçadamente a uma invisibilidade⁴⁷.

Outra alteração que precisa ser registrada e que se deu no âmbito do Direito Internacional foi a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, de 7 de junho de 1989, que reconhece as aspirações desses povos em assumir o controle de suas próprias instituições, formas de vida, seu

46 Idem. Ibidem, p. 78

47 PEREIRA, Débora Duprat de B., Op. Cit. p.4.

desenvolvimento econômico, manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito do Estado onde moram⁴⁸.

A Convenção foi assinada pelo Presidente da República e estava sendo discutida no Congresso Nacional desde 1991, tendo sido aprovada em 2002, através do Decreto Legislativo n.º 143, de 20 de junho daquele ano. Em 25 de julho de 2002, o Brasil havia efetuado o depósito do instrumento de ratificação junto à OIT, em Genebra. A entrada em vigor da Convenção no ordenamento jurídico-legal brasileiro dependia, ainda, de Decreto de Promulgação por parte do Presidente da República, que veio através do Decreto, n.º 5.051, de 19 de abril de 2004.

V – AS CONSEQUÊNCIAS DA CONCEPÇÃO MONISTA DO ESTADO PARA AS COMUNIDADES ÉTNICAS

Quando se observa a aplicação e o direcionamento das políticas públicas para as comunidades étnicas, principalmente para os povos indígenas, já que o reconhecimento das comunidades quilombolas é recente, verifica-se a presença de dois eixos principais: de um lado, uma política de total omissão, como se os povos não existissem ou fossem apenas um depósito de pessoas que seriam integradas cedo ou tarde; de outro, uma política de proteção consistente em criar refúgios afastados para os povos, desconsiderando seus territórios tradicionais, aplicada especialmente na Amazônia⁴⁹.

Para esse estudo, será focalizado o primeiro eixo, correspondente à aplicação de uma cultura assimilacionista clássica, na qual não há lugar para coletivos que figurem entre o cidadão e o Estado, especialmente implementada aos povos indígenas no Nordeste.

Exemplo emblemático são os Povos Xukuru e Truká, que assim como os outros povos indígenas sobreviventes no Nordeste, foram desconsiderados pelo Estado, apesar de continuarem a existir, mesmo mutilados em sua língua, sua religião e tradições, sendo dispersos, recrutados como indivíduos integrados à sociedade envolvente para servir de mão-de-obra local. Com o advento da Constituição de 1988, os Xukuru passaram a basear suas reivindicações nos direitos coletivos por ela garantidos e deram início ao processo de retomada de seu território e de reconstrução de suas identidades.

48 Idem. Ibidem. p. 5.

49 FILHO, Carlos Frederico Marés. Op. Cit. p. 79.

Em Pernambuco, atualmente, existem 10 povos indígenas, cada qual no seu momento histórico específico de luta pela retomada de seus territórios e de suas autonomias econômicas. É relevante anotar que os povos Xukuru e os Truká encontram-se em um momento bastante avançado de conquistas, tendo o domínio de seus territórios, sendo auto-sustentáveis e tornando-se uma referência para a luta dos demais povos indígenas do Nordeste.

Contudo, embora essas conquistas tenham trazido uma melhoria na qualidade de vida dessas populações, em contra partida, lhes trouxe uma confrontação com autoridades públicas, principalmente no judiciário e executivo. Para demonstrar como esse confronto tem se dado e como ele revela uma postura discriminatória e ultrapassada diante do Estado brasileiro, formado por uma grande diversidade ética, citaremos alguns exemplos.

V.1. – OS XUKURU

Aqui está um exemplo emblemático da forma discriminatória que os povos indígenas são tratados pelos Poder Judiciário, basta observar o Mandado de Segurança nº 2003.05.00.022599-2, que uma indígena foi obrigada a impetrar no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por ter sido impedida de figurar como Assistente de Acusação na ação penal movida contra o assassino confesso de seu filho.

O mais grave é que o obstáculo a sua participação foi imposto inicialmente pela Procuradoria da República, órgão constitucionalmente obrigado a zelar pelos interesses indígenas, e que na ocasião proferiu parecer pela impossibilidade de participação da indígena no processo através de seus advogados, posto ser a mesma civilmente incapaz e tutelada pela FUNAI, sendo nulo o instrumento procuratório assinado pela mesma aos Advogados privados.

O Magistrado Federal recepcionando os argumentos do Ministério Público Federal, negou a indígena o seu pedido de assistência de acusação, o que obrigou seus Advogados a interpor o Mandado de Segurança, alegando, com base no Parecer do Dr. Paulo Machado Guimarães⁵⁰, que :

O Estado brasileiro foi se formando sobre as terras e domínios de inúmeros povos que ocupavam o território nacional, onde inicialmente aportaram portugueses e posteriormente franceses, ingleses, holandeses, bem como, sob cativo, membros escravizados de nações localizadas no continente africano.

50 GUIMARÃES, Paulo Machado. **A Polêmica do Fim da Tutela aos Índios**. Disponível em www.cimi.org.br, em 10.02.2006.

Contudo, os povos que já habitavam o território ocupado, não tinham a perspectiva de se tornarem parte integrante de uma comunidade estrangeira que, com o passar do tempo, resultou, pela miscigenação, numa comunidade com identidade própria e distinta daquelas que a geraram, autodenominada brasileira.

Como uma das formas de viabilizar a dominação do território, prevaleceu entre as forças colonizadoras a idéia de que os ocupantes originários do território invadido, não se constituíam como unidades políticas próprias e independentes, mas como aglomerados de indivíduos sem organização sócio-cultural, ensejando a criação de mecanismos que os tornassem partes integrantes do corpo social dominante, concepção mantida no período Republicano através do disposto no art. 6º - III e parágrafo único do Código Civil de 1916.

Portanto, a relativa incapacidade dos índios surge dentro da lógica do NÃO respeito à convivência com grupos distintos em sua organização sócio-econômica e com o intuito de incorporação dos indígenas à cultura e à organização dos não-índios, sem qualquer preocupação com sua autodeterminação e com seu patrimônio histórico-cultural.

Todavia, a substituição da perspectiva incorporativista, pelo respeito à diversidade étnica e cultural, é o aspecto central que fundamenta a nova base de relacionamento dos povos indígenas com o Estado, que advém com a Constituição de 88, conforme o disposto no art. 231, da Carta Magna, na qual se verifica :

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

O reconhecimento constitucional à organização social, aos costumes, línguas, crenças, tradições e aos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios significa que o Estado brasileiro considera os índios como grupos sociais com valores culturais e históricos próprios.

Como decorrência do reconhecimento dos povos indígenas, a Constituição, no mesmo art. 231, determina o respeito a todos os seus bens, sua proteção e a obrigação de se explicitar os limites das terras por eles tradicionalmente ocupadas, **com fundamento do instituto da autonomia no qual passa a se basear o relacionamento dos povos indígenas com o Estado.**

Por sua vez, estes bens são de natureza material (riquezas naturais, patrimônio e integridade física dos membros das nações) e imaterial (valores culturais e morais),

estando contidos neles, todos os aspectos reconhecidos expressamente no art. 231 da Constituição.

Em sendo assim, o relacionamento dos povos indígenas no Brasil deve ser analisado sempre sob o prisma do instituto da autonomia, aferindo-se na realização de qualquer ato jurídico, se os bens de determinado grupo indígena estão sendo respeitados. Caso contrário o ato estará eivado de nulidade por visar objeto ilícito, o qual será sempre o desrespeito à diversidade étnica e cultural consagrado no art. 231 da Constituição Federal.

Tal tratamento legal é confirmado com a ausência de previsão constitucional no sentido de se promover a incorporação dos índios à "comunhão nacional", consiste em inequívoca opção do poder constituinte originário em alterar as bases de relacionamento com os índios. Do contrário, se manteria tal previsão a exemplo das Constituições Federais de 34, 46 e 67/69.

Por este motivo é que se sustenta estarem derogados, ou que não podem ser interpretados de forma restritiva os dispositivos legais do Novo Código Civil, bem como é indiscutível a não recepção, pela CF/88, da lei que criou a FUNAI, do Estatuto do Índio e a inconstitucionalidade de outros atos normativos que se referem à incorporação.

Estando, portanto eliminada a perspectiva incorporativista, o objetivo final da tutela aos índios deixou de existir. Dessa forma, opera-se evidente incompatibilidade entre a legislação preexistente e a Constituição superveniente.

A dimensão protetora da tutela, enquanto objetivo imediato foi substituída pela determinação constitucional atribuída à União Federal para proteger os bens indígenas, no intuito de que sejam respeitados.

O fundamento que orienta o relacionamento com os índios na Legislação, a qual remete o Novo Código Civil, consiste na preocupação de viabilizar o conhecimento e compreensão dos índios sobre os valores e o funcionamento da sociedade nacional para que seus atos civis fossem praticados validamente. Com isso, estariam, no dizer da lei nº 6.001/73, incorporados.

Todavia, com a promulgação da Constituição de 88 este fundamento foi radicalmente alterado. O respeito à diversidade étnica e cultural passou a ser o que norteia o relacionamento com os índios. Nesta ótica, o art. 232, provoca significativa alteração na concepção da capacidade civil do índio brasileiro, que passa a ter, com garantia constitucional, o direito de outorgar procuração aos Advogados e, por consequência, de

requerer a habilitação como Assistente de Acusação do Ministério Público, não havendo necessidade de se submeter ao crivo assistencial da FUNAI. :

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

O atual texto constitucional é frontal e direto, repelindo qualquer esforço para conciliar com a ótica incorporativa de tratamento dos índios. O que predomina atualmente é a determinação expressa de que os bens indígenas devem ser respeitados, competindo a União protegê-los. Daí a incompatibilidade da limitação da capacidade civil dos índios e, conseqüentemente, da tutela, com o ordenamento constitucional em vigor, ensejando sua revogação.

Agora, cabe ao Estado, aos cidadãos, aos estrangeiros e às pessoas jurídicas constituídas ou em funcionamento no Brasil compreenderem e conhecerem os valores das comunidades indígenas com quem venham a se relacionar, de maneira a que os bens indígenas sejam respeitados. Invertendo-se, assim, a anterior equação jurídica e passando o esforço para a compreensão e convivência com os povos indígenas para a sociedade brasileira.

Assim, era indubitosa a plena capacidade civil, garantida constitucionalmente, da Impetrante, para figurar, por intermédio de seus advogados, como Assistente de Acusação do Ministério Público Federal no processo que apurava o bárbaro assassinato de seu filho.

O Poder Judiciário por sua vez, ao invés de reconhecer a cidadania dessa indígena que buscava justiça ao assassino de seu filho, preferiu conceder-lhe a segurança pretendia para figurar nos autos como Assistente de Acusação baseando o seu entendimento no fato de que se a índia era alfabetizada e sabia assinar seu nome, o qual indicava que estava integrada e, portanto, poderia receber a tutela judicial, conforme se verifica a seguir no voto do Relator :

Assenta-se incontestemente a prudência do legislador preconizada pela Lei 6.001/73, ao regular, no artigo 1º, a situação jurídica dos índios no desiderato de preservar a sua cultura e “integrá-los, progressivamente e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

De público conhecimento, a exemplo de tantos outros povos indígenas, é a inserção ao convívio da civilização da comunidade Xucuru. E no particular, a leitura dos autos o evidencia, não se encontra a ora impetrante à margem desse universo sócio-cultural;

assim demonstrado, ao meu sentir, pelo fato de ser ela pessoa alfabetizada, tanto que subscreveu o instrumento de procuração de fls.13, outorgada aos seus advogados.

O discurso observado no voto do Relator demonstra o que de início havia mencionado, ou seja, foi preciso que a indígena fosse descontextualizada, fosse vista como uma pessoa incorporada à cultura hegemônica para que só então o Tribunal garantisse o seu sagrado direito de ter acesso ao Poder Judiciário.

V.2. – OS TRUKÁ

Os Truká são um povo indígena formado por aproximadamente 5.000 (cinco mil) índios, que ocupam 6.000 (seis mil) hectares de terra na região da Ilha de Nossa Senhora de Assunção, município de Cabrobó, sertão de Pernambuco.

Essa comunidade indígena serviu, durante décadas, como mão de obra para os fazendeiros invasores de suas terras, sendo vítimas da perseguição dos agentes do Estado e da discriminação da sociedade local.

A partir da organização interna desse povo em 1999, os Truká expulsaram de suas terras tradicionais cerca de 70 (setenta) fazendeiros que haviam invadido ilegalmente seu território.

Hoje, apesar do domínio sobre o território e da auto-suficiência econômica, sendo os maiores produtores de arroz do Estado, os índios sofrem com um problema extremamente grave, que é a presença de traficantes de drogas na área.

Com isso, esses não-índios presentes na terra indígena transformam a comunidade em refém do seu poder bélico, seviciando jovens indígenas e expondo a todos a ação violenta da polícia Militar, em uma situação bastante semelhante com a das favelas urbanas nas grandes metrópoles do país.

Exemplo disso são os dois casos de duplo homicídio ocorrido no território Truká. O primeiro foi o assassinato, esquartejamento e incineração dos indígenas José Félix, vulgo “Zé de Nô” e seu filho, Nilson Félix, índios mortos por policiais militares, enquanto o pai socorria seu filho que estava ferido por se envolver com criminosos da região.

O segundo caso foi a execução sumária do índio Adenilson dos Santos Barros, conhecido por “Dena” e seu filho, o adolescente Jorge dos Santos Barros, de 17 anos, por policiais militares à paisana do Serviço de Inteligência da Polícia Militar, diante de mais de 400 (quatrocentas) pessoas que

comemoravam a visita do Ministro Ciro Gomes e a assinatura de um convênio para a construção de casas e asfaltamento de estradas.

Em ambos os casos, ninguém foi punido, sequer houve processo judicial, não havendo qualquer indiciamento nos inquéritos abertos pela Polícia Federal, continuando impunes os policiais que forma o grupo de extermínio conhecido na região por “MAMÃE CRIA, NÓIS MATA”.

V.3. – QUILOMBO DO TIMBÓ

De modo geral, os quilombolas são povos esquecidos e marginalizados, não existindo historicamente uma preocupação do legislador em garantir direitos a essas populações rurais afro-descendentes.

Os marcos legais que garantem direitos a essas comunidades tiveram início na Constituição Federal de 1988, que no art.68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispôs que “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”.

Depois disso, o Estado brasileiro nada fez, havendo a competência da Fundação Palmares para a regularização fundiária dessas populações, o que não acontecia por limitações estruturais.

Esse contexto agravou-se ainda com o Decreto 3.912/01 do Presidente Fernando Henrique Cardoso que, teratologicamente, determinou que apenas poderia ser reconhecido o direito de propriedade dessas comunidades sobre as terras que eram ocupadas por quilombos em 1888, ano da edição da Lei Áurea, até 05 de outubro de 1988.

Ou seja, enquanto a prescrição aquisitiva para a usucapião rural é de 05 anos, para as comunidades negras eram exigidos 100 anos de ocupação do solo, o que fazia este decreto uma norma explicitamente inconstitucional.

Esse quadro apenas começa a se alterar no Governo Lula, quando é editado o Decreto 4.487/03 e a Instrução Normativa n.º16, de 24 de março de 2004, os quais dentre as várias inovações, trouxeram o critério do auto-reconhecimento; a ampliação das terras ocupadas para incluir aquelas utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural; transferiu para o Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA a atribuição de identificação, reconhecimento,

delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Igualmente importante foi o conceito de Comunidade Remanescente de quilombos positivado no Decreto como os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Em Pernambuco estima-se que há mais de 90 (noventa) comunidades quilombolas, estabelecidas em locais de difícil acesso e ocupando pequenas porções de terras, muitas formando verdadeiras favelas rurais, onde passam todo tipo de privação, tendo contato com o Estado apenas na figura do Oficial de Justiça e da Tropa de Choque da Polícia Militar, quando do cumprimento de reintegrações de posse ajuizadas por Fazendeiros, invasores dos territórios quilombolas.

Caso exemplar de é o da Comunidade Quilombola do Timbó, que de acordo com os relatos da comunidade, foi fundada por três ex-escravos negros (alforriados) em torno do ano de 1610. Os ex-escravos vieram de Salvador para Garanhuns, ficaram inicialmente no Alto do Colombi (hoje conhecido por Alto do Magano), depois para Pau Pombo, de onde se dividiram para fundar os Quilombos de Timbó e Castainho.

A Comunidade do Timbó encontra-se hoje em um processo de auto-afirmação enquanto negros e negras, se assumindo e se valorizando enquanto afro-descendentes, para resgatar a sua história e o seu território. Por consequência dessa organização dos quilombolas, há uma intensificação da violência contra a Comunidade por parte dos fazendeiros locais.

Infelizmente, por localizarem-se na zona rural e em locais de difícil acesso, além de ser, a mobilização das comunidades quilombolas um movimento de organização nacional recente, ainda não se conseguiu um reflexo mais concreto na sociedade brasileira da luta desses povos, não repercutindo as violências contra eles praticadas.

VI – O ESTADO PLURIÉTNICO E MULTICULTURAL

Como já anteriormente exposto, nas sociedades democráticas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida, negando assim, aos cidadãos de origem cultural diversa, uma efetiva igualdade de direitos, isso termina por ferir o auto-entendimento ético e a identidade desses cidadãos⁵¹.

O fato é que os cidadãos, mesmo quando observados como personalidades jurídicas, não são indivíduos abstratos, amputados de suas relações de origem. Na medida em que o direito intervém em questões ético-políticas, ele toca a integridade das formas de vida dentro das quais está inserida a configuração pessoal de cada um. Com isso, entram em jogo, ao lado de considerações morais, de reflexões pragmáticas e de interesses negociáveis – valorizações fortes, que dependem de tradições intersubjetivamente compartilhadas, mas culturalmente específicas.⁵²

O sistema jurídico também é eticamente impregnado, pois interpretam um conteúdo universalista dos mesmos princípios constituintes de modo diferente em cada caso, a saber, no contexto das experiências de uma história nacional e à luz de uma tradição, uma cultura e uma forma de vida historicamente predominante. Na regulação de matérias culturalmente delicadas, como a língua oficial, normas de direito penal etc, tudo isso reflete o auto-entendimento ético-político de uma cultura majoritária, dominante por motivos históricos. Por causa de tais regras, implicitamente repressivas, mesmo dentro de uma comunidade republicana que garanta formalmente a igualdade de direitos para todos, pode eclodir um conflito cultural movido pelas minorias desprezadas contra a cultura da maioria⁵³.

Esse conflito cultural, originário da contradição entre a diversidade da realidade social e a palidez do monismo jurídico do Estado, revela que o Direito, na perspectiva monista não consegue extrapolar as limitações humanas e não pode mais criar um universo alheio à experiência social. O Direito é contingente e não se realiza apenas através da razão, mas também e principalmente, da vivência real, que se apresenta na diversidade étnica e cultural, devendo o Ordenamento Jurídico e o Estado se permitir permear-se pela beleza dessas diferenças.

51 HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: Estudos de Teoria Política. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.170.

52 HABERMAS, Jürgen. Op. Cit. pp.170-171.

53 Idem. Ibidem. p. 171.

Para isso, conforme leciona a Procuradora Regional da República Débora Duprat, citando Fredrik Barth, é preciso que seja

ultrapassada a noção de cultura como totalidade, como perfeita coerência de crenças unívoca e homogeneamente partilhadas, seja porque, nas relações interétnicas, as situações de contato não importam em abandono dos códigos e valores que orientam cada grupo, mas, antes, o que se verifica é a possibilidade de articulação em alguns setores ou domínios de atividades específicos, mantidas as proscrições de interações tendentes a proteger partes da sua cultura da confrontação e da modificação⁵⁴.

Com efeito, diante dessa incapacidade teórica do monismo jurídico para compreender e regular outros sistemas normativos, que não o estatal, torna imperioso que se recorra ao pluralismo jurídico, o qual permite a coexistência de vários sistemas jurídicos dentro de um mesmo espaço geopolítico.

É necessário que o Estado admita que os povos étnicos possuem capacidade auto-normativa, ou seja, podem criar suas normas, solucionar conflitos e estabelecer a ordem, o que prova que esta capacidade não é inferior nem merece tutela paternalista concedida pelo aparelho estatal.

Valioso exemplo é o precedente judicial da ação criminal nº 92.0001334-1 julgado na 1ª Vara Federal de Roraima, pelo Tribunal do Júri, o qual afastou a possibilidade de aplicação de pena ao índio tuxaua Basílio Alves Salomão, que havia matado outro índio, considerando que o mesmo já havia sido julgado e condenado, segundo os costumes de sua comunidade indígena.

Infelizmente, este tipo de decisão está restrita aos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, posto garantir a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea a, a plenitude da defesa, o que permite a infiltração das normas comunais no ordenamento jurídico positivado.

Todavia, esse exemplo mostra que é possível a convivência harmoniosa entre as mais diversas origens étnicas, sendo necessário que a cultura dominante se solte de sua fusão com a cultura política geral, fazendo-se parte, não mais se mostrando como a fachada do todo, evitando um prejuízo maior ao processo democrático.

O filósofo alemão Jürgen Habermas defende que as forças de coesão da cultura política comum, a qual se torna tanto mais abstrata quanto mais forem as sub-culturas para as quais ela era o denominador comum, devem continuar a ser suficientemente fortes para que a nação dos cidadãos não se depedasse, anotando que

54 BARTH, Fredrik. O Guru, o iniciador e outras variações antropológicas. Rio de Janeiro: Livraria Contra Capa, 2000 *apud* DUPRAT, Débora. Op. Cit. p.4.

O multiculturalismo, ao mesmo tempo que apóia a perpetuação de vários grupos culturais dentro de uma mesma sociedade política, também requer a existência de uma cultura comum... Membros de todos os grupos... terão de adquirir uma linguagem política e convenções de comportamento comuns para poder participar eficientemente na competição por recurso e na proteção dos interesses do grupo, assim como dos interesses individuais em uma arena política compartilhada⁵⁵

VII - CONCLUSÃO

O fato é que a fictícia unidade de um povo mais ou menos homogêneo causou a acomodação cultural da cidadania juridicamente definida, apesar de em nossas sociedades pluralistas, convivemos com evidências cotidianas que se distanciam cada vez mais do caso modelar do Estado nacional com uma população culturalmente homogênea. Observa-se cotidianamente que cresce a multiplicidade de formas culturais de vida, com grupos étnicos com as mais diferentes visões do mundo⁵⁶.

Não basta apenas compensar essas minorias com a forma de direitos liberais à liberdade e direitos políticos à participação, mas também o exercício de direitos sociais e culturais. Os cidadãos precisam poder vivenciar o valor de uso de seus direitos também sob a forma da segurança social e do reconhecimento recíproco de formas de vida culturais diversas. Conseqüentemente a cidadania democrática e ligada ao Estado só poderá exercer a força integrativa para promover a solidariedade entre estranhos⁵⁷.

No Brasil, em decorrência dos estudos e reflexões, pode-se afirmar que já é possível, desde a Constituição Federal de 1988, a presença de um Estado Pluricultural, garantidor da diversidade étnica e que reconheça a presença dos demais ordenamentos jurídicos internos, regulando-os e identificando-os como soluções possíveis para conflitos de origem étnica.

Contudo, apesar da possibilidade legal, são ainda carentes as políticas públicas que garantam essa diversidade e especificidades de cada povo, sendo urgente que o Estado atue visando uma integração pluralista, diametralmente oposta à assimilação e aos guetos multiculturais, fomentando as políticas ativas de emprego articuladas com ações afirmativas, com educação intercultural, promoção da diversidade identitária e cultural no espaço público, criando dessa maneira um veículo de intermediação entre o sistema político nacional e local⁵⁸.

55 HABERMAS, Jürgen. Op. Cit. pp.172-173.

56 HABERMAS, Jürgen. Op. Cit. pp.140-141.

57 Idem. Ibidem. pp.142.

58 SANTOS, Boaventura de Sousa. Integração Pluralista. Disponível em: <http://www.ces.fe.uc.pt/opiniao/bss/143.php>, em 15.01.2006.

Só então, o Estado brasileiro poderá garantir aos cidadãos sua identidade coletiva e sua origem étnica, suas tradições, seus hábitos culturais, suas normas de resolução de conflitos e sua maneira de estabelecer a ordem da comunidade, permitindo a esses povos o seu desenvolvimento auto-suficiente em harmonia com o conjunto nacional.

VIII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Rubim Santos Leão. **História da sociedade**: das sociedades modernas às atuais. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1995.

CHEMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**: o papel do Judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal**. Guatemala: Ed. Carátula, 1999.

GUIMARÃES, Paulo Machado. **A polêmica do fim da tutela aos índios**. Disponível em www.cimi.org.br, em 10.02.2006.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BARROS-HOFFMAN, Maria. **Além da Tutela, bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria / LACED, 2002.

ROULAND, Norbert (org). **Direito das minorias e dos autóctones**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência, Vol. I, São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Integração pluralista**. Disponível em: <http://www.ces.fe.uc.pt/opiniao/bss/143.php>, em 15.01.2006.

SEM TERRA: DE IDENTIDADE CAMPONESA A PATRIMÔNIO CULTURAL DA SOCIEDADE

Daniel Pinheiro Viegas⁵⁹

1. INTRODUÇÃO

Durante os primeiros meses do ano de 2006, a população do Estado de Pernambuco foi surpreendida com o início de uma ostensiva propaganda assinada pela Associação dos Oficiais, Subtenentes e Sargentos da Polícia Militar/Corpo de Bombeiros Militar de Pernambuco – AOSS, contra camponeses Sem Terra.

A propaganda utilizou outdoors, jornais impressos, internet, discursos nos horários nobres das rádios e televisões, para veicular a seguinte mensagem de conteúdos difamatórios e preconceituosos contra trabalhadores rurais Sem Terra:

“Sem Terra: sem lei, sem respeito e sem qualquer limite. Como isso tudo vai parar?”.

Em resposta a esta propaganda, entidades de defesa dos direitos humanos e movimentos sociais protocolaram no Ministério Público de Pernambuco uma representação contra a AOSS, alegando que o Estado de Pernambuco é um local de extrema tensão agrária e a campanha publicitária incitava os policiais militares a agirem de maneira violenta contra esses camponeses, estimulando ainda mais esse conflito existente no campo.

Por sua vez, o Ministério Público abriu inquérito para apurar os fatos denunciados, ouviu os representantes da AOSS e membros de movimentos de trabalhadores rurais Sem Terra. De acordo com os depoimentos prestados apurou-se que a campanha havia sido financiada por grupos empresariais ligados ao setor sucroalcooleiro, proprietários de empresas de TV e políticos pernambucanos.

59 Advogado da Comissão Pastoral da Terra e do Conselho Indigenista Missionário.

Com efeito, este breve trabalho busca demonstrar que essa campanha publicitária de autoria Associação dos Oficiais, Subtenentes e Sargentos da Polícia Militar/Corpo de Bombeiros Militar de Pernambuco, organização composta por funcionários públicos que, descumprindo com seu dever de isenção, restou por causar grave dano a uma coletividade difusa de camponeses que se identificam como Sem Terra e são identificados dessa forma pela sociedade, fazendo parte do meio ambiente cultural pernambucano.

2. O MEIO AMBIENTE E A IDENTIDADE CULTURAL

Há uma tendência de se imaginar o meio ambiente a partir de uma concepção naturalística, como sendo o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, como bem define a Lei 6.938/81, que trata da Política Nacional de Meio Ambiente.

Todavia, esse conceito de meio ambiente não mais consegue abordar toda a complexidade que envolve o tema, posto que meio ambiente não se resume apenas ao aspecto naturalístico referido pela Lei, mas tem uma conotação mais abrangente, “holística”, compreensiva de tudo o que cerca e condiciona o homem em sua existência, no seu desenvolvimento na comunidade a que pertence e na interação com o ecossistema que o cerca⁶⁰.

Contemporaneamente, o meio ambiente vem sendo entendido não apenas como a natureza, mas também como as modificações que o homem nela vem introduzindo. O que torna possível classificar o meio ambiente em Natural, que compreende a água, a flora, o ar, a fauna, e Cultural, que abrange as obras de arte, imóveis históricos, museus, belas paisagens, enfim, tudo o que possa contribuir para o bem-estar e a felicidade do ser humano⁶¹.

Portanto, observa-se que o meio ambiente cultural é apenas um dos eixos em torno dos quais gravita e se desenvolve a vida humana, condicionando-lhe também a existência. Assim, ressalte-se que o meio ambiente cultural vai mais além, pois agrega valores que refletem características peculiares a uma

60 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

61 FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.

dada sociedade, constituindo, por assim dizer, retrato vivo de sua história e, conseqüentemente, espelho de sua própria identidade⁶², este último elemento essencial para este estudo.

Com efeito, a própria Constituição Federal determina em seu art. 216, abaixo transcrito, a proteção a bens imateriais que tragam em si um referencial à identidade de grupos que compõem o conjunto plural e multicultural da sociedade nacional:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem :

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações, e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Portanto, como se pode depreender do texto constitucional, o patrimônio cultural está compreendido na definição genérica de meio ambiente, assim, a defesa do meio ambiente cultural implica não só a preservação do meio físico, como os monumentos de valor artístico, histórico, turístico ou paisagístico, como também da memória social e antropológica do homem, ou seja, das formas de expressão e dos modos de criar, fazer e viver das comunidades tradicionais e dos demais grupos formadores da sociedade brasileira ou participantes do processo civilizatório nacional,⁶³ como é o caso dos trabalhadores rurais Sem Terra, os quais, mesmo após terem acesso ao Programa de Reforma Agrária, ainda sim se autodenominam como Sem Terra.

3. A IDENTIDADE CULTURAL DOS CAMPONESES COMO SEM TERRA

Ao estudar as lutas das minorias pelo reconhecimento e garantia de direitos no Estado Democrático de Direito, Jürgen Habermas identifica que “as mulheres, as minorias étnicas e culturais, as nações e culturas, todas se defendem da opressão, marginalização e desprezo, lutando, assim, pelo reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à

62 CORREIA, Belize Câmara. *A Tutela Judicial do Meio Ambiente Cultural*. Revista de Direito Ambiental n. 34.

63 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil*. Revista Trimestral de

comunidade dos povos. São todos eles movimentos de emancipação cujos objetivos políticos coletivos se definem culturalmente, em primeira linha, ainda que as dependências políticas e desigualdades sociais e econômicas também estejam sempre em jogo.”⁶⁴

Assim, no caso dos trabalhadores rurais Sem Terra não é diferente, da mesma forma eles se organizam em torno de objetivos coletivos, que é a reivindicação por Reforma Agrária, se identificando e sendo identificados pelo poder público, imprensa e pela cultura majoritária como Os Sem Terras, mesmo após terem acesso a ela.

Com efeito, observa-se que essa expressão é um referencial da organização desse campesinato, que revela as suas condutas, seus princípios e os objetivos dessa massa de trabalhadores rurais presente em todos os Estado de Pernambuco, que já fazem parte do contexto cultural contemporâneo.

Destarte, os Sem Terra são patrimônio cultural da sociedade, são fruto de um longo processo histórico que se estabeleceu em Pernambuco e no país em decorrência da concentração fundiária e da formação de um imenso número de miseráveis que, sem alternativa, negam a marginalização e passam a lutar por cidadania e dignidade.

4. O DIREITO À DEFESA DA IDENTIDADE CULTURAL CAMPONESA

Conforme defendido por Belize Correia, “a proteção ao patrimônio cultural ostenta o *status* de direito fundamental de terceira dimensão, vocacionado a tutelar interesses pertencentes ao próprio gênero humano, intuitivo se tratar de um direito transindividual difuso, que provém de identidade de circunstâncias fáticas e abrange um sem número de sujeitos”⁶⁵.

Assim, compreendem-se os interesses difusos como aqueles interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela

64 HABERMAS, Jürgen. A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p.246.

65 CORREIA, Belize Câmara. *A Tutela Judicial do Meio Ambiente Cultural*. Revista de Direito Ambiental n. 34.

sociedade civil como um todo, podendo por vezes concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido⁶⁶.

No caso concreto aqui tratado, observa-se que a expressão “Sem Terra”, usada na propaganda, atinge a identidade cultural de um indefinido número de pessoas, ligadas por vínculos fáticos originados do contexto agrário pernambucano, tornando passíveis das lesões um número indiscriminado de cidadãos que podem está concentrados em torno de um movimento social específico ou dispersos na sociedade.

Nessa linha, pode-se dizer que o patrimônio cultural “pertence a todos ao mesmo tempo em que não pertence, de forma individualizada, a qualquer pessoa”, sendo “verdadeiro direito transindividual de natureza indisponível, associado ao pleno exercício dos direitos culturais metaindividuais”⁶⁷.

Dessa maneira, localizada a identidade dos trabalhadores rurais Sem Terra como patrimônio cultural, observa-se que nos termos do artigo 23, inciso III, da Constituição Federal, abaixo transcrito, a União, Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência comum para proteger os bens de valor histórico, artístico e cultural:

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
I -
II -
III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

De outro lado, tem a União, os Estados e o Distrito Federal competência para legislar concorrentemente sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico conforme determina o artigo 24, inciso VII da Constituição Federal.

Portanto, resta demonstrado o dever que transpassa a todos os entes federativos de proteger a identidade de um povo, seus valores históricos e culturais, de qualquer agressão que possa surgir e alimentar o anseio de uma cultura dominante de se fazer hegemônica e absoluta, em detrimento da diversidade nacional. Esta, talvez, a maior das riquezas desse país, fruto do prolongado e sofrido contato inter-étnico dos povos europeus, africanos e indígenas.

66 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São

Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 124-125.

67 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 12, p. 77, jul./set. 1995.

Por isso, é importante anotar que o valor cultural de um bem não constitui ato privativo do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, podendo e devendo ser reconhecido de maneira legítima pelo Poder Judiciário, posto que a identificação do valor cultural de um bem não surge da criação da autoridade, existindo, antes de tudo, no plano da vida, como realidade social⁶⁸, uma vez que o valor cultural constitui característica intrínseca do bem, desde que reconhecido como portador de referência à identidade, à ação, à memória de algum grupo formador da sociedade brasileira⁶⁹.

A verdade é que, mesmo que não queiram as Autoridades Públicas admitir, o processo histórico de Pernambuco, marcado por guerras e levantes em defesa da liberdade, da democracia e da cidadania, fez com que a cultura presente neste Estado fosse extremamente rica em símbolos culturais, materiais e imateriais, que devem ser protegidos de qualquer tipo de agressão.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi tratado neste breve estudo acerca da campanha publicitária da Associação dos Oficiais, Subtenentes e Sargentos da Polícia Militar/Corpo de Bombeiros Militar de Pernambuco (AOSS) contra os camponeses Sem Terra, observa-se que não foi apenas cometido crimes de incitação à violência e contra a honra desses trabalhadores rurais, mas uma agressão ainda maior a cultura pernambucana.

Por mais que a cultura hegemônica se incomode com as reivindicações das minorias presentes no contexto multicultural do país e principalmente de Pernambuco, essa diversidade, e os conflitos que surgem a partir dela, são parte integrante da história desse povo, de origens tão distintas e de resistências tão semelhantes.

Nesse processo histórico, observa-se que sempre foi um inconveniente ao grupo detentor do poder político e econômico a reivindicação dos negros pela liberdade e sua resistência nos quilombos, a presença de povos indígenas em grandes faixas de terras, o movimento liberal da Insurreição Pernambucana de 1817 contra a Monarquia, assim como a Confederação do Equador de 1824.

68 CORREIA, Belize Câmara. *A Tutela Judicial do Meio Ambiente Cultural*. Revista de Direito Ambiental n. 34.

69 MILARÉ, Edis (Coord.). *Meio ambiente cultural: tombamento – ação civil pública e aspectos*

criminais. Ação Civil Pública. Lei 7.347 – 15 anos, 2001, p. 326.

Porém, todos esses dados não podem ser apagados, esquecidos ou desrespeitados, pois fazem parte do natural conflito social na defesa de interesses e na luta por direitos, sendo incorporados à cultura local e parte fundamental do que é a sociedade posta hoje, com seus ganhos e suas carências. São, sem dúvida, patrimônios históricos e culturais pernambucanos.

Da mesma maneira, apesar da Reforma Agrária e a existência de movimentos sociais de trabalhadores rurais Sem Terra incomodar a elite sucroalcooleira, esses camponeses contribuem de maneira essencial para o processo histórico do Estado, transformando regiões e compreensões das pessoas que não se alinham necessariamente as suas reivindicações, sendo elemento fundamental para a construção social que está em permanente processo.

Com efeito, os Sem Terra são a identidade cultural de uma imensa massa de cidadãos pernambucanos e precisa receber a proteção jurisdicional do Estado, posto serem parte do todo maior que é a cultura pernambucana.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 7, 1994.

CORREIA, Belize Câmara. A tutela judicial do meio ambiente cultural. **Revista de Direito Ambiental**, n. 34.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, v. 12, p. 77, jul./set. 1995.

MILARÉ, Edis (Coord.). **Meio ambiente cultural: tombamento – ação civil pública e aspectos criminais.** Ação Civil Pública. Lei 7.347 – 15 anos, 2001, p. 326.

TRABALHO INFANTO-JUVENIL: POLÊMICAS E SENSO COMUM

Jairo Rocha Ximenes Ponte

Apresentação

A participação de crianças e adolescentes no processo de produção econômica não é fato novo. Em verdade, é de se supor que mesmo nas sociedades familiares nômades mais primitivas teria lugar algum tipo de esforço de crianças e adolescentes, contribuindo em certa medida para o sustento do grupo, desde que possuíssem condição física e habilidade para tanto. Folheando as páginas da História vemos o trabalho infanto-juvenil na Antiga Grécia, na condição de escravos, que adquiriam essa condição por hereditariedade. Crianças abandonadas nas cidades da Grécia Antiga acabavam sendo resgatadas por algumas famílias e, para viver em suas casas tinham que trabalhar como escravos. Na Idade Média, o trabalho infantil (sobretudo a partir dos sete anos de idade) era encarado com naturalidade. Com maior ênfase, foi na Revolução Industrial, ocorrida nos países europeus centrais, que se viu a presença mais intensa de crianças e adolescentes no mundo do trabalho. Marx⁷⁰ explica o fenômeno da seguinte maneira:

Tornando supérflua a força muscular, a maquinaria permite o emprego de trabalhadores sem força muscular ou com desenvolvimento físico incompleto, mas com membros flexíveis. Por isso, a primeira preocupação do capitalista ao empregar a maquinaria foi a de utilizar o trabalho de mulheres e das crianças.

Foi apenas a partir de então que se teve notícia dos primeiros regulamentos proibindo e condicionado o trabalho infanto-juvenil.

Atualmente, o fenômeno persiste, sendo, contudo, encarado como problema a ser superado por diversos setores, notadamente instituições internacionais como o UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Criança e a OIT – Organização Internacional do Trabalho. De maneira mais intensa a partir dos últimos anos do séc. XX, a temática vem sendo apresentada à população brasileira, seja através de publicações e campanhas oficiais, seja através de matérias jornalísticas e reportagens nos meios de

70 MARX, Karl *apud* DA SILVA, Francisco Carlos Lopes. O trabalho infanto-juvenil na sociedade capitalista. In Educar em Revista, número 15. Ed. UFPR, 2000.

comunicação de massa. Na medida em que o problema se põe, vão surgindo questões e polêmicas e, com frequência, se ouvem opiniões carregadas de preconceitos e inexatidões.

“Sou a favor de a criança trabalhar se ela ganha bem e usa o dinheiro para ela”. “Como o adolescente vai aprender uma profissão se não pode praticar em um ambiente de trabalho?” “Com a proibição ao trabalho infantil, agora a criança não pode sequer ajudar na arrumação da casa, limpado o próprio quarto”.

Estas frases revelam profundo desconhecimento da dinâmica e da gravidade do problema. Porém não é raro ouvi-las em rodas de conversas, mesmo entre pessoas com maior acesso a informação. Em se tratando de mera opinião, nenhuma objeção relevante a fazer. Contudo, se temos em vista que a exploração do trabalho infanto-juvenil não será superada senão a partir do convencimento massivo da sociedade, então surge a necessidade de enfrentar tais opiniões.

Este pequeno trabalho se destina a esclarecer e atacar certos posicionamentos inadvertidos e recorrentes, se servem para legitimar a exploração do trabalho de crianças e adolescentes no Brasil e no Mundo.

1. O que é trabalho? O que é trabalho infantil?

Para inaugurar este debate, interessa esclarecer o que vem a ser trabalho.

MITSUO, IAMAMOTO, ISOTANI & ENDO (1999) advertem sobre uma confusão conceitual comum:

A maioria das pessoas associa as palavras trabalho e emprego como se fossem a mesma coisa, não são. Apesar de estarem ligadas, essas palavras possuem significados diferentes. O trabalho é mais antigo que o emprego, o trabalho existe desde o momento que o homem começou a transformar a natureza e o ambiente ao seu redor, desde o momento que o homem começou a fazer utensílios e ferramentas. Por outro lado, o emprego é algo recente na história da humanidade. O emprego é um conceito que surgiu por volta da Revolução Industrial, é uma relação entre homens que vendem sua força de trabalho por algum valor, alguma remuneração, e homens que comprem essa força de trabalho pagando algo em troca, algo como um salário.

Trabalho:

De acordo com a definição do Dicionário do Pensamento Social do Século XX, trabalho é o esforço humano dotado de um propósito e envolve a

transformação da natureza através do dispêndio de capacidades físicas e mentais.

Emprego:

É a relação, estável, e mais ou menos duradoura, que existe entre quem organiza o trabalho e quem realiza o trabalho. É uma espécie de contrato no qual o possuidor dos meios de produção paga pelo trabalho de outros, que não são possuidores do meio de produção.

MACHADO DE OLIVEIRA (1999), comentando o pensamento de Karl Marx, explica:

A diferenciação do homem perante os animais se faz a partir do momento em que ele começa a produzir para viver. Entretanto, o ser humano não age apenas em função das necessidades imediatas e nem se guia pelos instintos, como fazem os animais. Os homens são capazes de antecipar na sua cabeça os resultados das suas ações, sendo desse modo, capazes de escolher os caminhos que irão seguir. É como Marx descreve, em "O Capital", o que distingue, de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele constrói o favo na cabeça, antes de construí-lo em cera. No fim do processo de trabalho obtêm-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e portanto idealmente."(Marx, K. "O Capital", p.150) Assim, o trabalho criou para o homem a possibilidade de ir além da pura natureza, podendo contrapor-se como sujeito ao mundo dos objetos, conquistando assim uma certa autonomia diante dela.

Tendo em vista estas duas compreensões podemos dizer que é potencialmente saudável o trabalho em qual quer idade, e que sua possibilidade esta condicionada a capacidade do sujeito de projetar um propósito neste esforço. Podemos incluir neste conceito uma serie de atividades agradáveis como esportes, culinária, artes plásticas, música, teatro, etc. MACHADO DE OLIVEIRA (1999) esclarece que *"O trabalho é portanto, segundo Marx, uma manifestação, a única manifestação da liberdade humana, da capacidade humana de criar a própria forma de existência específica"*.

Onde estaria então o problema de uma criança trabalhar? Em verdade, por conta disso muitos autores apontam como problema não o trabalho infantil, mas sim a exploração deste trabalho, situação em que ele adquire características que tornam sua execução incompatível com a criança ou mesmo com o adolescente. DA SILVA (2000) esclarece:

O UNICEF (1997) estabelece que o trabalho infantil adquire características de exploração quando envolve: atividade em período integral, quando a criança ainda é muito jovem; muitas horas de atividade; atividade que provoque excessivo estresse físico, emocional ou psicológico; atividade e vida nas ruas em más condições; remuneração inadequada; responsabilidade excessiva; atividade que impeça o acesso à educação; atividade que comprometa a dignidade e a auto-estima da criança, como escravidão ou trabalho servil e exploração sexual; atividade prejudicial ao pleno desenvolvimento psicológico.

A versão do UNICEF é na verdade um pormenorização da situação que o texto item 1 do art. 32 da Convenção sobre os Direitos da Criança, já em 1989, pretendia afastar das nossas crianças:

1. Os Estados Partes reconhecem à criança o direito de ser protegida contra a exploração econômica ou a sujeição a trabalhos perigosos ou capazes de comprometer a sua educação, prejudicar a sua saúde ou o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

Como se pode ver, a exploração que se pretende combater internacionalmente, quando tem por vítima criança ou adolescente, seria aviltante até mesmo para um adulto.

2. Criança ou adolescente?

A respeito da proibição da exploração do trabalho infantil, é necessário esclarecer uma outra coisa. No debate internacional, a definição de criança tem como referência o disposto no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança: *“Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”*. Assim, a criança é definida como todo o ser humano com menos de dezoito anos, excepto se a lei nacional confere a maioridade mais cedo. Como no Brasil a maioridade é fixada em dezoito anos, todos os chamados menores de idade, sob o ponto de vista dos tratados internacionais, são crianças.

Contudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA criou a seguinte distinção: (Art. 2º) *Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade*. O ECA, em quase todo o texto, trata igualmente criança e adolescente, fazendo referência a ambos na maior parte das vezes. Só há tratamento diferenciado em dois momentos: na aplicação de medida sócio-educativa, dado o cometimento de ato infracional, que só se aplica a adolescente, sendo aplicáveis a criança apenas as medidas de proteção; e no que diz respeito à profissionalização e à proteção no trabalho, que também só diz respeito a adolescente.

Cabe aqui um comentário. Até 1998, o texto da Constituição permitia o trabalho a partir de qualquer idade, desde que na condição de aprendiz:

Art. 7º (...)

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz;

Com a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, o texto foi alterado ficando proibido qualquer trabalho do menor de catorze anos, permitindo o trabalho do maior de catorze e menor que dezesseis apenas na condição de aprendiz:

Art. 7º (...)

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

3. O que pode e o que não pode.

Quando confrontamos a definição do UNICEF com os dispositivos da lei e da Constituição brasileiras, algumas dúvidas podem surgir. A pergunta que se coloca é: na hipótese de um determinado trabalho respeitar todas as condições impostas pela definição do UNICEF, pessoa menor de catorze anos poderia realizá-lo legalmente no Brasil?

Inicialmente, vale ressaltar que a definição do UNICEF não diz respeito ao trabalho infantil, ou infante-juvenil, mas trata de definir as situações em que se dá a exploração deste trabalho. Essa definição visa alcançar mesmo as situações de trabalho sem remuneração, em caráter de ajuda ou de dimensão familiar, ou situação equivalente. Essa limitação guarda coerência com outros direitos descritos na Convenção sobre os Direitos da Criança, ou seja, educação, saúde e desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. Em outras palavras, a criança tem direitos de ser protegida de uma situação de trabalho que lhe impeça de exercer seus outros direitos.

Ainda antes de enfrentar a questão posta acima, interessa conhecer o segundo item do art. 32 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

2. Os Estados Partes tomam medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas para assegurar a aplicação deste artigo. Para esse efeito, e tendo em conta as disposições relevantes de outros instrumentos jurídicos internacionais, os Estados Partes devem, nomeadamente:

- a) Fixar uma idade mínima ou idades mínimas para a admissão a um emprego;
- b) Adoptar regulamentos próprios relativos à duração e às condições de trabalho; e
- c) Prever penas ou outras sanções adequadas para assegurar uma efectiva aplicação deste artigo.

Como se vê, com o ECA e a Constituição Federal, o Estado Brasileiro cumpre as alinhas *a*, *b* e *c* deste item. Só mais recentemente vem se cumprindo algumas outras medidas constantes do caput, especialmente as medidas sociais e educativas.

Em fim, enfrentemos a questão. Seguramente, a Convenção parece mais flexível que a norma interna, mas não podia deixar de ser. Um tratado internacional pretende a adesão da maior quantidade de países possível. Para tanto deve respeitar variações e diversidades, como países baseados em produção familiar. Daí a flexibilidade. Pelo texto da convenção é permitido, em tese, o trabalho até mesmo o trabalho de crianças em idades muito baixas, cinco anos, por exemplo, desde que não sejam *perigosos ou capazes de comprometer a sua educação, prejudicar a sua saúde ou o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social*⁷¹. Quando lembramos a versão posta pelo UNICEF, fica claro que a atividade concreta a ser realizada por uma pessoa de cinco anos de modo a ficar de acordo com a previsão da Convenção é tão simples e sem maiores conseqüências que se passaria por brincadeira. Caso contrário, vários processos psico-sociais essenciais para o desenvolvimento da criança seriam prejudicados.

Tendo em vista a legislação brasileira, a hipótese abstrata de uma pessoa com idade inferior a catorze anos realizar atividade laboral, mesmo contemplando todos os aspectos apontados pela definição do UNICEF de exploração de trabalho infantil, é inicialmente ilegal, já que, pela interpretação gramatical da lei, o trabalho de qualquer tipo é proibido para esta faixa etária. Contudo, se pudermos analisar hipóteses mais concretas essa inicial proibição se desfaz pela força dos fatos. Não raro tomamos conhecimento de grupos de crianças envolvidas com os mais diversos tipos de arte: corais, bandas, grupos teatrais. Com muita frequência vemos crianças em tenra idade participando de produções publicitárias e pré-adolescentes envolvidos em produções cinematográficas. Tão ordinário quanto é a atuação infanto-juvenil nas mais variadas modalidades esportivas, inclusive em competições internacionais. Todas estas atividades são passíveis de remuneração e uma supervisão assemelhada à patronal. Porém são todas lícitas e não configuram, num primeiro momento, situação de exploração do trabalho infantil.

Isso é assim porque o próprio ECA diz:

71 Artigo 32, item 1, Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Ainda que a própria lei não dissesse expressamente, é possível lançar mão de uma dos modelos de interpretação jurídica, o Teleológico, pelo qual a lei deve ser aplicada de acordo como os fins que ela pretende alcançar. Ademais, outros trechos da lei vem em socorro para dissipar qualquer dúvida sobre a licitude de estes tipos de “trabalho”:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

É neste artigo 3º que a lei brasileira se aproxima do já visitado texto do artigo 32 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Esclarecido isso, vale avançar na análise das hipóteses. Se tivermos um pequeno circense impedido de ter vivência comunitária por estar presos às suas tarefas artísticas; se o esporte praticado por criança envolve alto grau de estres; se o jovem concertista está sendo levado a se responsabilizar pelos rendimentos da bilheteria; então cessa o proveito da criança e podemos dizer que se caracteriza a exploração de trabalho infantil.

A título de teste hipotético podemos criar mais uma série de exemplos. Contudo, se estivermos diante de uma situação limítrofe real, há que se ter muito cuidado e atenção para não perpetuar uma situação de exploração e, num mesmo passo, não afastar a criança de uma experiência que lhe poderia ser muito proveitosa.

Cumprir pontuar, porém, que a grande maioria das situações reais não são assim tão nebulosas, o que permite mesmo ao observador menos especializado uma fácil identificação da exploração. Tomemos aqui a situação mais corriqueira de uma criança ou adolescente realizar certa atividade mediante remuneração ou outro tipo de contraprestação, sob subordinação e cumprindo determinado período com habitualidade. Estas características, subordinação, remuneração e habitualidade, são os três elementos que configuram uma relação de emprego, regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho de demais normas trabalhistas. Tais situações são incompatíveis com as previsões, tanto da norma internacional, como da lei nacional, como da Constituição brasileira.

Neste caso temos a clara vedação da Carta Maior, ao trabalho do menor de catorze anos, a permissão do trabalho do maior de catorze e menor que dezesseis, mas apenas na condição de aprendiz, e a liberdade de trabalho do maior de dezesseis e menor de dezoito, desde que o trabalho não seja noturno, perigoso ou insalubre. Em verdade, a situação em que a pessoa está desabrigada dessas proteções especiais nas relações de trabalho se dá apenas na maioridade. Só aí o indivíduo estará “livre” para negociar sua mão de obra e dá-la ao vilipêndio do mercado, disputando com um amplo exército de reserva, se sujeitando aos acordos mais desvantajosos e espúrios. Antes disso, não. Não podemos perder de vista que o trabalho infantil tem seu auge num cenário de grande voracidade do sistema capitalista. Não podemos transigir neste ponto sob pena de comprometermos a própria infância das classe menos afortunadas. Para os mais pragmáticos, vejamos o que nos diz RUSSOMANO (1990):

Toda a legislação regulamentadora do trabalho do menor parte do pressuposto de que o menor de hoje é o adulto de amanhã, razão pela qual tudo se deve envidar no sentido de que ele chegue à maturidade íntegro de corpo e de espírito. O menor é um homem em formação. Seu desenvolvimento mental e orgânico está no meio do caminho. Devemos, portanto, lançar mão de recursos capazes de impedir o trabalho que lhe seja prejudicial, quer ao desenvolvimento físico, quer ao intelectual, pois é preciso que ele tenha saúde e receba os conhecimentos mínimos que não devem ser recusados a ninguém.

O trabalhador capaz é aquele que completa 18 anos, sem distinção de sexo ou estado civil. Pode celebrar qualquer contrato individual de trabalho. Já quando tem mais de quatorze e menos de dezoito anos, é relativamente incapaz. Não pode atuar sozinho na vida trabalhista e está sujeito, fortemente, aos princípios do Capítulo IV da CLT. Porém, quando absolutamente incapaz, ou seja, menor de quatorze anos, não poderá de modo algum prestar serviços como empregado, salvo na condição de aprendiz. O regime constitucional de 1967, contrariando o limite mínimo para celebração de contratos estabelecidos pela legislação ordinária, reduziu esse limite para 12 anos, permitindo que se contratasse verdadeiras crianças, em plena idade escolar. Em boa hora, portanto, o legislador constituinte de 1988 derogou a legislação anterior, estabelecendo o limite mínimo de quatorze anos para qualquer espécie de contrato de trabalho, ressalvada, apenas, a hipótese de que o serviço se desenvolva em regime de aprendizagem (CF, art. 7º, inc. XXXIII).⁷²

A situação de trabalhador menor de idade tem uma regulamentação especial dentro da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, no capítulo IV, artigos de 402 a 441.

Por outro lado, não é aceitável a reações preconceituosas, quando não cínicas, quando se diz que todos esse debate contra o trabalhos infantil vão afastar a criança ou o adolescente das coisas boas que o trabalho pode oferecer.

Bibliografia de Referência

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith. Repensando algumas questões sobre o trabalho infanto-juvenil. In: **Revista Brasileira de Educação**, nº 19. ANPEd - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação. Rio de Janeiro. Jan/Fev/Mar/Abr. 2002.

BARKER, Suyanna Linhales, RAYMUNDO, Carmen Maria & PEPE, Carla Cristina Augusto. Atenção Integral à Saúde de Crianças e Adolescentes Economicamente Ativos: uma proposta para Rede Nacional de Saúde do Trabalhador. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/trabalhador/pdf/texto_atencao_integral.pdf

CALEIRO, M. M. Imprensa e exclusão: a Folha de São Paulo e a infância marginalizada . In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 25., 2002, Salvador. Anais. São Paulo: Intercom, 2002. CD-ROM

CENPEC, OIT, CNTE, **Combatendo o trabalho infantil** - Guia para educadores. Brasília. 2001.

DIEESE. O Trabalho tolerado de crianças de até quatorze anos. **Boletim DIEESE**. São Paulo: v. 16, nº. 193, p. 6-22, abr. 1997.

GUARESCHI, Neuza Maria de Fátima. A rua, a casa e a escola: a construção de identidade de meninos e meninas. **Revista Estudos e Pesquisas em Psicologia**. UERJ. Rio de Janeiro. Ano 2, Número 2, 2º semestre de 2002.

LOPES DA SILVA, Francisco Carlos. O trabalho infanto-juvenil na sociedade capitalista. In: **Educar em Revista**, número 15. ISSN 0104-4060. Curitiba-PR. Ed. UFPR. 2000.

MACHADO DE OLIVEIRA, Cristina G. O Conceito de trabalho. In: Filosofia Contemporânea - Karl Marx. Site Filosofia Virtual. 1999. Disponível em <http://www.filosofiavirtual.pro.br/trabalhomarx.htm>

MARTINS, Heloísa Helena Teixeira de Souza. O jovem no mercado de trabalho. In: **Revista Brasileira de Educação**, nº 6. ANPEd - Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação. Rio de Janeiro. Set/Out/Nov/Dez. 1997.

MITSUO, Edward; IAMAMOTO, Iwanaga; ISOTANI, Shiguo; ENDO Rogério Noboru. O fim dos empregos. Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo (IME-USP) 1999. Disponível em <http://www.ime.usp.br/~is/ddt/mac333/projetos/fim-dos-empregos/>

OLIVEIRA, Denize Cristina de. A positividade e a negatividade do trabalho nas representações sociais de adolescentes. In: **Psicologia: reflexão e crítica**. Porto Alegre: UFRGS, 2005.

ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança. Edição portuguesa. 1990.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. São Paulo: Editora Forense, 1990.

SCHWARTZMAN, Simon & SCHWARTZMAN, Felipe Farah. Tendências no trabalho infantil no Brasil entre 1992 e 2002. Brasília: OIT, 2004.

UNICEF, Estado Mundial de la Infância – 1997. Parte 1 e 2. Nova York, NY. 1997.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO-CUIDADOR NA MEDIDA DE PROTEÇÃO DE ABRIGAMENTO

Jairo Rocha Ximenes Ponte

1. Do Direito do Menor à Proteção Integral: superação do autoritarismo, restabelecimento da cidadania.

Até a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a intervenção do Estado na vida de crianças e de adolescentes “era de caráter vertical, impositivo, sem respeito aos princípios humanitários, com inobservância dos direitos humanos e sem programa para a recuperação e a reintegração em ambiente que pudesse estimular a saúde, o respeito próprio e a dignidade da criança”, conforme aponta a Juíza Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima⁷³. O paradigma adotado até então era o da doutrina de Proteção ao Menor em Situação Irregular, inaugurado pela Lei nº 6.679, de 10 de outubro de 1979, conhecida como Código de Menores, mas que não diferia muito da doutrina do Direito do Menor estabelecida Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, o Código de Mello Mattos.

Sob a designação genérica e estigmatizante de “menor”, a lei não reconhecia propriamente a criança e o adolescente como cidadãos e titulares de direitos, mas apenas como apêndices de seus pais ou responsáveis. Sob este foco, ambas as codificações tratavam criança e adolescentes como seres cujas opiniões e desejos não tinham qualquer relevância e que deveriam ser meramente tutelados, seja pela família, seja pela Estado.

O código de 1927 demonstra isso já em seu artigo Art. 1º onde equipara abandonado e delinqüente, para fim de serem submetidos às medidas de assistência e proteção lá contidas. Vale notar que tais medidas, como se percebe pelo art. 55, envolve essencialmente a apreensão e a vigilância dos “menores”. A Lei de 1979 não se distancia muito pois também no seu artigo 1º apresenta de forma explícita sua finalidade de disciplinar “*sobre assistência, proteção e*

73 OLIVEIRA LIMA, Isabel Maria Sampaio. Sistema de garantias de direito da criança e do adolescente no brasil. Disponível em http://www.iin.oea.org/Revista_Bibliografica_240/ANEXO_%20BRASIL.htm

vigilância a menores (...) que se encontrem em situação irregular". A presença da palavra "vigilância" como tratamento necessário à infância e à adolescência ao lado de assistência e proteção, e a escolha da situação irregular para autorizar ação do Estado deixam clara a compreensão da época. A idéia "tutelar para proteger" fica nítida quando o artigo 2º esclarece o que é situação irregular. Enfim, a ação do Estado estava limitada às situações de abandono, prática de infração penal, desvio de conduta e falta de assistência ou representação legal.

Notadamente moralista, paternalista e autoritária, a lei era marcada por expressões ambíguas e pouco técnicas como "perigo moral", "desvio de conduta" e "bons costumes", ao mesmo passo que negava direitos civis mais simplórios como a liberdade de locomoção e a ampla defesa. Pela Lei de 1979 poder-se-ia, por exemplo, determinar medida de internação não somente ao "menor" autor de ato infracional, mas também àquele com desvio de conduta, situação que dava enorme margem de ao arbítrio, dada a extrema imprecisão do conceito.

Assim, por mais que falassem de bem estar do "menor", a noção de proteção que as legislações anteriores a 1988 apresentavam carregava uma forte orientação criminal, servindo para legitimar a privação de liberdade como método de resolução dos problemas relacionados com crianças e adolescentes. Tanto o Código de 1927 como o de 1979 repercutiam na abordagem da problemática social muito mais como um código penal diferenciado que como uma lei de proteção. A rigor, as leis de menores, junto com outras normas e práticas tuteladoras, representavam no Brasil o marco inicial de um discurso criminológico de legitimação do controle:

1 – O discurso criminológico, no Brasil, surge na esteira do controle a ser efetuado sobre os loucos, criminosos e menores de idade – estes atualmente tratados de criança e adolescente – que não se submetiam as regras de convivência e diante de suas especificidades precisavam de um olhar mais apurado, capaz de descobrir as motivações das transgressões à ordem, ou seja, de impor (i)legitimamente um tratamento desigual, recompondo a ordem e a disciplina.⁷⁴ Sob esta compreensão, o Estado funcionava precipuamente como instrumento de controle social da infância e da adolescência. A responsabilidade do Estado se dava apenas nos casos de inadequação da situação do "menor" com o que se considerava socialmente aceitável. No

74 DA ROSA, Alexandre Morais. Decisão no processo penal como bricolage de significantes. Curso de Pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, CURITIBA, 2005. P. 216

Código de 1927, a função do Estado era tutelar a criança e o adolescente que estivessem fora dos moldes de família socialmente aceitável:

O descumprimento de quaisquer das obrigações estipuladas aos pais pelo Código Civil, bem como a conduta anti-social por parte da criança passaram a justificar a transferência da sua tutela dos pais para o juiz e, conseqüentemente, do Código Civil para o Código de Menores. (DA SILVA, 2004, p. 291)

No código de 1979, a referência explícita ao termo “situação irregular” denota a posição do Estado de mero tutor dos “menores” fora dos moldes de família socialmente aceitável. DA SILVA (2004, p. 293) percebe que o próprio Judiciário Brasileiro reconhece que o Estado deve agir apenas para tratar do conflito instaurado, sem qualquer função preventiva.

A Associação Brasileira de Juízes de Menores incorporou tal conceito [Doutrina da Situação Irregular] a partir do seu XIV Congresso, realizado no Chile em 1973, sob a justificativa de que se adequava à tradição legislativa brasileira só tomar conhecimento da problemática da criança a partir do momento em que se configurasse que ela se encontrava em situação irregular na família.

Em verdade, não há diferença significativa na percepção de infância e adolescência nas duas doutrinas. No momento em que se percebe o desajuste com o formato aceitável de família se acionavam os mecanismos de controle e repressão do Estado, em especial o Juiz de Menores, a Polícia e as instituições de internação, com finalidade de retirar esse “menor” do ambiente social.

Não é de se espantar que este “tratamento” do Estado fosse dado quase que exclusivamente a crianças e adolescentes das classes sociais mais pobres. Ninguém, senão a infância e a juventude de classe baixa estavam fora dos padrões aceitáveis de família e por isso precisava ser tutelada para ser “protegida”. Com ênfase, as leis de menores não tinham em vista propriamente a proteção da infância e da adolescência, mas a resolução de um “problema social” materializado especialmente na desagradável presença de crianças e adolescentes pobre nas ruas das cidades. Esta noção de que o a infância e a juventude pobres devem ser entendidos como problema social é o que tem orientado o tratamento dado pela Lei àquela faixa etária desde o início do século até a Nova Constituição⁷⁵. CABRAL & SOUSA

75 Segundo Alvim (1995; 161), “(...) desde o início do século, os debates que antecedem a elaboração do código de menores de 1927, envolvendo juristas, médicos, industriais, policiais e jornalistas apontam para a configuração em torno da infância pobre como problema social”.

(2004, p. 79, 80) explicam como as leis de menores no Brasil, desde a origem, carregam forte teor estigmatizante:

Rizzini (2000), Londoño (1998) e Rizzini (1995) descrevem a fase inicial do período republicano como bastante profícua no que se refere à legislação brasileira para a infância. Naquele período, já se tinha a preocupação em conter a “delinqüência” e a “vadiagem”, em razão da não absorção da mão-de-obra. As décadas iniciais do século XX foram marcadas pela crítica à não-diferenciação no tratamento destinado à criança, ao adolescente e ao adulto “delinqüentes”.

Durante a década de 1920, ocorreram as principais inovações nas leis. Segundo Rizzini (2000, p. 28), “no ano de 1926 instituiu-se o Código de Menores. Em 1927, o Decreto n. 17.943-A consolidava as leis de assistência e proteção aos menores”, buscando sistematizar a ação de tutela e coerção, que o Estado passou a adotar, o que consolidou, na esfera legal, o olhar específico para o problema social emergente da infância e da adolescência: os “menores” passaram a ser definidos, assim, como “delinqüentes” (efeito do problema social) e “abandonados” (causa do problema social). A autora destaca a nítida criminalização, da infância pobre, caracterizada como “abandonada” e “delinqüente” nesse período, no qual, “o termo ‘menor’ foi sendo popularizado e incorporado na linguagem comum, para além do círculo jurídico”(RIZZINI, 2000, p. 41).

Os códigos de menores serviam também para afastar a aplicabilidade de garantias, quando se tratasse de criança ou adolescente, nos processos que resultam em limitação ou privação de liberdade. Tinham em vista a facilitar a aplicação das medidas limitativas a pretexto de proteger. Tudo se faria então a revelia dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, longe de conceitos como presunção de inocência, reserva legal, anterioridade, em nome do melhor interesse do “menor”. É uma situação ambígua em que convivem no discurso sentimentos de defesa e repressão, conforme informa CABRAL & SOUSA (2004, p. 80): *“Rizzini (2000) enfatiza os discursos em defesa da infância/adolescência, mas demonstra que uma observação atenta revelará a oscilação constante entre a defesa da criança e a defesa da sociedade contra essa criança/adolescente, que se torna uma ameaça à ordem pública”*.

Uma série de “novas” palavras surgiram para dar maior consistência ao sistema de conceitos. Assim, de forma quase eufêmica, o acusado virou tutelado, julgamento virou tutela, a pena tornou-se medida de proteção, a prisão virou internamento e o condenado passou a ser protegido. Essa idéia autoritária de proteção, explicitamente pautada no controle, em que o adolescente ou a criança em situação de risco só recebia atenção do Estado após a prática de alguma infração, entendia crianças e adolescentes como objeto de medidas judiciais, nunca como sujeitos de direitos.

Do ponto de vista teórico, é do rompimento com essa compreensão de criança e adolescente desprovido de cidadania e de direitos que veio se construindo no mundo a doutrina da Proteção Integral. Contudo a construção teórica consistente nunca foi suficiente para levar novos princípios a positivação. A nível internacional as primeiras declarações formais pautadas na Doutrina da Proteção Integral remontam a 1924⁷⁶, quando foi promulgada em Genebra a Declaração sobre os Direitos da Criança pela recém criada Liga das Nações, adotada pela ONU em 1959. A declaração contudo não produziu qualquer influencia no Código de Mello Mattos de 1927. DA SILVA (2004, p. 295, 296) narra como o direito brasileiro foi sistematicamente refratário à adoção dos princípios da Doutrina de Proteção Integral:

É importante ressaltar que os princípios da Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, de 1924, não tiveram nenhuma repercussão na redação final do Código de Menores de 1927. Da mesma forma, os legisladores brasileiros não foram sensíveis aos princípios já consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e no Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, que obrigou os países signatários a adotarem em seu direito interno os princípios da convenção, figurando ali a proteção à família e os direitos da criança. Ademais, a Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais anteriormente citados, ambos de 1966, não tiveram nenhuma influência significativa na redação final do Código de Menores de 1979, ainda que o Brasil fosse sensível à agenda de discussões da OEA, como ficou patente na posterior adoção da Doutrina da Proteção Integral.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, não obstante ter sido aprovado pela ONU em 16 de dezembro de 1966, só foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente, já aprovado, passou a incorporar as regras previstas nos artigos 2o, 14, 17, 23 e 24 do pacto, que condenavam o tratamento diferenciado para crianças em razão da forma como foram concebidas, de sua origem social ou de sua condição econômica, preceitos estes presentes no sistema dual enunciado pela subordinação de crianças ora ao Código Civil ora ao Código de Menores, segundo sua composição familiar e origem social.

76 MARCÍLIO, 2004, p. 2.

As mesmas objeções existiam em relação ao artigo 10 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, também só ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, portanto depois da aprovação do ECA, é o mais completo tratado internacional sobre os direitos da criança, colocando-a, ao longo de seus 54 artigos, em posição de absoluta prioridade na formulação de políticas sociais e na destinação de recursos públicos.

Inegavelmente, as discussões para composição da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança (CNUDC), ao longo da década de oitenta, se fizeram presentes também no discurso dos setores que militavam da área de infância e juventude quando da elaboração do texto constitucional brasileiro promulgado em 1988. Contudo, *“foi a conjuntura interna do país na segunda metade da década de 1980, mais do que todas as declarações e convenções internacionais, que sinalizou com as condições propícias à adoção da Doutrina da Proteção Integral”* (SILVA, 2004, p. 297). O próprio estatuto de proteção da criança e do adolescente hoje vigente, o ECA, foi fruto da mobilização e do engajamento dos setores afeitos a causa⁷⁷.

“Cabe assinalar a participação nesta elaboração de educadores de rua, da intelectualidade dos movimentos sociais ao lado de alguns juristas e políticos, assim como de militantes das causas dos meninos e meninas de rua, já bastante numerosos entre campo político. A nova Lei abandona a Categoria menor, e seus defensores consideram uma Lei dos direitos das crianças e do adolescentes”. (ALVIM, 1995;161).

É importante ressaltar que a positivação dos direitos de crianças e adolescentes é parte de um movimento mais amplo de superação do autoritarismo e estabelecimento da

77 Na década de 80, o rápido crescimento da pobreza urbana, o fortalecimento da cultura democrática teve por característica uma intensa mobilização da sociedade brasileira que começava concretizar, na prática política, os conceitos de cidadania, de poder local, de participação na administração pública. A sociedade procura organizar-se e, dessa movimentação, emergem grupos de defesa dos direitos da criança e dos adolescentes que, no final da década se mobilizaram em torno da elaboração de um Estatuto da Criança e do Adolescente, que substituiria o antigo Código de Menores. Em julho de 1990 foi sancionada a Lei nº 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA - que, fiel à Convenção Internacional dos Direitos da Criança e à nova Constituição de 1988, representou um avanço legal no sentido de proporcionar condições para a reformulação das políticas públicas em favor da criança e do adolescente. (BAPTISTA, 2002, p. 22)

democracia. Foi com espírito de reconquista da cidadania e da dignidade que se deu a composição dos textos constitucional e infra-constitucional. Este processo político de “cidadanização” percebeu crianças e adolescente, não mais como problemas sociais, mas como pessoas e cidadãos, sem olvidar de sua peculiar condição de pessoas em desenvolvimento, o que as trona merecedoras de especial proteção.

Dentro da noção de Proteção Integral, o texto constitucional brasileiro assegura para crianças e adolescentes absoluta prioridade⁷⁸ na proteção de seus direitos, além de pulverizar entre a família, a sociedade e o Estado o dever de assegurar tais direitos. Essa ruptura contundente com o paradigma da “situação irregular” pode ser vista com muita clareza no art. 227. Vê-se que a noção de proteção não mais se confunde com a de tutela ou controle.

Na carta magna, vê-se um rol bastante extenso deferidos a crianças e adolescentes: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Fala ainda do direito de serem colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Vê-se claramente que os direitos enumerados no art. 227 e em seus parágrafos já estão contemplados implícita ou explicitamente dentro dos art. 5º a 7º, que tratam de direitos e garantias individuais e direitos sociais, e no resto da Carta Política. A opção de apresentar de forma expressa que crianças e adolescentes também são titulares de tais direitos tem mais uma finalidade política que técnico-jurídica. É consideravelmente óbvio entender que a Constituição atribui aqueles direitos a crianças e adolescentes independente de previsão expressa, uma vez que são pessoas humanas e cidadãos. Contudo, o objetivo daqueles que fizeram constar esta redundância no texto constitucional era afastar de forma definitiva possíveis compreensões ulteriores que viessem a desconsiderar a cidadania e a dignidade de crianças e adolescentes na ordem jurídica brasileira. A demais o texto do *caput* do art. 227 serve para estabelecer com clareza a co-responsabilidade⁷⁹ da família, da sociedade e do Estado na atenção da infância e da

78 A absoluta prioridade, assim como a condição de sujeito de direitos para crianças e adolescentes já constavam na Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU de 1959. Vide MARCÍLIO, 2004.

79 Da mesma forma que Prioridade Absoluta, também a co-responsabilidade de família, sociedade e Estado está prevista na Declaração Universal dos Direitos da Criança da ONU de 1959. Vide MARCÍLIO, 2004.

adolescência, ao mesmo passo que determina a absoluta prioridade em sua proteção e na promoção e defesa de seus direitos.

Para regulamentar e aprofundar as diretrizes fundadas na Constituição de 1988, veio a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida com Estatuto da Criança e do Adolescente, ou simplesmente ECA. Ele vai definir a adoção da Doutrina da Proteção Integral de forma expressa, em seu art. 1º e, sem a mesma redundância do texto constitucional, define criança e adolescente como sujeitos de direitos ao determinar em seus art. 3º que eles gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

É precisamente a partir desta primícia que se estrutura a Doutrina da Proteção Integral. O reconhecimento da condição de pessoa humana às crianças e ao adolescente impõe uma reformulação na maneira de atuar do Estado. A interpretação dessa situação de sujeito de direitos, detentor de dignidade, ainda tem que passar por um elemento novo que é a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

Agora não mais proteção enquanto privação de liberdade, não mais criança e adolescente como meros objetos de medidas judiciais. Agora, como sujeitos de direitos, gozam de todas aquelas garantias e direitos fundamentais antes negados e mais, dentro da noção de Proteção Integral, lhes está assegurado, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Está é, talvez, a melhor definição de Proteção Integral.

2. O Direito à convivência familiar e comunitária

Dentre os direitos apresentados pela Carta Constitucional e aprofundados pelo ECA está o de convivência familiar e comunitária. Por mais que pudesse ser deduzido dos direitos de Liberdade, este direito foi positivado especialmente e unicamente para crianças e adolescentes, como se reconhecesse a importância da família e da comunidade para o seu desenvolvimento pleno. Em verdade, a família é o espaço essencial para a construção de valores éticos e morais, além de uma identidade social, conforme explicam Gomes & Pereira (2005, p. 358):

Para Kaloustian & Ferrari (1994), a família é o espaço indispensável para a garantia da sobrevivência e da proteção integral dos filhos e demais membros, independentemente do arranjo familiar ou da forma como vêm se estruturando. É a família que propicia os aportes

afetivos e, sobretudo, materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes. Ela desempenha um papel decisivo na educação formal e informal; é em seu espaço que são absorvidos os valores éticos e morais, e onde se aprofundam os laços de solidariedade. É também em seu interior que se constroem as marcas entre as gerações e são observados valores culturais. O que se afina com Sarti (1996) quando afirma que: *A família não é apenas o elo afetivo mais forte dos pobres, o núcleo da sua sobrevivência material e espiritual, o instrumento através do qual viabilizam seu modo de vida, mas é o próprio substrato de sua identidade social. Sua importância não é funcional, seu valor não é meramente instrumental, mas se refere à sua identidade de ser social e constitui o parâmetro simbólico que estrutura sua explicação do mundo.*

A família é também o ponto base para o acesso à convivência comunitária, igualmente importante.

A importância da família não está reconhecida apenas implicitamente no texto constitucional. No art. 226 lê-se com muita clareza: *“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*. A Constituição também avança ao reconhecer *“como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”* (§ 4º do art. 226). Este é também basicamente o conteúdo do art. 25 do ECA ao definir família natural, com finalidade de distingui-la da família substituta. Esta compreensão rompe com a velha noção de família tradicional presente no Código Civil de 1916, formada por homem, que ocupa a função de pai, provedor e por isso cabeça do casal; mulher, em condição subalterna, cuidadora e vigia do lar e dos filhos; e os filhos desta relação.

Infelizmente, os termos do §4º do art. 226 da Constituição, ou do art. 25 do ECA não são suficientes para contemplar outros arranjos de pessoas que funcionam para a criança e o adolescente de forma equivalente. Uma parte considerável dessas famílias são formadas sem a presença de qualquer dos pais, por exemplo, apenas pelos irmãos, ou por tia e sobrinhos, ou ainda por avós e netos. Com efeito, não se pode entender a família como uma entidade estagnada e uniforme, ainda mais quando se tem em mente a proteção do Estado:

Assim, não se pode falar de família, mas de famílias, para que se possa tentar contemplar a diversidade de relações que convivem na sociedade. No imaginário social, a família seria um grupo de indivíduos ligados por laços de sangue e que habitam a mesma casa.

Pode-se considerar a família um grupo social composto de indivíduos que se relacionam quotidianamente gerando uma complexa trama de emoções. Entretanto, há dificuldade de se definir família, cujo aspecto vai depender do contexto sociocultural em que a mesma está inserida. (Gomes & Pereira, 2005, p. 358)

Dentro da variação de compreensões sobre quais configurações podem vir a ser consideradas famílias, as autoras ressaltam o “*sentimento de família*” como um elemento que parece permanecer para definir o que vem a ser família:

A família é, portanto, uma construção social que varia segundo as épocas, permanecendo, no entanto, aquilo que se chama de “sentimento de família” (Amaral, 2001), que se forma a partir de um emaranhado de emoções e ações pessoais, familiares e culturais, compondo o universo do mundo familiar. Esse universo do mundo familiar é único para cada família, mas circula na sociedade nas interações com o meio social em que vivem. (Gomes & Pereira, 2005, p. 358)

Por esta abordagem podemos considerar que a criança e o adolescente têm direito de conviver inclusive com o resto da família que está fora do lar ou do convívio cotidiano, como primos, tios, avós, etc. Em verdade, não é preciso grande esforço teórico para sustentar que a convivência com os outros indivíduos aos quais criança e adolescente tem relação de parentesco está abrangida pelos direitos a convivência familiar. Em primeiro lugar, porque esta é a experiência de família da maioria das pessoas. Em segundo lugar, pelo conteúdo sistemático da lei. Uma interpretação mais atenta dos dispositivos do ECA, combinados com os do Código Civil, revelam o reconhecimento da comunidade familiar para além dos pais e seus descendentes. O ECA, ao falar da colocação de criança e adolescente em família substituta no art. 28, o § 2º resalta a importância do grau de parentesco e da relação de afinidade ou de afetividade, na apreciação do pedido, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida. A idéia de solidariedade familiar para além da relação ascendente/descendente também está presente em todo o subtítulo do Código Civil que fala da prestação de alimentos. OLIVEIRA (2006) explica o conceito de comunidade familiar:

Entende-se por comunidade familiar, em acepção restrita, aquela formada por marido e mulher no casamento, companheiros na união estável, qualquer dos pais e seus

descendentes, além de outras situações paralelas abrangendo tutor e tutelado, curador e curatelado (interdito) e mesmo o responsável pela guarda em face do menor a cuidar.

O conceito pode ser ampliado para uma maior constelação de pessoas agregadas ao núcleo familiar, abrangendo os parentes em linha reta e na linha colateral, uma vez que se acham vinculados por obrigações recíprocas, especialmente no campo assistencial, da prestação de alimentos. Ainda se pode considerar nesse campo de interação pessoal e familiar os parentes por afinidade, especialmente os situados em linha reta (sogro e nora, padrasto e enteado), que persistem com essa vinculação civil mesmo depois de extinto o casamento ou a união estável que lhe tenha dado origem.

O que se deve ter em vista é o efeito benéfico para criança e adolescente de se relacionar com outros membros da comunidade familiar além dos pais e irmãos. A convivência com primos, tios e avós, se não estivesse contemplado pelo direito a convivência familiar estaria ao menos abrangido pelo direito de conveniência comunitária. Outros estudos revelam que mesmo o núcleo da chamada família natural pode ser formado por pessoas fora da relação ascendentes/descendentes, até mesmo por pessoas sem qualquer relação biológica de parentesco. É o que nos explica DIAS (2004, p. 66):

Essa nova realidade também impõe-se nas relações de filiação. Conforme João Baptista Villela: “As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade”.

A mudança dos paradigmas da família reflete-se nos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma linguagem que melhor retratam a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, posse do estado de filho.

Todas essas expressões nada mais significam do que a consagração, também no campo da parentalidade, do mesmo elemento que passou a fazer parte do Direito de Família. Tal como aconteceu com a entidade familiar, agora também a filiação passou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. O Direito ampliou o conceito de paternidade, passando a compreender o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal.

No que diz respeito à convivência comunitária, sua importância é equivalente a da convivência familiar, dando conta de outros aspectos não abarcados pela homogeneidade da família. Em convivência comunitária as crianças interagem com outras que não estão orientadas pelos mesmos hábitos de sua família e também. Também o fazem os adolescentes. É o momento de acessar diferentes crenças, etnias, classes sociais, etc. e experimentar a aceitação e a convivência com estas diferenças. Crianças e adolescentes aprendem a se relacionar e a respeitar as regras de convivência extra lar. Ao mesmo passo, cultivam novas relações afetivas inaugurando novos círculos que vão repercutir tanto na identidade como na auto-estima daquele indivíduo em desenvolvimento. A experiência de se posicionar e expressar suas opiniões na comunidade e na sociedade exercita para a cidadania e para a responsabilidade. Além de tudo, o ambiente de convivência comunitária é o lugar mais propício ao exercício do sagrado direito de brincar, praticar esportes e se divertir, previsto já na Declaração 1959 e no nosso ordenamento pátrio no art. 16, IV, do ECA. É no exercício do direito de brincar que crianças e adolescentes enriquecerem a percepção, a sensibilidade, a coordenação motora, a imaginação e a criatividade.

A publicação da Organização Internacional do Trabalho – OIT para o combate ao trabalho infantil⁸⁰ demonstra a importância das brincadeiras para o desenvolvimento de crianças e adolescentes:

As brincadeiras como cantigas de roda, cabra-cega, queimada e os diversos tipos de atividades esportivas e jogos como futebol, xadrez ou damas, por exemplo, apresentam situações pré-estabelecidas, não são criadas por um indivíduo em particular. Portanto, não expressam diretamente aspectos de suas próprias vivências. Mas nelas também a criança experimenta emoções e vivências comuns a todos os indivíduos, simbolicamente representadas, e aprende a respeitar regras e limites, a conviver com o outro. Além disso, nas brincadeiras tradicionais a criança entra em contato com experiências passadas, que fazem parte da história da cultura em que vive. Dessa forma, brincando – sem estar exercendo funções adultas – a criança elabora sentimentos, fantasias, angústias, medos, aprende a se relacionar com o

80 Organização Internacional do Trabalho. Combatendo o trabalho infantil : Guia para educadores / IPEC. – Brasília : OIT, 2001. : il. p. 36

mundo e a se apropriar da história do grupo social de que faz parte – e da história da humanidade.

3. O Poder Familiar e possibilidade de interferência do Estado na família.

É por ser assim de importância capital para o desenvolvimento de crianças e adolescentes que a família recebe especial proteção do Estado. Para conduzir este processo de desenvolvimento os pais são titulares de poder sobre os filhos menores, poder chamado de Pátrio Poder pelo Código Civil de 1916, denominação mantida pelo ECA, e rebatizado de Poder Familiar pelo novo Código Civil de 2002, como há muito reclamava a doutrina⁸¹.

O Poder Familiar, ou Pátrio Poder, tem extensão legal definida pelo artigo 1.634 do Código Civil vigente. Compreende aspectos de cunho eminentemente civilista como representação e assistência para os atos da vida civil, consentimento para casamento, nomeação de tutor, etc, e também implica aos pais poderes na relação de convivência, podendo eles exigir obediência e respeito dos filhos, dirigir-lhes a criação e educação e tê-los em sua companhia e guarda.

Como titulares deste poder, os pais tem papel fundamental na determinação dos rumos da família, cujo valor, como já vimos, *“não é meramente instrumental, mas se refere à sua identidade de ser social e constitui o parâmetro simbólico que estrutura sua explicação do mundo”*⁸². Para que a família funcione como este parâmetro simbólico para a criança e o adolescente, é necessário que o Estado respeite a liberdade dos pais na condução da criação dos filhos. Vale aqui tudo que se produziu sobre liberdades civis e políticas. Estes direitos de primeira dimensão implicam na proibição da interferência do Estado na vida privada. Esta deve ser a regra: a família é espaço privado fora da interferência do Estado.

O ECA expressa esta diretriz de forma sutil mas simbolicamente contundente ao determinar, em seu art. 23, que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo

81 ALONSO (2001, p.15) comenta: *Em relação ao pátrio poder, por exemplo, a doutrina tem repudiado de forma contundente sua denominação, reputando-a desvinculada de seu conceito atual, que põe em destaque os deveres paternos e aponta a proteção dos filhos menores como seu objetivo principal. Embora o legislador nacional não tenha se animado, ainda, a alterar o nomen juris do instituto em exame, ele já foi rebatizado na doutrina e em algumas legislações estrangeiras, destacando-se dentre as diversas proposituras as seguintes designações: Pátrio Dever, Poder Familiar (Projeto do novo Código Civil), Poder Paternal, Poder Parental e Autoridade Parental (França e Suíça).*

82 Gomes & Pereira, 2005, p. 358.

suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder. Contudo, esta noção de família como espaço *a priori* fora da interferência do Estado tem que ser precisamente compreendida. Não se trata de deixar as famílias mais vulneráveis largadas a própria sorte. Em verdade, o apoio às células familiares é uma importante saída para os problemas estruturais que atingem crianças e adolescentes:

Percebe-se, na verdade, que a questão fundamental é a necessidade de promoção e apoio às famílias vulneráveis através de políticas sociais bem articuladas e focalizadas. O reconhecimento das mesmas, como objeto de políticas públicas, constitui fator decisivo para atingir objetivos prioritários do desenvolvimento humano, tais como a minimização da pobreza, o acesso à educação, saúde, alimentação, moradia e proteção integral às suas crianças e adolescentes.⁸³

O que não se pode consentir é que se remova o poder familiar, o com ele a possibilidade de crianças e adolescente construírem os valores que lhes permitem se situar e diferenciar no mundo, sob o pretexto de proteger os filhos da impossibilidade dos pais lhes sustentarem. É medida de nítido caráter autoritário. A melhor interpretação do dever de sustento (art. 22 do ECA), tendo em vista o que diz o art. 23, é que ele só pode ser oposto contra os pais em condições de prestá-lo. Dada a impossibilidade material da prestação de sustento, tendo em vista a co-responsabilidade de família, sociedade e Estado na proteção da infância e da adolescência, outro ente deve vir em socorro. O parágrafo único do art. 23 veio deixar isso claro ao dizer que *“não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio”*.

Há de se distinguir porém a impossibilidade de prover o sustento do abandono. A primeira situação está mais ligada a má condição econômica do núcleo familiar, enquanto a segunda é caracterizada pelo afastamento de qualquer dos pais da criança ou adolescente, negando cuidado, atenção e proteção, circunstância normalmente associada a uma situação de rua. Uma não implica necessariamente na outra, tampouco o inverso. Por certo, é mais provável encontrar abandono em situação de pobreza. Porém pode-se vislumbrar situação em que a condição econômica da família não lhes permite condições de alimentação ou moradia digna,

83 Idem, p. 361.

sem contudo haver abandono. Da mesma forma, uma família abastada pode simplesmente abandonar um filho, deixando-o entregue a própria sorte. A distinção é necessária pois a situação de pobreza não repercute no poder familiar, enquanto o abandono sim.

Assim, o poder familiar está em regra salvo de interferências, podendo ser exercido livremente com vistas ao pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes no ambiente familiar. Não se trata, contudo, de um poder absoluto, como era considerado na antiga Roma⁸⁴. Com efeito, é em favor dos filhos e em seu interesse que se exerce o poder familiar, o que pode ser facilmente deduzido tanto do Código Civil como do ECA. Ambas as normas apontam situações que podem acarretar perda ou suspensão do poder familiar, fazendo referência ao descumprimento injustificado dos deveres e obrigações do pai para com os filhos.

A suspensão e a perda do poder familiar são formas muito contundentes de interferência do Estado na condução da família, pois tem a finalidade de afastar o pai, ou a mãe, ou ambos da condução da família. Contudo, não é a única. O ECA estabelece outras medidas aplicáveis a pais e responsáveis que sem dúvida importam em alguma interferência na organização familiar. Há ainda a previsão de medidas de proteção que igualmente importam em interferência na organização da família.

Tais medidas, ao passo que interferem na livre organização da família, devem ser cuidadosamente manejadas para que não redundem no retorno do autoritarismo. Logo, a aplicação dessas medidas pressupõe uma decisão fundamentada emanada de magistrado competente, a partir de processo judicial em que seja dada oportunidade aos envolvidos apresentarem suas explicações, explicações estas que servirão inclusive para a autoridade judiciária possa decidir com maior precisão a adequação da medida a ser aplicada.

A necessidade da apreciação do Judiciário, em processo que contemple a fala dos interessados, não é mero capricho de formalidade. Como já se viu, a mudança da antiga visão de “menor” para a atual noção de criança e adolescente foi fruto de um processo de luta política que consolidou a democracia e a cidadania como valores fundantes do Estado Brasileiro e repeliu o autoritarismo com prática. Insistir que a conveniência da aplicação de medidas que

84 ALONSO, Paulo Gimenes. Do pátrio poder ao pátrio dever: novas reflexões sobre um velho instituto. Pres. Prudente-SP – Junho de 2001, p. 8.

interferem na organização familiar passem pelo crivo do devido processo, observadas todas as garantias, é reforçar cidadania e encorajar nos sujeitos a sua prática.

Em verdade, as medidas autoritárias de antes de 1988, que eram em tese aplicáveis a qualquer classe social, recaiam com muito mais freqüência nas classe mais pobres e vulneráveis, em maior grau porque estas classes estavam alijadas do exercício da cidadania e por uma compreensão preconceituosa do fenômeno social⁸⁵, que propriamente porque se tratassem de situações merecedoras de intervenção da autoridade do Estado.

Não há dúvida que a condição sócio-econômica é determinante para a qualidade de vida das famílias e de seus membros. *A injustiça social dificulta o convívio saudável da família, favorecendo o desequilíbrio das relações e a desagregação familiar*⁸⁶. Porém, se acreditarmos que a solução do problema está na aplicação indiscriminada das medidas previstas no ECA, estaremos retornando a compreensão de criança e adolescente como meros objetos de tutela e controle e nos afastando da idéia de proteção integral.

Vale lembrar que, sob a vigência das antigas leis de menores, poderia o juiz decretar de ofício medidas que importavam em afastamento do convívio familiar, apenas por estar a criança ou o adolescente andando desacompanhado na rua em horário avançado. Assim, o que cabe discutir aqui é quais são as situações que autorizam a interferência do Estado na família, em especial através de medidas drástica que implicam em separação da criança e do adolescente da comunidade familiar.

O ECA, a título de medida de proteção, autoriza a aplicação de medida de abrigo em entidade, que importa em não convivência familiar, além da colocação em família substituta, incompatível como a convivência ao menos com a família natural. Estas medidas assim como qualquer medida de proteção, conforme o caput do art. 101, podem ser decretadas apenas se verificadas as hipótese do art. 98, a saber, toda situação em que os direitos reconhecidos no

85 COSTA, CARNEIRO, & FARIA (1999) advertem: *É importante, ainda, não associar automaticamente e de forma não mediada pobreza e desvio, associação que, não obstante, tem sido freqüente desde a década de 70, tendo dado sustentação aos programas sociais em curso no país até a década de 90, norteando, ainda hoje, boa parte da prática e do universo cognitivo das instituições encarregadas do atendimento de adolescentes em situação de risco. Essa vinculação, além de não ter sustentação do ponto de vista empírico, obscurece dimensões e variáveis múltiplas que contribuem para a produção e reprodução do fenômeno de adolescentes em variadas situações de vulnerabilidade social.* (p.10)

86 Gomes & Pereira, 2005, p. 360

ECA forem ameaçados ou violados por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; em razão da conduta do protegido.

Já de pronto se percebe que nem a medida de abrigo em entidade, nem a de colocação em família substituta podem ser fundamentadas na ação ou omissão da sociedade ou do Estado, tampouco em razão da conduta da criança ou do adolescente, senão na falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável.

Importante notar que, segundo o parágrafo único do art. 101, *“o abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade”*. Assim, por interpretação sistemática, a lei estabeleceu o abrigamento apenas como uma fase para a colocação em família substituta, sendo então uma única medida, que já presume separação da criança ou adolescente do companhia de uma família anterior, natural ou não, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável.

Conforme o art. 28, *“a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”*. Curiosamente, o ECA, dentre as medidas aplicáveis aos pais ou responsável, indica a perda da guarda, a destituição da tutela e a suspensão ou destituição do pátrio poder. Ora, sabemos que o pátrio poder, ou poder familiar, decorre não só da situação de pai natural, mas também pode ser adquirido em virtude da adoção. Conclui-se, portanto, que essas três medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis tem a mesma consequência: interromper o poder dos pais ou responsáveis e com ele a convivência familiar.

A aplicação das três medidas, a exemplo das medidas de proteção já citadas, não pode ser justificada pela ação ou omissão de Estado ou sociedade, nem pela conduta da criança ou do adolescente, mas apenas pela falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável. De forma mais explícita, o art. 24 esclarece que *“a perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”*. O art. 22 fala do dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores. A referência aos casos previstos na legislação civil diz respeito ao arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil vigente:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Aqui fica claro que tanto estas três medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, como aquelas duas medidas de proteção são parte de um mesmo processo, que se inicia como reação à eventual desobediência dos pais ou responsáveis aos deveres que lhes são impostos, como o abandono por exemplo, e tende a se encerrar com a colocação da criança ou adolescente em uma família substituta. Quando se diz “tende a se encerrar” é para frisar que o processo pode não se encerrar com a colocação da criança ou do adolescente em família substituta. Em primeiro lugar porque pode persistir a mesma situação de omissão ou abuso, em segundo lugar porque é possível que não se consiga alocar a criança e ao adolescente em família substituta até a sua maioridade.

As medidas de destituição da guarda, da tutela ou do poder familiar tem efeitos semelhantes também por que os próprios institutos passíveis de destituição ou suspensão são similares. É bem razoável entender que aquilo que se aplica a suspensão ou perda do pátrio poder, como as previsões do art. 24 do ECA, também se apliquem no que couber aos casos de perda da guarda e da tutela.

A atenção especial a estas cinco medidas decorre do fato de nenhuma das outras medidas descritas no art. 101 ou no art. 129 do ECA repercutirem desta maneira na vida tanto de pais ou responsáveis como de crianças e adolescentes, fragmentando o convívio familiar. No

caso dessas medidas, se trata de uma interferência drástica do Estado-Juiz na família, resultando no afastamento de pelo menos um de seus membros.

Este panorama no ECA esclarece também que situações autorizam medidas tão drásticas, em suma, a falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável que, como já foi colocado anteriormente, não pode se pautar apenas na falta ou a carência de recursos materiais.

4. O abrigo como medida de proteção

O abrigo no Brasil é instituição tão antiga como a própria colonização, sendo inicialmente responsabilidade das Câmaras *Municipais* “encontrar os meios para criar as crianças sem família – função esta que era exercida a contragosto pela municipalidade, com evidências de omissão, negligência e falta de interesse” (BAPTISTA, 2002, p.17). No Séc. XIX as obrigações como o amparo dos *expostos* passou para as Santas Casas, onde houvessem. Como as Municipalidades continuavam refratária a responsabilidade de amparar criança e adolescente em situação de abandono, foram as Assembléias provinciais que acabaram subsidiando as Santas Casas na atividade de abrigo.

Durante o Séc. XIX, a idéia de abrigo estava intimamente ligada à filantropia e a idéia de atendimento órfão e da criança abandonada. Nos dizeres de DA SILVA (2004):

O abrigo e a prática do abrigo encontram sua justificativa ético-moral na teoria do contrato social, a partir do pressuposto de que a parte mais estável, mais próspera e melhor estruturada da sociedade possui responsabilidade moral na proteção dos mais fracos, vulneráveis e desamparados. Assim, a sociedade aceita de bom grado aprovar leis, destinar recursos financeiros e humanos e criar instituições destinadas ao amparo de viúvas, órfãos, idosos, doentes e incapazes, dada a suposição de que tais pessoas se encontram involuntariamente em situação de desvio em relação ao padrão de organização familiar. (p. 290) Neste período surgiram no Brasil as Rodas dos Expostos, mecanismos que serviam de porta de entrada para o abrigo das crianças que viesse a ser abandonada, com vistas mantê-la a salvo dos riscos próprios do abandono em local público, ao mesmo tempo que mantinha o sigilo sobre aquele que abandonava⁸⁷. CABRAL & SOUSA (2004) explicam:

87 CABRAL & SOUSA (2004, p. 75) informam que “Rizzini (1995; 2000) enfatiza que as preocupações em relação à população infantil e juvenil até o advento da Independência do Brasil limitavam-se à prática do recolhimento nas Casas dos Expostos”.

Em virtude do agravamento da situação das crianças abandonadas, órfãs e “enfeitadas” – também chamadas de “expostas” –, decorrente dos constantes atritos entre o governo real, que cumpria mal suas responsabilidades e seus compromissos financeiros no que se referia à assistência aos “enfeitados”, e a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia, foram criadas, após anos de pressões e discussões, as Rodas dos Expostos. Segundo Faleiros (1995, p. 235), “a Roda se constituía em todo um sistema legal e assistencial dos expostos até sua maioridade. Em realidade, ‘Roda’ era o dispositivo cilíndrico no qual eram enfeitadas as crianças e que rodava do exterior para o interior da casa de recolhimento”. (p. 75)

No Séc. XX, com ênfase na década de 20, regulamentou-se o abrigo como política estatal. Passaram a ser destinatários desta política, além dos “menores abandonados”, os “menores delinqüentes”. Assim, a passagem por entidade de abrigo e a condição de menor assumiu ainda mais um caráter nitidamente estigmatizante⁸⁸ para crianças e adolescentes.

O Código de Mello Mattos, de 1927, consolidou os regulamentos de assistência e proteção a menores abandonados e delinqüentes. O código determinou que o abrigo de menores ficasse subordinado ao Juiz de Menores, não só no que se refere ao encaminhamento, mas quanto a própria direção das unidades de atendimento.

Da mesma forma, o Código de Menores de 1979 manteve a perspectiva estigmatizante, destinando o atendimento em unidade de abrigo ao “menor em situação irregular”. Incorporou, contudo, as modificações a respeito da responsabilidade pelo atendimento, passando do Judiciário para o Executivo, que vinham ocorrendo ao longo do século, com mais ênfase na década de 60, quando foi criada a FUNABEM – Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

O ECA modificou dramaticamente a abordagem do problema. Inicialmente, o termo abrigo aparece no Estatuto no art. 90, como um dos regimes de atendimento. Mais esclarecedor é o art. 92, que estabelece nove princípios para o atendimento em programas de abrigo:

- I - preservação dos vínculos familiares;
- II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem;
- III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;

88 CABRAL & SOUSA (2004, p. 75/76) esclarecem que o termo menor nem sempre teve efeito estigmatizante.

IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;

V - não desmembramento de grupos de irmãos;

VI - evitar, sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;

VII - participação na vida da comunidade local;

VIII - preparação gradativa para o desligamento;

IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.

Os princípios do art. 92, aproximam nitidamente o atendimento em abrigo a uma política de assistência social. Com a edição da lei orgânica da assistência social – LOAS, Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993, que já no art. 2º indica dentre os objetivos da assistência social a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, assim como o amparo às crianças e aos adolescentes carentes, se afastou definitivamente a idéia de abrigo como espaço correicional passaram a funcionar ambiente de apoio à infância e à adolescência, sendo agora definitivamente um direito dentro da política de assistência social:

Na perspectiva do ECA, abrigo deve ser um lugar que ofereça proteção. Apresenta-se como uma alternativa provisória de moradia, que deve manter um clima residencial e um atendimento personalizado das crianças e adolescentes que acolherem. Para tanto, esse atendimento deve ocorrer em pequenas unidades, para pequenos grupos, possibilitando a participação na vida da comunidade para utilização de seus recursos, como escolas, áreas de lazer, centros médicos, quadras esportivas etc.⁸⁹

Com efeito, além de ser política de assistência social, o abrigamento cumpre papel de outra natureza. O art. 101 do ECA, estabelece o abrigamento como um medida de proteção. No parágrafo primeiro do mesmo artigo, projeta o abrigo como medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta. Distingue o atendimento em abrigo do internamento, deixando claro que abrigamento, mesmo como medida de intervenção, não implica em privação de liberdade. O ECA não é claro nesta distinção, contudo sua leitura combinada com a LOAS, como descrito acima, permite chegar a esta conclusão.

Assim, por mais que se materialize na mesma unidade física de atendimento, o abrigo funciona como instituto jurídico de duas formas diferentes, como política de assistência e como medida de proteção. A primeira sendo acessível a qualquer um que procure, observada a faixa etária; a segunda resultado de ordem judicial, pressupondo a desagregação familiar, com vista a colocação em família substituta.

Sem dúvida, esta distinção não é rígida e estanque, podendo facilmente se vislumbrar evento em que o atendimento é feito carregando ambas as características. Porém é necessário diferenciar as duas situações para melhor compreender o fenômeno. Uma implica em procura voluntária do protegido enquanto a outra decorre de interferência externa. Enquanto assistência, não produz situação de institucionalização, já que a liberdade de entrar e sair da instituição é conhecida pelo atendido. Pela sua dinâmica é mais provavelmente acessada por adolescentes. Já o abrigamento como medida de proteção, já que presume o esfacelamento do ambiente familiar, produz algum nível de institucionalização e inevitavelmente gera alguma expectativa no atendido é acompanhada da destituição do poder familiar. Com maior probabilidade, os protegidos por esta medida são inicialmente crianças. Principalmente, a condição de cuidador exercida pelo Estado através de seus agentes, na política de assistência, tende a ser pulverizada e esporádica, enquanto na medida de proteção a função de cuidador deve ser mais ostensiva e continuada.

Assim sendo, o abrigamento, enquanto a medida de proteção, é aplicável principalmente a criança ou adolescente em situação de risco pessoal⁹⁰, assim considerado a situação de ameaça a integridade física ou psíquica proporcionado pelos pais ou responsáveis, incluído a violência e a exploração sexual e o envolvimento com psicotrópicos, deixando a situação de risco social (pobreza, mendicância, falta de escolarização) para política de assistência social, afastada a hipótese de institucionalização⁹¹.

90 São geralmente incluídos na categoria “em situação de risco pessoal e social” crianças e adolescentes com perfis diversos e trajetórias distintas, ainda que possam ser percebidas situações sociais similares, marcadas, no limite, pela pobreza e pela exclusão. Trata-se de realidades interligadas, na medida em que expressam a carência de políticas sociais prioritárias direcionadas para a infância e a juventude pobres no Brasil, revelando a agudeza da desigualdade social e a ineficiência histórica do aparato encarregado da elaboração e execução de políticas sociais no país. (COSTA, CARNEIRO, & FARIA, 1999, p.10)

91 DA SILVA (2004) aceita a existência do abrigamento apenas em caso de risco pessoal: *Não incorreríamos no erro de afirmar que abrigo é uma instituição em vias de extinção, porque reconhecemos que há situações de*

5. O prejuízo à infância institucionalizada.

A Profa. Lidia Natalia Dobrianskyj Weber, do Departamento de Psicologia da UFPR, nos informa quais são as conseqüências da “institucionalização”:

Na verdade, essa prática da institucionalização tem sido amplamente criticada e condenada, levando alguns autores a sustentarem que *"o ato da institucionalização é em si mesmo uma forma de abuso infantil"* (Miller, 1981). Esta conclusão é certamente aplicável a muitas regiões onde internatos funcionam em recintos caracterizados por falta de segurança, higiene, estimulação e, principalmente carinho. Como bem coloca Pilotti (1995, p. 41) *"... a institucionalização acarreta mais danos que benefícios para a maioria das crianças internas devido ao predomínio das seguintes características negativas no desenvolvimento do ser humano: impossibilidade de interação com o mundo exterior e conseqüente limitação da convivência social; invariabilidade do ambiente físico, do grupo de parceiros e das autoridades; planejamento das atividades externas à criança, com ênfase na rotina e na ordem; vigilância contínua; ênfase na submissão, silêncio e falta de autonomia"*. As conseqüências negativas deste processo - tanto para o indivíduo como para a sociedade - surgem dos graves e irreversíveis efeitos exercidos pela institucionalização sobre os afetados. Com efeito, a criança a criança interna desenvolve uma auto-estima extremamente baixa, caracterizada por uma imagem negativa de si mesmo o que interfere no desenvolvimento normal das relações interpessoais. A inserção social destas crianças fica extremamente limitada.⁹²

ALEXANDRE & VIEIRA (2004) também dá conta que os prejuízo sofridos por crianças em situação de institucionalização ocorrem mesmo que sejam dada os devidos cuidados alimentares, higiênicos e médicos:

Ao falarmos da criança institucionalizada, observamos que, mesmo recebendo cuidados alimentares, higiênicos e médicos, ela caminha tardiamente, demora a falar e tem dificuldade para estabelecer ligações significativas (Rizzini, 1995). A autora assinala que

risco pessoal para as quais a única alternativa disponível para Prefeituras Municipais, Juízos da Infância e Juventude e Conselhos Tutelares ainda é o abrigo, ainda que de forma temporária e excepcional e sujeito a maior vigilância e fiscalização. (p. 299)

92 Trecho de um breve resumo da conferência "Abandon et adoption: regards sur l'Amérique Latine", apresentada no Congresso "Le bébé face à l'abandon, le bébé face à l'adoption" realizado em 23 e 24 de janeiro de 1998 em Paris. Disponível na página do Ministério Público - RS: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id117.htm>

abandonar uma criança ou enviá-la para um abrigo é privá-la de ter uma família, onde existem intimidade e cumplicidade. Não é possível relacionar-se assim em abrigos, pois há uma proporção grande de crianças em relação a adultos. Assim, o eventual afeto recebido dos funcionários tem que ser dividido entre as crianças. (p. 208)

O ECA, de forma singela, reconhece e tenta evitar a ocorrência destes prejuízos quando estabelece o princípio da brevidade e da excepcionalidade para a medida de abrigo (parágrafo único do art. 101), e quando estabelece os princípios do programa de atendimento em abrigo (art. 92). Contudo, por melhor que seja o abrigo, o resultado para a criança será sempre prejudicial, quando comparado a permanência com a família.

Fica claro que se trata de medida de grandes repercussões para a vida do protegido, devendo sua aplicação ser cuidadosamente avaliada pela autoridade competente, ainda mais quando o risco de uma institucionalização prolongada é maior exatamente nas camadas mais vulneráveis da população, aquelas que ocupam a maior parte das vagas em abrigos, conforme explica DA SILVA (2004):

Historicamente, entretanto, especialmente durante a vigência dos códigos de menores de 1927 e 1979, o abrigamento foi praticado no Brasil não como medida transitória, de caráter reparatório, com o objetivo final de restituir a normalidade da organização familiar, mas como medida definitiva, excludente e corroboradora da situação de desvio sociofamiliar. Isso ocorreu, sobretudo, em virtude do perfil da criança abrigada — afro-descendente e masculina —, incompatível com o modelo de família patriarcal fomentado pelo Código Civil Brasileiro.

O caso em que o reenquadramento da criança ao modelo de família nuclear pode restituir a ela a situação de normalidade sociofamiliar configurou-se pela adoção, especialmente, de meninas brancas e recém-nascidas, mais adequado ao perfil da família padrão. Meninos e meninas afro-descendentes foram e ainda são condenados a viver em abrigos até a maioridade, assumindo o abrigo a função de um substitutivo para a família. (p. 290)

6. A responsabilidade do Estado-cuidador na medida de proteção de abrigamento.

Inicialmente cabe colocar que, de maneira geral, as condutas praticadas por agentes, de entidades que desenvolvam programa de atendimento em abrigo, tanto governamentais

como não-governamentais, independente da forma de financiamento de suas atividades, implicam em responsabilidade do Estado. Isto decorre principalmente dos seguintes aspectos. O recebimento a criança ou o adolescente pela entidade por força de medida de proteção, envolve uma conduta do Estado, através da autoridade que faz o encaminhamento. Tal conduta do Estado, segundo a teoria da responsabilidade objetiva, é suficiente para, em tese, configurar nexo de causalidade.

Por outro lado, as entidades não-governamentais que pretendem executar programas de atendimento em abrigo somente poderão funcionar depois de registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, por força do art. 91 do ECA. Aliado a isso, o art. 97 atribui ao Estado, através do Judiciário, do Ministério Público e dos Conselhos Tutelares, a responsabilidade pela fiscalização do deveres previstos no art. 94. As eventuais omissões ou falhas tanto no processo de registro das entidades com no de fiscalização, dentro da teoria da responsabilidade objetiva, importam, em tese, em nexo causal para determinar a responsabilidade do Estado.

Por um terceiro ponto de vista, para além da responsabilidade civil do Estado em eventual ação reparatória, com resultado meramente patrimonial, há que se ressaltar o dever ético no cuidado de crianças e adolescentes, positivado na carta constitucional e no ECA, que é concorrente para a família, a sociedade e o Estado. O princípio axiológico que sustenta esta co-responsabilidade, deve orientar todas as ações do Estado numa perspectiva de efetividade de direitos e prevenção de violações, com vistas ao bem-estar e pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes, em vez de se pautar na idéia de reparação, que quase sempre tem reflexos patrimoniais, muitas vezes incertos e insuficientes.

Por tudo isso, as obrigações aqui opostas contra o Estado independem de o atendimento em abrigo ocorrer em entidade governamental ou não-governamental.

Inicialmente, repousa sobre os Estado, para com o abrigado, o dever de respeitar a sua condição de pessoa humana e os direitos decorrentes desta condição. Aqui vale ressaltar a incidência dos direitos fundamentais de primeira dimensão, em especial as liberdades civis e políticas. O ECA estabelece no art. 16 os aspectos que estão compreendidos no direito de liberdade. Todos os aspectos ali descritos são perfeitamente deduzíveis dos direitos elencados no art. 5º e seguintes da Constituição Federal, dos quais crianças e adolescentes também são

titulares. Por isso, pode-se inferir que a lista do art. 16 é meramente exemplificativa, servindo em grande medida para enfatizar politicamente a validade dos elementos que eram menosprezados na compreensão arcaica de criança e adolescente, ressaltando derivações da liberdade específicas de criança e adolescente como o direito de brincar, praticar esportes e se divertir.

Recaem sobre o Estado também todas as obrigações decorrentes a proteção integral, que está descrita, de forma resumida mas bastante contundente, nos art. 3º e 4º do ECA.

Todos estas obrigações compõe a responsabilidade do Estado para com a infância e a adolescência em geral. Contudo, uma vez que promove abrigamento por força de medida de proteção, o Estado passa a responder também por outras obrigações específicas. A partir deste momento, a criança ou o adolescente abrigados passam a ter o Estado como seu cuidador⁹³, e esta condição implica ao Estado às mesmas obrigações impostas ao guardião pelo art. 33 do ECA, ou seja, a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, assim como a possibilidade de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Esta conclusão é facilmente extraída do art. 92 do ECA, notadamente por força do parágrafo único que equipara o dirigente de entidade de abrigo ao guardião para todos os efeitos de direito. Assim, a partir deste momento, o Estado corresponde para o abrigado à família, incorporando suas responsabilidades.

Os itens art. 92 estabelecem as obrigações específicas dos Estado no atendimento de criança e adolescente em programa de abrigo. A previsão legal projeta um modelo de abrigo que contemple os alguns aspectos.

O primeiro seria a manutenção do vínculo com o a família de origem, natural ou não. Isso já vem posto de forma explícita no primeiro item que determina a preservação dos vínculos familiares, mas não só. Ao estabelecer que a integração em família substituta só pode ocorrer quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem e quando veda o

93 A nosso ver o Estado está na condição de cuidador independente de estar ou não o poder familiar suspenso ou suprimido, pois está obrigado por ato formal de autoridade competente aos cuidados e atenção próprio da guarda.

desmembramento de grupos de irmãos⁹⁴, a lei reforça a idéia de que uma família é sempre preferível a um abrigo, especialmente para as crianças.

Note-se que aqui a noção de família, objeto de manutenção, não pode ser restrita à simplória previsão legal de família natural, pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Os outros parentes e até mesmo outros indivíduos que não detenham parentesco com o abrigado devem também ser levados em consideração como família. Como já vimos, a família está muito mais relacionada como o convívio e o sentimento de afeição que por laços biológicos. O precisam ser mantidos são os laços preexistentes de amizade e afetividade. O melhor abrigo será um ambiente insuficiente para suprir o que a criança recebe na mais carentes das famílias. Sendo uniforme e artificial, povoado de forma sempre coletiva, não permite a construção da intimidade e da cumplicidade naturais da vida fora do abrigo em algum arranjo equivalente aos familiar, mesmo que não seja formado dos pais e dos filhos desta relação.

A lei admite este argumento ao determinar no art. 34 que o poder público deve estimular o acolhimento sob a forma de guarda. Esta idéia também esteve presente quando se estabeleceu serviço de identificação e localização de pais ou responsável como uma das linhas de atendimento do art. 87.

Assim, é responsabilidade do Estado fazer de tudo para evitar que criança e adolescentes sejam mantidas em abrigos quando for possível sua manutenção em arranjo equivalente a família.

O segundo aspecto da responsabilidade específica do Estado com o abrigado está em tornar um abrigo um ambiente mais próximo possível com o ambiente familiar. Vê-se isso quando o ECA determina que o atendimento deva ser personalizado e em pequenos grupos e que se deve evitar a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados. A intenção é muito clara. Deve-se favorecer, ao longo do período de abrigamento, que os

94 “Com relação aos irmãos, observamos que, comumente, são separados para encaminhamento aqueles de mais tenra idade, restando aos maiores a alternativa de institucionalização por tempo indefinido. Os prejuízos emocionais são irreversíveis, tanto para os que foram adotados, que sofrem com a separação, quanto para os que permaneceram no abrigo, situação que reforça neles o sentimento de rejeição.” (SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *O Serviço Social no Poder Judiciário de Santa Catarina: construindo indicativos*. Florianópolis: Divisão de Artes Gráficas, 2001. p.88. apud CARREIRÃO, 2004, p. 310)

abrigados desenvolvam laços afetivos equivalentes aos vivenciados em família e que estes laços possam ter alguma sobrevida, não somente com o equivalente aos pais, mas também com o equivalente aos irmãos. A criança abrigada terá menor possibilidade de desenvolver laços deste tipo se for atendida de maneira impessoal, em grupos grandes, ou de mantê-los se for transferida.

O terceiro aspecto é o dever de facilitar que o abrigado tenha convivência comunitária em situação equivalente aquela experimentada pelo não abrigado. Por isso o Estado deve garantir a participação dos abrigados na vida da comunidade local; o desenvolvimento de atividades em regime de co-educação e a participação de pessoas da comunidade no processo educativo. Cabe aqui lembrar tudo que já vimos sobre a importância da convivência familiar para a criança e o adolescente. Deve se ressaltar especialmente as situações menos visíveis quando se trata do tema, como o namoro e a expressão em geral da sexualidade, a participação de festejos e outros eventos públicos sem vigilância permanente e individual, ou relacionamento com pessoas fora do ambiente do abrigo. O desenvolvimento de um mundo pessoal, com uma teia própria de relacionamentos e experiências afetivas, é essencial a construção da auto-estima do abrigado, especialmente quando se trata de adolescente. Isso depende de que a interferência do protetor ou guardião seja o menos invasiva possível.

O quarto aspecto é a preparação gradativa para o desligamento do abrigado. Dentro desta obrigação do Estado estão contidos, em algum grau, os outros três aspectos já comentados, já que esta preparação envolve uma dimensão emocional e psicológica. Aqui cabe ressaltar o apoio e a facilitação à convivência comunitária, tendo em vista os elementos há pouco comentados, como um importante passo nesta preparação.

A preparação para o desligamento deve contemplar todos os elementos necessários a vida independente, especialmente o *“o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho”*, como previsto no art. 53 do ECA. Há que se reforçar o que obrigação do Estado independente da condição de abrigamento, como as previsões expressas do art. 54 dentre outras. Incluam-se as obrigações opostas contra os pais ou responsáveis, como expresso no art. 55, já que o Estado é o guardião do abrigado.

De forma especial, quando se dá especificamente em virtude da maioridade, caso a preparação não tenha ocorrido de forma satisfatória, o desligamento não pode ser promovido

sumária e abruptamente após o aniversário de dezoito anos, em respeito à ideia de gradatividade presente no inciso VIII do art. 92. Assim, mesmo maior de idade, deve o Estado garantir a permanência do abrigado para que seja devidamente preparado para o desligamento. Esta obrigação decorre da interpretação combinada, além do inciso VIII do art. 92 do ECA, do parágrafo único do artigo 2º do ECA, que estabelece a aplicabilidade excepcional do Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade; com o art. 2º, incisos II e III, da LOAS, que incluem dentre os objetivos da assistência social o amparo às crianças e aos adolescentes carentes e a promoção da integração ao mercado de trabalho.

Em verdade, a aplicabilidade excepcional do ECA a maiores de dezoito anos, pelo texto do art. 2º, está restrita aos casos expressos em lei. Contudo, há que se fazer algumas ressalvas. Admite-se a aplicação de algumas partes do ECA a maior de dezoito anos independente de previsão expressa, como é o caso da subseção que cuida da Adoção. O ECA também é amplamente aplicado quando se discute o direito à educação, notadamente fundamental e médio, independente da idade do eventual usuário. Logo, a restrição de aplicação excepcional do ECA aos casos expressos em lei deve ser flexibilizada, devendo ser avaliada a aplicabilidade tendo em vista a semelhança e a adequação em cada caso.

Por outro raciocínio, pode-se lançar mão da analogia. O Estado, enquanto guardião, está cumprindo a função de família do abrigado. Se o adolescente atingiu a maioridade na condição de abrigado, é de se imaginar, com alta probabilidade, que o Estado é sua única família. Assim, pode-se aplicar analogamente as disposições do Código Civil no que diz respeito ao dever de prestar alimentos, ao menos enquanto persistir o estado de necessidade do abrigado.

Em último caso, a obrigação de manter o abrigo do maior de idade pode decorrer da responsabilidade civil do Estado, uma vez que se presume que a preparação para o desligamento foi deficiente e abrupta, o que importa em omissão do Estado que, por consequência, redundará emnexo causal com o dano que o maior sofre ou sofrerá.

Adicione-se a todo este esforço argumentativo os valores expressos na Carta Constitucional, em cujo preâmbulo se lê que o Estado brasileiro é destinado a assegurar o bem-estar, dentre outros, como valor supremo de uma sociedade fraterna fundada na harmonia social e na dignidade da pessoa humana (art 1º), com objetivo fundamental, dentre outros, de

erradicar a pobreza e a marginalização (art. 3º). Não se pode perder de vista que se trata de hipótese em que o adolescente não recebeu a devida prestação de seus direitos pelo Estado.

De forma inicial e preliminar, estes são os aspectos da responsabilidade do Estado para com crianças e adolescentes, em quanto seu cuidador, quando se trata de medida de proteção de abrigo em entidade.

7. Breves comentários a respeito dos efeitos da condição de cuidador sobre a prescrição.

Inicialmente convém sustentar que a defesa dos direitos de crianças e adolescentes não pode se pautar prioritariamente na busca de reparação, pela responsabilidade civil do Estado, que ordinariamente só tem incertas e atrasadas repercussões patrimoniais para uma ou algumas vítimas, com pouco ou nenhum efeito na modificação da conjuntura geral de respeito aos direitos consagrados. Por outro lado, não se quer dizer que as violações sejam toleradas ou que se deixe de buscar tais reparações. O que deve ficar claro é que a meta a ser perseguida é a plena efetividade, com absoluta prioridade, dos direitos de crianças e adolescentes, e que isso não será alcançado com o mero ingresso de ações judiciais indenizatórias.

De qualquer forma, dito isso, desçamos brevemente a analisar os efeitos da condição de cuidador sobre a prescrição.

Uma vez verificada a violação, em regra, passa a correr a contagem do prazo prescricional, conforme determina o art 189 do Código Civil vigente. Contudo, este prazo não corre entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, nos termos do art. 197. O fundamento desta disposição é bem óbvio. Para ingressar com qualquer ação, o filho menor precisa da participação dos pais, não apenas através da representação ou da assistência, mas também para fornecer meios materiais e informações para tanto. Quando tais ações visam a reparação por violação praticada pelos pais, o exercício do direito de petição fica dificultado, quando não impossibilitado.

Quando o Estado assume a função de cuidador por força de medida de proteção de abrigo, conforme já foi dito, passa a ser considerado com o guardião e a exercer o poder familiar. Assim, conclui-se pela viabilidade da aplicação da previsão do art. 197, II, para impedir que a prescrição corra entre abrigado e o Estado na constância da medida, com mais ênfase quando está suspenso ou suprimido o poder familiar.

Questão interessante é a aplicabilidade deste raciocínio quando não foi suspenso ou suprimido o poder familiar dos pais. Do ponto de vista formal, a violação realizada pelo Estado pode ser perseguida pelos pais, já que ainda detém o poder familiar. Contudo, se se trata de medida de abrigo determinada por autoridade competente, presume-se a existência de alguma incompatibilidade entre os pais e o filho abrigado. Ademais, a analogia entre o Estado-cuidador e os pais, para fins de suspender o curso da prescrição, decorre mais da natureza da relação, que impossibilita o abrigado buscar seu direito, que da existência de alguém que possa se movimentar para buscar tal direito. A guarda dá ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. Para fins de prescrição os guardiões se equiparam aos pais.

Vale dizer que este debate, apresentado despretensiosamente neste artigo, alcança apenas a aplicabilidade em tese das previsões que tratam de suspensão do curso da prescrição. Há que se ter em vista que, dependendo do caso, dado a gravidade da violação cometida, é possível se tratar de inaplicabilidade da prescrição.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Diuvani Tomazoni e VIEIRA, Mauro Luís. **Psicologia em Estudo**, v. 9, n. 2, p. 207-217, Maringá, mai./ago. 2004

ALONSO, Paulo Gimenes. **Do pátrio poder ao pátrio dever**: novas reflexões sobre um velho instituto. Pres. Prudente-SP – Junho de 2001. Disponível em 14 de junho de 2006 em <http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/patriopoder.zip>

ALVIM, Maria Rosilene Barbosa. Meninos de rua e criminalidade: uso e abusos de uma categoria. In: ALVIM, Maria Rosilene Barbosa (Org.) **Candelária 93**: um caso limite de violência social. Rio de Janeiro: NEPI/LPS/IFCS/UFRJ, 1995.

BAPTISTA, Myrian Veras, Coord. Crianças e adolescentes em situação de risco na cidade de São Paulo. 2ª edição. São Paulo, Pólis / PUC-SP, 2002. 64p. (Observatório dos Direitos do Cidadão: acompanhamento e análise das políticas públicas da cidade de São Paulo, 1).

BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros editores, 2002.

CABRAL, S. H.; SOUSA, S. M. G. O histórico processo de exclusão/inclusão dos adolescentes autores de ato infracional no Brasil. In: **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 10, n. 15, p. 71-90, jun. 2004.

CARREIRÃO, Úrsula Lehmkuhl. Modalidades de abrigo e a busca pelo direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid Rocha Andrade. **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília: IPEA: CONANDA, 2004.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

COSTA, Bruno Lazarotti Diniz; CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira e FARIA Carlos Aurélio Pimenta de. Programas para crianças e adolescentes em situação de risco: a complexidade do objeto e a dimensão institucional. In: **Cadernos Gestão Pública e Cidadania**. Volume 13. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Junho de 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Investigando a parentalidade**. R. CEJ, n. 27, p. 64-68. Brasília, out./dez. 2004.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. O promotor de justiça frente institucionalização de criança e adolescente em entidade de abrigo e a destituição do poder familiar. Dez./2004. Disponível em 14 de junho de 2006 em <http://www.pjpp.sp.gov.br/2004/artigo16.pdf> .

GOMES, Mônica Araújo & PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas. In: **Ciência e Saúde Coletiva**, p. 357-363. Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: 2005.

HEILBORN, Maria Luíza. Dimensões Culturais do Trabalho Infantil Feminino. In: Estratégias para Combater o Trabalho Infantil no Serviço Doméstico. Brasília: IPEA: OIT, 1999.

LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Sistema de garantias de direito da criança e do adolescente no Brasil. Disponível em 14 de junho de 2006 em http://www.iin.oea.org/Revista_Bibliografica_240/ANEXO_%20BRASIL.htm

MARCÍLIO, Maria Luiza. A lenta construção dos direitos das criança brasileira. Século XX. **Revista USP**. Dossiê Direitos Humanos no Limiar do século XXI. São Paulo, USP, n.37, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Os operadores do direito frente às questões da parentalidade.

Disponível em 14 de junho de 2006 em

<http://www.advocaciaconsultoria.com.br/dirfamilia/parentalidade1.htm>

Organização Internacional do Trabalho. Combatendo o trabalho infantil : Guia para educadores / IPEC. – Brasília : OIT, 2001. : il.

SABÓIA, Ana Lúcia. As meninas empregadas domésticas: uma caracterização socioeconômica. In: LAVINAS, Lena. **Estratégias para combater o trabalho infantil no serviço doméstico**. IPEA: OIT. Rio de Janeiro: 2000.

À SOMBRA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Judith Karine Cavalcanti Santos⁹⁵

INTRODUÇÃO

O artigo foi produzido como trabalho de conclusão do Curso de Extensão em Direitos Humanos para Advogadas/os Populares. Seu objetivo principal é munir as/os advogadas/os populares de um instrumento bidimensional sobre a questão racial no Brasil, em outras palavras, dotá-las/os de um texto com enfoque técnico jurídico regido pelo viés dos Direitos Humanos.

De uma forma geral, no primeiro momento, o artigo apresenta as características e a conjuntura atual do racismo no Brasil, como esse racismo é compreendido pela sociedade e pelo Sistema de Justiça e como se apresenta no cotidiano. Posteriormente, há a análise da ineficácia do aparato normativo e da falta de reconhecimento do racismo institucional, momento em que há também uma breve explanação sobre esse conceito. Num terceiro momento, é feita a correspondência da teoria discutida até então com o caso concreto. Além de breve identificação do caso e seu histórico, são apresentadas estratégias de condução e descritos os principais problemas do ponto de vista processual e extra jurídico. Esse contraponto constante entre o prático e o teórico garante uma melhor percepção da precariedade da discussão sobre a temática do racismo e um maior contato com possíveis soluções.

Ao final, destaca-se o papel das/os advogadas/os populares em casos com essa estrutura e as alternativas não processuais para efetivação das leis antidiscriminatórias.

Para tanto, a adoção de conceitos se faz necessária. Nesse sentido, portanto, para fins desse artigo, entende-se por *Sistema de Justiça* não somente como o poder judiciário no sentido estrito, mas também outras instâncias de poder responsáveis pelo acesso de justiça, dessa forma encontram-se aí inclusos a Delegacia e seus agentes e o Ministério Público. O termo *acesso à justiça* deve ser concebido em sua acepção ampla, no sentido de meios para se efetivar a justiça.

95 Consultora Jurídica e Pesquisadora do Observatório Negro (PE). Mestranda em Ciência Política (UFPE), com área de concentração em Democracia e Direitos Humanos. Dentre outros trabalhos, é autora de **O Bem Jurídico nos Atos de Racismo** (In PEREIRA, G.M.; SANTOS, J.K.C.; COSTA, L.A. et. Al. *Dano moral nos Atos de Racismo*. Olinda: Djumbay, 2001. pp.135-147). Correio eletrônico: judith_karine@yahoo.com.br

1. RACISMO DISSIMULADO

O fim da escravidão legal não passou de um acontecimento formal, que nada teve de boa ação governamental ou bem-aventurança inglesa, em referência à maior nação incentivadora do fim da escravidão no Brasil com o objetivo de estimular a mão-de-obra assalariada e o mercado consumidor. O documento da abolição continha apenas dois artigos, o primeiro indicando o fim da escravidão e o último, revogando as disposições em contrário. Para a população negra, efetivamente nada mudou. Na verdade, na prática a abolição não garantiu qualquer segurança que capacitasse inserção dos libertos na sociedade (1ª Conferência Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. Texto-base. SEPP/IR/CNPIR, 2005. p. 14). “Tudo foi feito para justificar a não-integração social da população negra nas fases colonial, imperial e, principalmente, pós-abolição e republicana (...). O preconceito, a discriminação racial e o racismo têm o papel de integrar a população negra de forma subalterna na sociedade de classes” (SANTOS, 2005. p.46).

O que se propagou desde então é que, abolida a escravidão legal, a democracia racial se instalaria imediatamente. Por isso que quando se fala de racismo no Brasil em alguns espaços – públicos ou privados – a impressão que se tem é que se está falando de épocas pretéritas. O racismo no Brasil hoje se esconde sob o sedutor discurso da democracia racial, ou seja, da idéia de mestiçagem ‘inerente ao povo brasileiro’ propagada por Gilberto Freyre, do ‘espírito irreverente’ nacional que não tem a intenção de ferir, do preconceito e da discriminação com base simplesmente em questões sócio-econômicas, mas nunca raciais.

Hoje, a discrepância dos dois ‘Brasis’ – o Brasil branco e o Brasil negro – evidencia-se nas estatísticas:

- até 2004, a população negra compunha 70% dos indigentes e 65% dos pobres no país⁹⁶;
- de acordo com o primeiro IDH⁹⁷, o Brasil ocupa a 76ª posição mundial; considerando apenas a população branca, o país passa a 49ª com a população branca e chega à 108ª posição, observada apenas a população negra;

96 Fonte: Atlas racial brasileiro/2004.

97 Índice de Desenvolvimento Humano.

- em 2000, a expectativa de vida da população brasileira era de 67,64 anos para os pretos, 68,03 anos para os pardos e 73,99 anos para os brancos (FUNASA/MS, 2005);
- em 2003, dos 49.808 homicídios registrados no Brasil, 0,2% dos mortos eram de indígenas, 0,4% amarelos, 39,7% brancos e 59,7% negros, desses últimos 49,9% pardos e 9,8% pretos (SVS/MS, 2005);
- segundo o IBGE⁹⁸, 22% daqueles que não tiveram oportunidade de freqüentar a escola formal eram negros, enquanto que apenas 9% eram brancos. O tempo de estudo era de 6,2 anos para os brancos e de 4,2, para os negros;
- a população negra é 73% dos jovens brasileiros analfabetos;
- pelos dados do Provão de 2000, 80% dos alunos matriculados nas universidades brasileiras são brancos, 15,7% pardos e apenas 2,2% pretos;
- apenas 10 dos 2000 diplomatas brasileiros são negros e 7 dos 560 procuradores da república. No STF, há apenas um negro e no STJ, nenhum. Nenhum governador é negro (BARONI, 2006. p. 11).

Mais que estatísticas numéricas, as percepções visuais demonstram a realidade, basta observar as filas do INSS, os postos de atendimento do SUS, os presídios. Da mesma forma, mas em outro sentido, notar os programas de televisão, as propagandas, as universidades, etc. A população negra está nos primeiros espaços citados, mas raramente nos últimos.

Esse fato não é decorrente da discriminação de classes, como alguns costumam afirmar. Essa realidade não pode ser explicada somente por aspectos econômicos. A população negra está excluída do desenvolvimento, do mercado de trabalho, do acesso aos bens de consumo e do poder político (BARONI, 2006. p. 11). A discriminação racial é estruturante das desigualdades sociais e não o contrário. A pesquisa *Discriminação racial e preconceito de cor no Brasil* (2003), da Fundação Perseu Abramo em parceria com a Fundação alemã Rosa Luxemburg Stiftung, revelou que 89% dos entrevistados reconhece que existe racismo no Brasil, entretanto 96% diz não ter preconceito, em outras palavras, apenas 4% diz ter preconceito em alguma medida.

A discriminação racial é um problema ainda presente na realidade brasileira, com uma única diferença com relação ao período escravocrata: o racismo da modernidade é disfarçado, mascarado.

O racismo nacional é dissimulado, somente reconhecido quando extremamente latente. No entanto, diante da omissão ou quando aparece nas piadas, nas ironias, nos ditos populares, etc, soa

imperceptível aos ouvidos da população. Essas formas sutis não são sinônimas de fraqueza; ao contrário, o racismo ganha forças, resguardado pela impunidade *legal*, já que o Sistema de Justiça também não reconhece essa ação ou omissão, e *social*, pois a sociedade regozija-se com sua ‘democracia racial’. Como esclarece Maria Aparecida Bento: “grande parte das manifestações racistas cotidianas são clandestinas e mal dimensionadas. Os legados cumulativos da discriminação, privilégio para uns, déficits para outros, bem como as desigualdades raciais que saltam aos olhos, são explicadas e, o que é pior, freqüentemente ‘aceitas’, através de chavões que nenhuma lógica sustentaria, mas que possibilitam o não enfrentamento dos conflitos e a manutenção do sistema de privilégios (2002. p. 147).

Embora seja difícil reconhecer essa dissimulação de imediato, já que o discurso da mestiçagem é mais sedutor, as análises de alguns casos do cotidiano fazem as evidências saírem da sombra. Bernardo Ajzenberg apresenta dois casos: o primeiro, um teste publicado na Folha de São Paulo para saber se o leitor conhece a cidade. Em cada pergunta do teste, havia uma ilustração que a correspondia e, na pergunta, cujo tema central era violência, a imagem projetou um assaltante negro e uma vítima branca (2002. p.30). Ainda que sem a intenção, o desenhista reproduziu o estereótipo racista: quando se pensa em um criminoso, se pensa em um negro (e o processo reverso dessa frase não é demorado). No segundo exemplo, que da mesma forma relaciona ilustrações, as figuras funcionaram como uma pequena demonstração em quadrinhos das cenas de uma reportagem sobre empresas que pagaram a traficantes para garantir a segurança de seu negócio; esses traficantes também foram retratados como negros. Nas duas histórias contadas na reportagem, os criminosos eram retratados como negros, em contraposição todos os ‘cidadãos de bem’ foram brancos (AJZENBERG, 2002. pp.30-35). É o que o autor chama de *racismo subliminar*. É exatamente essa a especialidade do racismo à brasileira: incorpora-se na vida cotidiana nas brincadeiras, piadas, ditos populares, contos... “Para Lacan(...), é através dessas ‘brincadeira’ que o sujeito deixa transparecer seu verdadeiro EU, o que está inconsciente. Podemos dizer que por algum motivo a barreira da resistência baixou e [permitiu] que o sujeito expressasse seus pensamentos discriminatórios” (MOURA, 2001. p.167).

Esse artifício característico da dissimulação diferencia o contexto de discriminação do Brasil de países como os Estados Unidos e a África do Sul, em que as manifestações do racismo são latentes, em geral segregacionistas.

Um exemplo bastante significativo foi a revolta da população negra em Los Angeles em 1992 em protesto pela morte de um trabalhador negro da construção civil de forma arbitrária e cruel e a absolvição dos policiais que o assassinaram. Rodney King ultrapassou o sinal vermelho e, temendo que

isso prejudicasse a liberdade condicional de que usufruía, não parou o carro, dando início a uma perseguição pela polícia. Foi seguido por alguns instantes, quando, por fim, preferiu parar e desceu do carro com as mãos na cabeça demonstrando sua não resistência. Ainda assim, os policiais o fizeram ajoelhar e iniciaram golpes de cassetete.

Um caso como tantos do cotidiano para a população negra, que mais uma vez passaria despercebido, se não fosse a filmagem de um cinegrafista. Parecia um caso de simples resolução já que os 81 segundos de filmagem seriam usados como prova do crime, no entanto, a conclusão do julgamento foi pela absolvição dos policiais, que alegaram cinicamente a resistência da vítima à prisão. Os bastidores do julgamento revelariam a imagem do preconceito: jurisdição transferida para uma cidade vizinha, conhecida por não ter negras/os e a conclusão é um júri formado por brancas/os e quatro assassinos absolvidos. Os bairros negros de Los Angeles iniciaram manifestações públicas de toda natureza. As únicas informações noticiadas nos jornais foram os prejuízos causados aos comerciantes e os incêndios, poucos retrataram como surgiu o problema ou analisaram os manifestos como posicionamento crítico (CARONE; NOGUEIRA, 2002. p. 176-179).

Nesses países, o problema torna-se mais visível aos olhos da sociedade, enquanto que no Brasil esconde-se sobre a falsa idéia de democracia racial. Torna-se, portanto, uma questão de natureza política, ainda não tratada como tal. Daí porque se costuma dizer que há racismo nesses países, mas não no Brasil. “E, nesse lugar de silêncio, no momento em que é dito o ‘não’, no momento em que é feita a denúncia (...), a voz que se levanta é acusada de racismo (...). Parece que, quando nós apontamos o problema, nos tornamos esse próprio problema, como se ele passasse a existir somente ao darmos visibilidade” (DUARTE, 2005. p. 4).

Dessa forma, são comuns as acusações sobre a população negra quando essa denuncia casos de discriminação individual e coletiva, estatísticas relacionadas às desigualdades raciais, estudos direcionados e propõe políticas públicas voltadas à/ao negra/o. Como bem descreve Rebeca Duarte, o que ocorre por fim é que “os olhos do senso comum se voltam somente para quem está reagindo e não para o que deve ser mudado” (DUARTE, 2005. p. 7).

2. SISTEMA DE JUSTIÇA NO BRASIL E O RACISMO INSTITUCIONAL

O Brasil foi o primeiro país americano a regular as práticas racistas através de normas específicas (SILVA, 2004. p. 219). Com relação à legislação antidiscriminatória, o país encontra-se relativamente bem assessorado. Existe não somente os tratados internacionais ratificados e o aparato constitucional reconhecendo o racismo como crime e ditando-o inafiançável e imprescritível (art.5º, XLII, CF), como também as normas infraconstitucionais, como a lei 7.716/89, que qualifica com mais especificidade os crimes resultantes de preconceito de raça/cor/etnia; a lei 9455/97, referente à tortura, a lei 10.639/03, sobre a inclusão obrigatória nos currículos escolares da história da África e a importância das/os negras/os na história do Brasil, o art.140, §3º do Código Penal, além do Estatuto da Igualdade Racial.

A presença dessas leis no ordenamento jurídico vigente, entretanto, ainda não se revelou suficiente para o tamanho do problema nacional. As leis nacionais deixam dúvidas se não surgiram apenas com um caráter meramente neo-abolicionista. A dificuldade enfrentada no Brasil quanto à questão racial não se refere à existência da norma, mas a sua efetividade.

A ausência de grande quantidade de casos no Judiciário brasileiro é menos pela inexistência da discriminação que pela incapacidade da instituição de lidar com o problema. Aliás, não apenas incapacidade como também falta de interesse ou, de outra forma, falta de vontade política. O fato é que o judiciário não tem mostrado eficiência no manejo da questão racial, prova disso é que apenas um único caso de racismo teve sucesso no Supremo Tribunal Federal (STF) – HC82424 – desde o reconhecimento constitucional do crime e embora se esperasse que o crime analisado tivesse como vítima a população negra, pelo histórico de sofrimento peculiar dessa população desde o Brasil colônia, o primeiro caso a receber uma decisão favorável à vítima teve um enfoque anti-semita (Caso Ellwarger).

Obviamente, o caso não deixa de ser um marco jurisprudencial e, portanto, guiará outras decisões, e democrático, na medida em que reconhece efetivamente como portadora de direitos essa parte da população incluída formalmente, mas materialmente excluída. No entanto, é de se questionar o porquê de somente um caso ter obtido êxito na maior instância do poder judiciário nacional.

Embora algumas/uns delegadas/os, promotoras/es, juízas/es, oficiais de justiça e demais operadoras/es do direito tenham despertado para a temática relacionada aos direitos humanos e, especificamente, para a questão racial, grande parte do Sistema de Justiça ainda tem reproduzido preconceitos e estigmas sociais. Na realidade, a maior parte ainda encontra-se, quando não relutante, inerte quanto ao tema. Observa-se que, além da lentidão característica do judiciário brasileiro, o racismo

individual também reflete nas ações do sistema e as decisões, depois de longo tempo em análise processual, findam de forma ineficaz.

Percebe-se, portanto, que o Sistema de Justiça brasileiro – entendido aqui não apenas como o Poder Judiciário – tem atuado de forma a limitar a eficácia das normas anti-racismo. A essa postura não mais do ponto de vista individual, mas refletindo ações ou omissões em posturas institucionais dá-se o nome de *Racismo Institucional*.

Em outras palavras, Racismo Institucional é “a incapacidade coletiva de organização em prover um serviço profissional e adequado às pessoas devido a sua cor, cultura, origem racial ou étnica. Ainda que não haja intenção, práticas discriminatórias indesejáveis e antiéticas fazem parte da rotina das instituições e das pessoas que nelas atuam” (CTSPN/MS). Ou ainda, o “fracasso coletivo de uma organização para promover um serviço apropriado e profissional para as pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica. Ele pode ser visto ou detectado em processos, atitudes e comportamentos que totalizam em discriminação por preconceito involuntário, ignorância, negligência e estereotipação racista, que causa desvantagem à pessoa” (SAMPAIO, E. **apud** SANTOS, 2005. p.50).

A ausência de reconhecimento do racismo institucional por parte da sociedade estimula a crença de que o governo não deve fazer nada porque o racismo ocorre ‘somente entre particulares’ e ‘eventualmente’, ou seja, o problema não é incorporado como uma questão política. É o que Gevanilda Santos chama de cultura política na negação do racismo (SANTOS, 2005. p.48). Não bastasse a invisibilidade característica do racismo brasileiro, outro entrave se estabelece: o reconhecimento de um racismo institucional. Essa nada mais é que o reflexo do racismo das relações interpessoais nas instituições de mercado de trabalho, na saúde, na educação, na segurança pública, no lazer, na justiça – dentre outros –, entretanto, não está necessariamente vinculada à ação do indivíduo, em outras palavras, a instituição pode ser racista mesmo que o profissional que a compõe não tenha intenções raciais (SAMPAIO, E. **apud** SANTOS, 2005. p.50).

Se já não é fácil perceber o racismo individual, o racismo institucional parece ainda mais fugaz. O pouco que se tem discutido sobre o tema rodeia sobretudo o âmbito da educação e do trabalho – embora por vezes ainda se discuta se as disparidade raciais nesses casos não são fruto de questões puramente sócio-econômicas –. Menos ainda se reconhece quanto ao acesso à justiça, quanto ao Sistema de Justiça de uma forma geral. A autoridade policial desconhece as leis antidiscriminatórias e está despreparada para acolher casos de discriminação racial de uma forma geral; o Ministério Público, embora tenha avançado, ainda reproduz os estigmas sociais; os Tribunais, além de conduzirem os

processos com morosidade, evitam discutir a questão concluindo na maioria das vezes com aspectos puramente formais, alegando ilegitimidade, prescrição, ausência de dolo por parte do acusado, etc.

A consequência imediata desse racismo institucional é a segunda vitimização feita do indivíduo já violado em seu direito no caso inicial. Afirma o relator Especial da ONU sobre a independência dos juízes e advogados, Leandro Despouy, em seu relatório sobre a missão ao Brasil em outubro de 2004: “a falta de acesso à justiça é um problema maior para os grupos sociais discriminados e marginalizados. O relator especial ouviu diversos relatos sobre processos envolvendo pessoas provenientes destes grupos que diziam que a violação inicial dos seus direitos havia sido agravada pela sua vitimização dentro do sistema judicial, que reproduz na administração da justiça a mesma discriminação e os mesmos preconceitos” (UN. Doc. E/CN.4/2005/60/Add.3, 22 de fevereiro de 2005. Tradução não oficial). Como descreve o relator, a falta de acesso à justiça reforça a discriminação, provocando uma segunda violação da/o negra/o.

O Estado não tem se mostrado capaz de prevenir e violação à dignidade da população negra, corroborando a ação – ou omissão – em diversos momentos posteriores, negando em todos eles o acesso à justiça.

A ausência do Sistema de Justiça propaga a sutileza do racismo ao constranger a vítima ao silêncio, consequência da necessidade de esquecer a dor e a vergonha. “Engolir a dor é o caminho menos doloroso para uns, e mais sofrido para outros, mas é o caminho instituído na educação brasileira, quer seja formal ou não. E assim se processa a internalização da repressão. (...) O que se questiona são as ações legais que devem cumprir o papel de atender a essas vítimas (...). Na verdade, essas ações legais convertem-se em ações repressivas, ampliando o sofrimento da vítima” (MOURA; COSTA, 2001. p. 154). E, ao que parece, o único caminho para aquelas/es que não têm a quem recorrer senão ao Estado.

Com relação à questão racial, o Sistema de Justiça não tem agido mediando conflitos de forma neutra, ao contrário, demonstra sua parcialidade, na medida em que age – ou omite-se à ação – sendo condescendente com atitudes criminosas de uma ou outra parte.

3. CASO EXEMPLAR

A análise programada do caso tem o objetivo de auxiliar na compreensão de como o Sistema de Justiça tem sido parcial e de como o racismo institucional interfere na realização da verdadeira democracia racial no país.

3.1. Dados de identificação do caso

Em 1º de março de 2004, L.C.R.S.⁹⁹, mulher negra, foi ao Banco BANDEPE resolver questões de sua conta, para isso enfrentou a fila. Ao ser atendida foi informada que precisaria inicialmente falar com a gerente e retornar, entretanto foi tranquilizada porque não precisaria enfrentar novamente a fila. Falou com a gerente e, autorizada por ela, dirigiu-se ao caixa para idosos, que não estava com muitas pessoas. Não negou que se sentiu coagida com os olhares dos outros integrantes da fila maior, no entanto, permaneceu sem maiores explicações. Não demorou muito para que uma das clientes do banco que estava na fila começasse a apontar para ela e chamá-la de ‘bonequinha’. L.C.R.S. diante da situação de constrangimento, tentou se explicar, quando a agressora completou com ‘bonequinha para não chamar de negra; meu pai sempre disse que preferia que as filhas fossem prostitutas a casarem com um negro’. L.C.R.S. e outras pessoas presentes sentiram-se ofendidas – algumas inclusive se ofereceram para testemunhar em seu favor, caso fosse preciso – e chamaram policiais presentes no local. Mesmo diante da advertência de que seria presa, a agressora não deixou de proclamar ‘sou racista mesmo’ e ‘não tem polícia ou exército que cale minha boca’.

Houve prisão em flagrante. Na Delegacia, a autoridade policial ouviu a vítima direta, mas afirmou que ‘se tivesse que registrar todo caso desse que aparecesse, não faria mais nada na vida’, em outras palavras, descredibilizou seu discurso. Findou por classificar o crime como injúria discriminatória. Acionado, o Ministério Público, por sua vez, confirmou a tipificação dada na Delegacia.

Essas diferenças provocam um reflexo bastante negativo na postura do Sistema de Justiça na medida em que justificam inferências processuais fugidias ao mérito, resultado próprio de assuntos polêmicos capazes de fragilizar a centralização do poder. A grande maioria dos casos de discriminação racial não é analisada quanto ao mérito, ou seja, quanto ao assunto que denunciam. Geralmente, as decisões são referentes a questões meramente processuais ou desvirtuadas da problemática central denunciada. De acordo com Ronaldo Sales, relacionando dados de Pernambuco, 1/8 dos casos não produziram inquérito, 1/8 concluíram pela decadência e 1/8 tiveram arquivamento dos casos. Por outro lado, apenas 1/16 deles concluíram pela condenação por injúria racial e outros 1/16 por crime de racismo (SALES, 2006).

99 Serão utilizadas iniciais em lugar do nome da vítima direta, com o objetivo de resguardar sua privacidade. A supressão desse dado não interfere na compreensão do texto.

No caso específico, por exemplo, o crime foi reclassificado para injúria discriminatória e as consequências foram: ilegitimidade de terceiros e prescrição, pois já havia transcorrido mais de seis meses da data do fato. Com essa determinação, não somente se impossibilitou que terceiros – vítimas indiretas – prestassem a queixa como também que a vítima direta continuasse com o processo.

3.2. Proposta/ estratégia de condução do caso

Ação Civil¹⁰⁰. A ação de reparação por danos morais tem o objetivo principal de compensar – e não ressarcir – a/o ofendida/o, tem as funções: punitiva, para desestimular a repetição de atos semelhantes; compensatória, para amenizar a ofensa; e educativa, para conscientizar o ofensor do mal produzido (HACK, 2001. p.33-34).

No caso em questão, a impetração de ação de reparação por danos morais obrigando o pagamento de indenização pelos danos morais causados à vítima direta foi prejudicada pelo desinteresse da própria vítima diante das constantes recusas e negações das autoridades a que procurou quanto ao crime de racismo pelo qual foi atingida.

Ação Criminal. Todas as ações privadas foram prejudicadas pelo motivo apresentado acima. Na prática, a ação civil parece provocar uma reação no violador mais favorável à vítima e à sociedade. A sanção civil reflete diretamente na situação financeira do violador (quando pena pecuniária) ou nas relações sociais desse (caso de pena alternativa), além disso, não constrange ao cárcere e (parece) não correr risco de fraude; enquanto que a sanção penal ajuda a proliferar a o ódio, pouco educa e, por vezes, traduz-se em impunidade.

3.3. Descrição do problema

Persecução processual. O caso específico teve pouco desenvolvimento quanto à persecução processual que se resumiu à denúncia e arquivamento por prescrição. Num primeiro momento, policiais presentes no local do crime, após ouvirem testemunhas, efetuaram a prisão em flagrante da agressora. Como dito, na Delegacia, o crime não foi reconhecido como Racismo e a autoridade policial enquadrou a conduta como injúria qualificada pela utilização de elementos referentes à raça e à cor (Injúria Discriminatória). O Ministério Público também foi provocado, confirmou, porém, o entendimento da

100 Ação civil, aqui entendida, não no sentido estrito, mas como ação não penal.

autoridade policial, mantendo a tipificação pela Injúria Discriminatória; declinou de sua competência e da iniciativa de propor a ação penal. Todo esse transcorrer processual, inerte do ponto de vista do mérito da causa, desmotivou a vítima que concluiu pelo desinteresse em continuar buscando a punição à agressora. Desistindo a vítima direta e declinando de sua competência o Ministério Público, a persecução processual/judicial fica prejudicada; torna-se incapaz de prosseguir formalmente.

Contato com a vítima direta. Estímulo. L.C.R.S., após ser desacreditada e ridicularizada pela autoridade policial ao procurar prestar queixa e sem adesão do Ministério Público – que corroborou com a classificação pela injúria discriminatória –, mesmo apoiada pelo Observatório Negro (ONeg), sente-se ainda mais reclusa e perde qualquer interesse em dar continuidade ao processo.

Após várias recusas diante de suas denúncias, a vítima direta sente-se ainda mais reclusa e perde qualquer interesse em dar continuidade ao processo. Esse é um acontecimento comum e reflete exatamente o que ocorre com os processos de discriminação racial no Brasil: a vítima é desestimulada a dar continuidade a sua denúncia, expondo-a ao constrangimento de negar-lhe o registro e mesmo depois ao impor conclusão não decorrente de análise de mérito. Ocorre, portanto, a segunda violação ao seu direito.

Cabem também algumas considerações sobre a duplicidade da vítima. A discriminação racial, em sentido amplo, vitimiza em dois níveis: o primeiro, a vítima direta, o indivíduo diametralmente violado em seu direito; o segundo, a coletividade da população negra atingida de forma indireta. Explicando mais claramente, no caso em análise, a vítima direta é L.C.R.S e a indireta, população negra.

Ocorre que a injúria discriminatória, também chamada de *injúria qualificada* (art. 140, § 3º, Código Penal), atinge apenas a vítima direta, segundo o Código, já que a classifica como crime contra a honra; já o *crime de racismo* é determinado com base em conceito constitucional e especificado em lei posterior (lei 7.716/89), atinge não somente o indivíduo, mas também a coletividade. Isso produz algumas implicações diretas. De um lado, caracteriza quem pode fazer a denúncia – no caso de injúria, somente a vítima direta; no racismo, a vítima direta ou terceiros – por outro, determina a prescrição, que no caso da injúria é de 6 (seis) meses, enquanto que o crime de racismo é imprescritível.

Vítima indireta. Houve vitimização direta, entretanto, a ofensa não atinge somente essa; utilizando os termos ‘bonequinha para não chamar de negra’ e ‘meu pai sempre disse que preferia que as filhas fossem prostitutas a casarem com um negro’, a agressora vitimou toda a coletividade negra e, indo além, toda/o cidadã/ao contrário às práticas discriminatórias. Considerando como crime de

racismo, a competência da ação é do Ministério Público. Entretanto, tendo esse Órgão, qualificado o crime como injúria discriminatória, declinou de sua competência e impossibilitou a proposição da ação privada, por meio da vítima direta. Essa hermenêutica impossibilitou qualquer ação, já que a vítima direta desistiu e a provocação de terceiros foi interceptada pela ilegitimidade processual.

Doutrina e bibliografia. Os livros e periódicos circundam os temas: racismo, reconhecimento, judiciário e estratégias extrajudiciais, mas raramente unem eles, limitam-se a análises das leis antidiscriminatórias desenvolvendo pouca profundidade teórica. A doutrina tem sido muito superficial e pouco significativa com relação ao crime de Racismo em confronto com a Injúria Discriminatória.

Jurisprudência. Como dito, a postura do Judiciário brasileiro é de crença no Mito da Democracia Racial e total despreparo para lidar com casos de discriminação racial, fato que pode ser observado na pouca quantidade de casos de discriminação racial (racismo e injúria discriminatória) em trâmite no Judiciário brasileiro. Há de se observar com maior destaque três pontos importantes: a) a jurisprudência nacional é escassa, considerando o tempo de existência de leis antidiscriminatórias; e b) nos poucos casos em que há ação judicial, raramente há análise de mérito; as discussões tornam-se estritamente relacionadas a questões processuais, c) a jurisprudência é insuficiente, mas comprova a tese da reclassificação para injúria discriminatória.

A exemplo dessa jurisprudência nacional temos:

Queixa-Crime - Injúria Qualificada Versus Crime de Racismo - Artigos 140, § 3º, Do Código Penal E 20 Da Lei nº 7.716/89. Se a um só tempo o fato consubstancia, de início, a injúria qualificada e o crime de racismo, há a ocorrência de progressão do que assacado contra a vítima, ganhando relevo o crime de maior gravidade, observado o instituto da absorção. cumpre receber a queixa-crime quando, no inquérito referente ao delito de racismo, haja manifestação irrecusável do titular da ação penal pública pela ausência de configuração do crime. solução que atende ao necessário afastamento da impunidade (STF – Inq 1458 / RJ. Rel.: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 15/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: Dj Data-19-12-2003 Pp-00050)

Dano Moral. Abordagem Por Policiais Militares Diante Da Comunicação De Casa Bancária. Atitude Suspeita. Alegação De Racismo. Inexistência De Nexo Etiológico. Dano Moral Não Configurado. 1. Abordagem por policiais militares em face de suposta comunicação por parte de instituição financeira, diante do comportamento suspeito do autor, o qual se encontrava em veículo em frente ao banco. Abordagem policial que se deu em face do próprio comportamento do autor/apelante, o qual estacionou seu veículo em frente à casa bancária, sobre a calçada, de forma, pois, totalmente irregular. Suspeita que se justifica, mormente em época em que a violência urbana atinge níveis alarmantes. 2.

Alegação de racismo. Não comprovação de qualquer ato que evidenciasse a discriminação racial pretendida pelo apelante. 3. Ausência de nexos etiológico entre a conduta da ré e o suposto dano. Apelo improvido. (TJRS – AC 70007421084. DÉCIMA CÂMARA CÍVEL. Rel.: LUIZ LÚCIO MERG. Julgado em 11/03/2004)

Apelação Criminal - Queixa-Crime - Injúria Qualificada - Racismo - Ausência De Dolo - Ofensas Praticadas No Auge E Calor De Uma Discussão - Dúvida Quanto À Intenção Criminosa Do Ato - Crime Não Configurado - Absolvição Que Se Impõe - Recurso Provido. Não se caracteriza o crime de injúria se as expressões foram proferidas no calor e no auge de uma discussão. havendo dúvidas quanto a intenção criminosa, não se configura o delito. Em sede de crime de racismo, o que a lei pune não são as expressões, mas sim o preconceito que cause prejuízo, distinção ou discriminação, em idênticas oportunidades, a pessoas de raças diferentes. (TJSC. ACrim 2002.026440-2. Des. Relator: Des. Solon d'Eça Neves Data da Decisão: 15/04/2003)

Extinção da punibilidade - prescrição da pretensão punitiva - ausência do transcurso do lapso temporal entre os marcos interruptivos - preliminar afastada. Injúria qualificada por preconceito (cp, art. 140, § 3º) - frases com conteúdo depreciativo chamando a querelante de "negona" - elemento subjetivo do tipo, consistente na vontade de ultrajá-la, em razão de sua raça, comprovado pelo teor das expressões utilizadas - recurso não provido. (TJSC – Acrim 2003.003640-7. Des. Relator: Des. Irineu João da Silva. Data da Decisão: 13/05/2003)

Representação criminal – ausência de indícios de crimes nas condutas narradas – arquivamento dos autos – 1. Os fatos tais como postos pelo requerente não descrevem condutas que, em tese, se poderiam caracterizar como racismo, tortura, abuso de autoridade e/ou denúncia caluniosa. 2. A peça inicial apresenta-se infundada e carente de uma melhor exposição dos fatos que o requerente "entende" por delituosos. 3. Ausente a materialidade, não há falar em conduta delituosa. 4. Autos arquivados. 5. Peças liberadas pelo Relator em 12 DEZ 2002 para publicação do acórdão. (TRF 1ª R. – RPCR 01000087704 – MT – C.Esp. – Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral – DJU 19.05.2003 – p. 19)

Racismo – submissão de criança ou adolescente a vexame ou a constrangimento – reforma da sentença – condenação – suficiência de provas – improcedência – Restando dúvidas de que o agente praticou as condutas que lhe foram imputadas na denúncia, mantém-se o Decreto absolutório diante do princípio in dubio pro reo. (TJRO – ACr 02.002588-2 – C.Crim. – Relª Desª Ivanira Feitosa Borges – J. 05.06.2003)

Inviabilização Processual. Desde o início, o acompanhamento processual do presente caso demonstra a realidade dos casos de racismo diante da inércia do Poder Judiciário com relação ao tema no Brasil. O que se percebe é que os atos racistas representados em ações, omissões, piadas, gestos (...) não são reconhecidos como ofensivos, embora evidentemente se manifestem com esse perfil, as autoridades policiais, o Ministério Público, os magistrados e demais operadores do direito permanecem reproduzindo a inércia institucional, e como consequência a população negra sofre uma dupla violação. Do ponto de vista processual, as possibilidades no Sistema de Justiça nacional esgotam-se.

Todas essas constatações foram importantes para se observar o efeito prático do racismo: a população negra não somente é violada em seu direito ao acesso ao Judiciário como também desaparece das abordagens teóricas e das estatísticas do sistema. A estratégia atual, portanto, tende a priorizar atuações políticas, sempre buscando resultados além do Judiciário.

4. PAPEL DAS/OS ADVOGADAS/OS POPULARES NESSE CONTEXTO

A conjuntura dos Direitos Humanos – também, portanto, das questões raciais – exige mais que as clássicas posturas tecnicistas voltadas ao positivismo normativo. É preciso, além dos recursos jurídicos, uma estratégia alternativa desenvolvida através de articulações e advocacia política. A/o advogada/o popular possui esse papel diferenciado do contexto tradicional do direito brasileiro.

Dos momentos de estudo de caso, surgiram alguns encaminhamentos – jurídicos e extrajudiciais – somente possíveis construídos coletivamente. Quanto aos casos de discriminação racial, deu-se a seguinte exposição:

4.1. Alternativas jurisdicionais para a efetivação das normas antidiscriminatórias

Diante das dificuldades formais enfrentadas na condução jurídica do caso – sem diferir de uma maneira geral dos casos de discriminação racial no Brasil –, algumas alternativas de condução processual foram sugeridas, durante o estudo de caso.

Uma dinâmica simples que não havíamos adotado até então foi o litisconsórcio entre a instituição de proteção aos direitos humanos e os indivíduos, vítimas diretas. Essa postura, mais que um passo processual, busca fortalecer cada uma das causas em particular e permitir que eventualmente um processo não seja extinto sem julgamento do mérito por problemas processuais relacionado ao autor. Essa solução parece importante porque os escapes processuais representam a maior parte das conclusões aos

Outra atitude, não necessariamente processual, mas ainda ligada ao Sistema de Justiça, é a pressão política com as várias entidades envolvidas, exigindo maior dedicação aos casos de racismo nas Delegacias, Tribunais e Ministério Público. Trata-se de conscientizar a instituição através de articulação política, seja desenvolvendo com o Ministério Público atuação através de Termo de Ajustamento de Conduta, seja atuando de forma diferenciada para com a

Central de Inquéritos. Da mesma forma é necessário encorajar o controle social sobre essas instituições incentivando uma política de *accountability*.

4.2. Caminhos de natureza não jurisdicional

Diante da inércia do Sistema de Justiça brasileiro com relação à discriminação racial nacional, as/os advogadas/os populares assumem outro papel, talvez mais importante que os métodos processuais ortodoxos. Agem como técnicas/os e articuladores, estendendo o conceito do que classicamente denominávamos advocacia, através das alternativas de natureza não jurisdicional permeando as mais diversas dinâmicas.

A Articulação Política é um exemplo. São estabelecidas parcerias com o Ministério Público e demais órgãos e outras instituições (de Direitos Humanos ou não) que vivenciam a questão racial, mas não estão preparados para seu manuseio e, portanto, não aplicam ações direcionadas a essa especificidade. As/os advogadas/os populares estabelecem participação em Conselhos Municipais, Estaduais e Nacionais para promoção de políticas públicas para a população negra e contato com outras organizações e redes para inserção do tema nas discussões sobre Direitos Humanos.

Além disso, a execução de colóquios, seminários, oficinas, cursos e capacitações que, de forma direta ou indireta, apresentem a questão racial negra e o maior contato com as Universidades, especialmente em cursos como jornalismo que em acesso direto à população e influencia sobre suas ações são extremamente importantes.

Não tendo essas posturas o intuito de exaurir as possibilidades de atuação e conhecendo a escassez de discussão teórica sobre o tema além do racismo institucional, as/os advogadas/os populares encarregam-se ainda de desenvolver pesquisas e grupos de discussão sobre a questão racial negra.

CONCLUSÃO

O Curso de Extensão em Direitos Humanos para Advogadas/os Populares e o conseqüente desenvolvimento desse artigo – requisito obrigatório para a conclusão daquele – possibilitaram a percepção da realidade da questão racial negra nacional. Essa análise tornou-se facilitada pela interface da teoria e prática proposta pelo curso.

Quanto à teoria, constatou-se que a existência de normas antidiscriminatórias são funcionais apenas do ponto de vista formal, materialmente essas normas não mostram eficácia. Entretanto, embora se saiba que o ordenamento jurídico não é o único e está longe de ser o melhor meio de promoção da igualdade racial, entretanto também não pode ser desconsiderado, esse aparato normativo é um instrumento que, melhorado, pode ajudar a promovê-la.

Percebe-se, por exemplo, que a dissimulação característica do racismo nas relações interpessoais também é refletida no Sistema de Justiça e que o Estado tem se mantido inerte. A consequência dessa postura estatal demonstra seu distanciamento da sociedade, frustra a vítima e a incentiva a desistir do processo judicial por não encontrar qualquer tentativa de funcionalidade do sistema, portanto, sua eficácia; caracterizando, assim, a dupla violação.

A condução processual dos casos de racismo pouco progride no Sistema de Justiça, com relação ao mérito. Inúmeros são os obstáculos observados: assegurar que o ato seja reconhecido como racismo nas delegacias, no Ministério Público e nos Tribunais; doutrina e jurisprudência nacionais demonstrando a efetividade da norma antidiscriminatória escassas; manutenção constante do estímulo à vítima, que após tantas recusas na prestação jurisdicional apta pela deserção.

Por fim, destaca-se a importância das/os Advogadas/os Populares não somente como técnicas/os do direito, mas também, e, sobretudo, como articuladoras/es políticas/os, desenvolvendo contatos com instituições ou redes, execução de seminário e outros encontros e discussões teóricas produzidas em artigos, livros ou periódicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AJZENBERG, Bernardo. A imprensa e o racismo. In: RAMOS, Silvia (org.) **Mídia e racismo**. Rio de Janeiro: Pallas, 2002. pp.30-35.

BARONI, Vera. Direitos humanos, raça e democracia. In: **Triálogos Feministas**. Ano 3. n. 5. Recife: SOS Corpo, 2005, pp. 8-15.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branquitude – o lado oculto do discurso sobre o negro. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (orgs). **Psicologia social do racismo. Estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. pp. 163-180.

CARONE, Iray e NOGUEIRA, Isildinha Baptista. Faíscas elétricas na imprensa brasileira: a questão racial em foco. In: CARONE, Iray; BENTO, Maria Aparecida Silva (orgs). **Psicologia social do racismo**. Estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

CNPIR, SEPPPIR. **Estado e sociedade promovendo a igualdade racial. Documento-base**. Brasília: SEPPPIR, 2003.

DUARTE, Rebeca Oliveira. O movimento negro como ameaça à mítica democracia racial. In: **Triálogos Feministas**. Ano 3. n. 5. Recife: SOS Corpo, 2005. pp. 4-7.

HACK, Patrícia. Responsabilidade civil por danos morais. In PEREIRA, G.; SANTOS, J.; COSTA, L. et. Al. **Dano moral nos Atos de Racismo**. Olinda: Djumbay, 2001. pp.13-48.

MOURA, Maria de Jesus; COSTA, Luciana Araújo. Psicologia, dano moral e racismo. In: PEREIRA, G.; SANTOS, J.; COSTA, L. et. Al. **Dano moral nos Atos de Racismo**. Olinda: Djumbay, 2001.

SALES, Ronaldo. **Raça e Justiça**. O mito da Democracia Racial e o racismo institucional no fluxo da justiça. Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Recife, 2006.

SANTOS, Gevanilda. A cultura política da negação do racismo institucional. In SANTOS, G.; SILVA, M. **Racismo no Brasil**. Percepções da discriminação e do preconceito nacionais no século XXI. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005. pp.45-53.

SILVA, Rodnei Jericó da. Poder judiciário e a questão racial. In: **Direitos Humanos no Brasil 2004**. Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos. 2004. pp. 219-222.

TELLES, Edward. **Racismo à brasileira**. Uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2003.

ANEXO

Histórico do caso concreto

Mês/Ano	Mar/2004	Jul/2004	Set/2004	Out/2004	Jan/2005	Fev/2005	Abr/2005
Acontecimento	Violação, denúncia e prisão em flagrante da acusada. Não reconhecimento do Racismo e tipificação como Injúria Discriminatória pela autoridade policial e Ministério Público.	Tentativa de manter a vítima interessada em continuar com o caso.	Transcorridos 6 (seis) meses da data do fato. Prescrição no caso de injúria discriminatória.	Comunicação do caso ao relator da ONU, Leandro Despouy, na oportunidade de sua visita em razão da análise sobre a Independência dos Juízes (e Judiciário, de uma forma geral). Referência (indireta) ao caso nos jornais de circulação no Recife, em virtude da visita do Relator.	Vítima direta não foi encontrada. Não houve resposta da Delegacia ou do Ministério Público.	Nova tentativa frustrada de contato com a vítima direta.	Apresentação e discussão do caso no Curso de Extensão. Delimitação de formas alternativas de atuação.

A INCORPORAÇÃO DAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS SOB O OLHAR DO PROJETO DE LEI 4.667/2004

Luis Emmanuel Barbosa da Cunha¹⁰¹

Introdução

O Poder Legislativo brasileiro tem discutido a incorporação das decisões dos sistemas internacionais de direitos humanos há pelo menos nove anos.

Nesse tempo, a lacuna de como devem ser incorporadas ao ordenamento jurídico interno, conseqüentemente de como devem ser cumpridas tais decisões pelas autoridades brasileiras é um dado preocupante. À proporção que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos vêm sendo mais provocados, a tendência é de agravamento.

Um instrumento legal para solver essa questão é bem vindo, mas interessa mesmo uma normativa a ser extraída do futuro instrumento. Essa normativa deve ser analisada a contar dos parâmetros de agregação e de desagregação. A agregação implica fluidez, interação, compatibilidade, sem perder de vista a relação de complementaridade entre o sistema internacional e o interno brasileiro para o melhor exercício de proteção e de promoção dos direitos humanos. Ao contrário, a desagregação trava os sistemas, impede o seu inter-relacionamento e põe em colapso a proteção efetiva dos direitos humanos.

Nesse passo, como o projeto de lei 4.667/2004 pode ser situado? A instrumentalidade como veículo das normas jurídicas não é o alvo de análise desse trabalho, mas sim a própria normativa veiculada. Ao se partir da ideia de que o princípio da complementaridade estabelece uma divisa de ação entre o sistema interno brasileiro e os sistemas internacionais de direitos humanos, apesar disso, substancialmente, eles são compatíveis à medida que se

¹⁰¹ Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), professor da Faculdade Damas (Recife-PE) e da Faculdade Salesiana do Nordeste (Recife-PE) e advogado do Programa Direitos Humanos Internacionais (DHI) do GAJOP (Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares). Email: cunhaluis78@hotmail.com

dispõem a tutelar a dignidade humana. Consequentemente, o texto legal a ser levado ao Plenário da Câmara pode ser considerado o veículo de uma normativa desagregadora, pois dificulta a aplicabilidade em território brasileiro das decisões prolatadas por organizações internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja Estado signatário.

Assim o presente trabalho pretende tecer alguns comentários sobre esse projeto de lei em trâmite parlamentar e o seu antecessor de forma a não exaurir o tema, mas, ao contrário, estimular o debate sobre as várias possibilidades de se incorporar as decisões e as recomendações internacionais com o intuito de haver uma expressa consciência de que os sistemas internacionais de direitos humanos e o sistema intraestatal devem trabalhar concatenados em prol da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o foco é dirigido sobre como tem sido cumprida a primeira decisão condenatória prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro, à descrição do projeto de lei 4.667/2004 (texto original, emendas e substitutivo) e seus possíveis efeitos sobre as decisões e recomendações do sistema interamericano de direitos humanos em caso de vigência da normativa ali prevista, em sequência, as considerações finais.

1. A incorporação das decisões do sistema interamericano pelo Brasil

O ordenamento jurídico brasileiro segue basicamente a tradição do *civil law*. Isso significa dizer o quanto é importante o processo legislativo na produção normativa e o quanto é importante a norma jurídica como ponto de partida para o operador do direito, norma essa advinda como resultado do trabalho do legislador.

Certamente, não se pode negar o crescente grau de relevância dos julgados e da jurisprudência para o direito brasileiro. Basta lembrar a Emenda Constitucional nº.45/04 (regulamentada pela Lei 11.417/2006) que estabeleceu as súmulas vinculantes. Presentemente, já existem 14 súmulas promulgadas¹⁰² pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e plena em vigência. Ademais, o interesse em acompanhar presencialmente ou pela televisão algumas sessões com julgamentos ditos emblemáticos do STF mostra o quanto de importância

102 Súmulas vinculantes do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1_a_14.pdf. Acesso em 01 de abril de 2009.

têm ganhado as decisões no sistema jurídico brasileiro no sentido de moldar o ato decisório por vir das primeiras instâncias.

Em sede das mais recentes decisões do STF, esta no *Habeas Corpus*, HC nº. 87.585/TO, relator Ministro Marco Aurélio, com destaque para os votos dos Ministros Celso de Mello e Carlos Direito, tem viés paradigmático na relação entre o direito interno brasileiro e direito internacional público ao definir uma nova postura da suprema corte.

O ponto positivo em torno desse decisório é o reconhecimento do direito internacional público em sua produção de efeitos jurídicos nas relações jurídicas internas diretamente, de forma a compor o quadro legislativo interno brasileiro sem os maiores dilemas de outrora quando a aplicabilidade direta de tratados era vista como uma ameaça à ordem constitucional. Por outro lado, ainda competem as teses sobre supralegalidade e sobre constitucionalidade dos tratados de direitos humanos anteriores à Emenda 45. E no bojo desses tratados, aparecem os sistemas internacionais de proteção e promoção dos direitos humanos.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um sistema regional restrito ao continente americano. Com normativa, órgãos e procedimental próprios, o Sistema Interamericano integra parte do sistema internacional de direitos humanos, do qual o sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), o europeu e o africano também fazem parte.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (adiante Comissão Interamericana ou Comissão) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (adiante Corte Interamericana ou Corte) são os dois principais órgãos encarregados de promover, proteger, velar e garantir a plenitude do sistema normativo interamericano em matéria específica de direitos humanos.

As recomendações da Comissão Interamericana têm lastro legal no artigo 41 (b) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Já a Corte Interamericana prolata decisões, conforme artigo 62 (3) da mesma Convenção. Apesar de ter assinado a Convenção em 1969 e de tê-la ratificado em 1992, o ato formal do Estado brasileiro de reconhecimento da competência contenciosa da Corte data de 10 de dezembro de 1998.

Não se pode jamais ser perdido de vista o compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro em cumprir com suas obrigações advindas como signatário do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para além do lastro legal e formal, há o lastro material

do *pacta sunt servanda*, o fundamento do direito internacional público, o lastro de validade das obrigações, a declaração espontânea em prol da dignidade humana e contra os atos desumanizadores.

Dentre as decisões da Corte Interamericana, a primeira reconhecedora da responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação da normativa regional de direitos humanos foi a do Caso Damião Ximenes. Trata-se da morte do nacional brasileiro Damião Ximenes Lopes, uma pessoa com deficiência mental, enquanto estava sob custódia para tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, hospital conveniado ao Sistema Único de Saúde (SUS) em Sobral, estado do Ceará. Durante esse período, ele foi submetido a sessões de espancamento pelos funcionários do hospital que culminaram com sua morte em 04 de outubro de 1999.

O trâmite no sistema interamericano começou com a apresentação da denúncia ante a Comissão em 14 de dezembro de 1999. Em 09 de outubro de 2002, houve a declaração de admissibilidade pela Comissão diante da omissão do Estado brasileiro em responder à demanda a partir de seus recursos internos aplicáveis ao caso. Em 08 de outubro de 2003, a Comissão aprovou o Informe de Mérito nº. 43/03 e fez as seguintes recomendações¹⁰³:

1. Realização de investigação imparcial e exaustiva de forma a se conhecer os responsáveis, por atos comissivos ou omissivos, pela violação perpetrada;
2. Reparação adequada aos familiares de Damião Ximenes;
3. Adoção de medidas necessárias para não mais se repetir o ato.

Como o Brasil não seguiu as recomendações no prazo de seis meses concedidos inicialmente e nem as seguiu em duas outras dilações, o caso foi submetido à Corte pela Comissão em 01 de outubro de 2004¹⁰⁴. A decisão condenatória foi prolatada em 04 de julho de 2006. Ficou decidido que o Estado brasileiro deve¹⁰⁵:

103 COMISSÃO. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe de Mérito 43/03. 08 de outubro de 2003.

104 COMISSÃO. Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ante Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. 01 de outubro de 2004. Páginas 583-584.

105 CORTE. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Damião Ximenes *versus* Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006. Página 91.

1. Garantir a conclusão, em prazo razoável, do processo interno a fim de responsabilizar os algozes de Damião Ximenes;

2. Publicar, em até seis meses, essa Sentença da Corte em diário oficial;

3. Desenvolver um programa de capacitação e de formação em conformidade com os padrões internacionais para as pessoas envolvidas no acompanhamento e tratamento de pessoas com deficiência mental;

4. Pagar pelos danos materiais e imateriais sofridos pelos familiares da vítima.

O trâmite processual penal já estava a cargo do Poder Judiciário local, mais precisamente, na 3ª Vara Criminal da Comarca de Sobral. Quanto a esse ponto, cabe um comentário inevitavelmente. Existe um acordo entre a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH/PR) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) firmado em dezembro de 2006, mas pouco difundido, com a intenção de agilizar os processos judiciais de casos questionados perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A princípio, um acordo contraditório, pois estabelece uma agilidade processual apenas dos processos que podem constranger internacionalmente o Estado brasileiro, fazendo-se esquecer o tratamento isonômico quantos aos demais processos judiciais e cerceando o direito fundamental a uma prestação jurisdicional célere e eficiente¹⁰⁶.

A parte sobre publicação no Diário Oficial da União foi cumprida sem maiores delongas.

A promulgação de Lei nº. 10.216/2001 trata de uma iniciativa em reconhecer a dignidade das pessoas portadoras de transtornos mentais e de tentar readequar axiologicamente a política nacional sobre saúde mental. Por essa Lei, é prioridade o objetivo de reinserção social da pessoa sob tratamento do transtorno mental, além de se tornar o internamento uma opção final, passível de ser utilizada apenas quando as outras formas de tratamento extra-hospitalares se mostrarem insatisfatórias. Ainda assim, um laudo médico

106 Constituição Federal/88, art.5º, LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

deverá comprovar a motivação para tanto¹⁰⁷. Políticas públicas para concretização disso ainda são esperadas.

A parte pecuniária da decisão da Corte Interamericana foi cumprida pelo Estado brasileiro através do Decreto Presidencial nº. 6.185, de 13 de agosto de 2007¹⁰⁸. Por força desse Decreto, a SEDH/PR foi autorizada a pagar aos beneficiários descritos na sentença internacional o valor de R\$ 280.000,00 (duzentos e oitenta mil reais) após a conversão monetária, já que a sentença da Corte menciona dólares americanos. Esse valor teve previsão orçamentária federal sob a rubrica destinada a pagamento de indenizações a pessoas, cujos direitos foram violados e, posteriormente, amparados em sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos do quais o Brasil seja signatário.

Todo o trâmite para o atual estado de cumprimento da Sentença da Corte Interamericana ocorreu por iniciativa da União basicamente. Não há um só instrumento legal que estabeleça prazos e responsabilidades administrativas para tanto. Há algo de discricionário no cumprimento que subverte o princípio de segurança jurídica e não se coaduna com o comportamento de um destinatário de uma ordem jurisdicional, em especial, uma ordem jurisdicional internacional em matéria de direitos humanos.

2. O Projeto de Lei 4.667/2004 e seu antecessor

O projeto de lei 4.667/2004 é uma proposta de texto legal em discussão na Câmara dos Deputados desde o ano de 2000. A iniciativa em se debater a incorporação das decisões internacionais foi do ex-Deputado Federal Marcos Rolim com o projeto de lei 3.214/2000. Por não ter sido votado na legislatura 1999-2000, o 3.214/2000 foi arquivado para ser, posteriormente, posto em debate pelo Deputado Federal José Eduardo Cardozo sob a numeração 4.667/2004.

O texto do projeto de lei 3.214/2000 trazia apenas quatro artigos e foi justificado como uma necessidade em vista de uma crescente especialização da seara dos direitos

107 SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=232459>. Acesso em 02 de abril de 2009.

108 PRESIDÊNCIA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm. Acesso em: 01 de abril de 2009.

humanos internacionais e do respeito do Brasil pelos sistemas internacionais de direitos humanos ao que já se filiara (sistema ONU e sistema interamericano).

O artigo primeiro desse projeto de lei previa a produção imediata dos efeitos jurídicos das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno brasileiro. Isso significa que o Brasil como destinatário direto ou indireto de uma decisão desses dois órgãos estaria vinculado automaticamente às diretrizes ali estabelecidas.

Nesse ponto, vale lançar duas observações. Primeiro, considerando a inexistência de um parágrafo, então há de se entender que o legislador não pensou de antemão em uma restrição ao termo decisão, logo se imaginou tratar o projeto de lei do termo decisão *lato sensu*. Segundo, considerando o perfil pecuniário do artigo segundo, a matéria do artigo primeiro voltou-se então para as obrigações de fazer ou de deixar fazer, afastando-se a aplicabilidade imediata quanto à obrigação de pagar.

O artigo segundo tinha dois parágrafos em complementação ao texto do *caput*. No *caput*, estava previsto que o aspecto pecuniário ou indenizatório da decisão internacional seria recebido como título executivo judicial a ser executado contra a Fazenda Pública Federal. O valor estabelecido deveria estar em conformidade com os parâmetros traçados pelos organismos internacionais para as indenizações (parágrafo primeiro). Os créditos provenientes desse título executivo judicial extraído da decisão internacional teriam caráter alimentar (parágrafo segundo).

O artigo terceiro autorizava a ação de regresso da União Federal em detrimento do agente causador do ato ilícito internacional, cujo ato ensejou a sanção pecuniária paga pela Fazenda Pública Federal nos termos do artigo anterior.

O artigo quarto dispunha sobre a vigência na data de sua publicação.

A Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional emendou o texto do projeto de lei 3.214/2000, fazendo constar a obrigação da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos passar pelo procedimento de homologação de sentença estrangeira de competência ainda do STF à época.

Como não houve maiores avanços no processo legislativo do projeto de lei 3.214/2000, o projeto de lei 4.667/2004 foi proposto em sua substituição com o intuito de retomar esse debate de supressão dessa lacuna legal do ordenamento jurídico brasileiro.

A mudança na numeração ocorreu em vista da mudança trazida logo no artigo primeiro por ato da nova propositura. Apesar de haver quase uma cópia entre os projetos de lei 3.214/2000 e 4.667/2004, o Deputado Federal José Eduardo Cardozo alterou o texto do artigo primeiro para dar maior aplicabilidade ao instrumento legal. Conseqüentemente, a aplicação automática das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos cedeu espaço à construção sobre as decisões das organizações internacionais de proteção aos direitos humanos.

Em um quadro comparativo, tem-se o seguinte quanto aos artigos primeiros dos projetos de lei:

Projeto de Lei 3.214/2000	Projeto de Lei 4.667/2004
As decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, constituídas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Decreto Legislativo nº 678, de 06 de novembro de 1992, produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro.	As decisões dos Organismos Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos cuja competência foi reconhecida pelo Estado Brasileiro, produzem efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento interno brasileiro.

A distinção parece muito simples, entretanto houve um enriquecimento da proposta de texto de legal para envolver uma infinidade de outras decisões proferidas por outras organizações internacionais de proteção aos direitos humanos que não sejam apenas aquelas provenientes do sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Antes da mudança, perguntava-se: e quanto ao sistema ONU? E quanto às decisões e recomendações de caráter em direitos humanos de outras organizações internacionais das quais o Estado brasileiro seja ou venha a ser signatário? Essas, a princípio, estariam em lacuna

legal, caso algum magistrado não reconhecesse a aplicação do artigo 4º¹⁰⁹ da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), valendo-se, portanto, da analogia para fins de interpretação. Então, essa primeira alteração foi para agregar.

No entanto, manteve-se apenas a palavra decisão. A ser entendida decisão *lato sensu*, ou seja, decisões *strictu sensu* e recomendações?

Esse texto do projeto de lei 4.667/2004 passou então a transitar pelas comissões temáticas.

O Deputado Federal Laerte Bessa apresentou uma emenda modificativa ao texto inicialmente proposto a fim de incluir uma linha restritiva ao primeiro e ao segundo artigos. Dessa forma, a aplicabilidade das decisões dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos só seria imediata se não violasse direito individual ou coletivo. Ademais, o caráter indenizatório dessas decisões só se tornariam títulos executivos judiciais uma vez passado pelo crivo do Poder Judiciário interno a garantir então os princípios do contraditório e da ampla defesa e a se evitar aquilo que ele considerou “*um ente supranacional com poderes coercitivos inimagináveis em um estado de direito*”¹¹⁰.

Na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, o projeto de lei 4.667/2004 recebeu um texto substitutivo ao inicialmente proposto. O substitutivo cuida de nove artigos. Dentre eles, um especificamente trata da criação de um órgão para acompanhar a implementação das decisões e das recomendações internacionais.

No artigo primeiro (*caput* e parágrafo único) do substitutivo, às decisões e às recomendações dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos seria conferido o caráter de aplicabilidade imediata, preceptiva, vinculante e de absoluta prioridade no cumprimento.

No artigo segundo (*caput* e dois parágrafos), a União ficaria obrigada a satisfazer a reparação pecuniária emanada. Para tanto, haveria a previsão de um prazo de 60 (sessenta) dias para cumprimento após a notificação para o efetivo pagamento às vítimas, além de uma

109 Artigo 4º: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

110 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Emenda modificativa do Deputado Federal Laerte Bessa. Disponível: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/449039.pdf>. Acesso em 01 de abril de 2009.

rubrica própria no orçamento geral da União, cujo acompanhado seria atribuição do órgão criado no artigo quarto.

No artigo terceiro (*caput* e parágrafo único), estabelecer-se-ia o direito de regresso da União contra os agentes do ato ilícito que gerou a obrigação indenizatória. No caso dos entes federativos, haveria inclusive a autorização de desconto no repasse ordinário de receitas.

No artigo quarto (*caput* e sete incisos), ficaria criado um órgão interministerial com presença da sociedade civil encarregado de implementar as decisões e as recomendações dos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos, o chamado órgão de acompanhamento. Dentre as suas atribuições, estaria o acompanhamento das negociações entre os entes federativos e os peticionários, a interligação entre os Poderes de Estado para o cumprimento das decisões e das recomendações, a fiscalização do trâmite das ações judiciais sobre violações de direitos humanos, o acompanhamento da gestão orçamentária sobre a execução financeira das decisões e das recomendações, a garantia de que os valores das indenizações estivessem nos padrões internacionais e agir junto ao Judiciário, Ministério Público e polícia quanto à investigação e à apuração dos casos questionados nas instâncias internacionais.

No artigo quinto, em caso de obrigação de fazer, o órgão de acompanhamento notificaria o ente federativo responsável para a apresentação de um plano para o seu cumprimento no prazo de 20 (vinte) dias, de forma a indicar as ações pretendidas e suas respectivas autoridades responsáveis.

No artigo sexto, em caso de medida policial, judicial ou a cargo do Ministério Público, esse ente responsável pela medida deveria apresentar um relatório sobre a investigação ou sobre a apuração no prazo de 20 (vinte) dias, a partir da notificação do órgão de acompanhamento.

No artigo sétimo, previsão do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a partir da comunicação, para o cumprimento de medidas cautelares e medidas provisionais pelo ente federativo indicado pelo órgão de acompanhamento das decisões e das recomendações.

No artigo oitavo, a autorização para as entidades públicas celebrarem acordos a fim do melhor cumprimento da lei.

No artigo nono, previsão de vigência a partir da publicação.

Na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, emitiu-se parecer no sentido de se ratificar o substitutivo da Comissão de Direitos Humanos e Minorias e de se preterir a emenda modificativa do Deputado Federal Laerte Bessa.

O texto final aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados foi no sentido de mandar a Plenário o texto original da proposta do Deputado Federal José Eduardo Cardozo.

3. Considerações sobre possível vigência do projeto de lei 4.667/2004 no seu formato atual e sua relação com o sistema interamericano

Uma análise sobre os possíveis efeitos gerados pela aplicabilidade dessa normativa prevista no projeto de lei 4.667/2004 passa pela visão dos parlamentares sobre os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, pela técnica legislativa utilizada, pelo significado do precatório, pela ausência de menção sobre as medidas urgentes de proteção às pessoas ameaçadas de violação para finalmente se concluir se esse projeto de lei vem a agregar ou a desagregar, considerando-o um elo entre o ordenamento jurídico brasileiro e os sistemas internacionais de direitos humanos.

Dentre as propostas de textos apresentadas pelos parlamentares, nota-se haver um certo desconhecimento do funcionamento e do que representa os sistemas internacionais de proteção e de promoção dos direitos humanos. A possibilidade de se exigir a homologação da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou ainda de se dar o fiel cumprimento caso a decisão não violasse direito individual ou coletivo como forma de se evitar a constituição de um leviatã jurisdicional supraestatal demonstra a forma como alguns parlamentares estavam permeados de entendimentos equivocados.

A homologação de sentença estrangeira é dirigida à sentença de outra jurisdição estatal. A partir do princípio da territorialidade, o Brasil reconhece apenas o seu direito na sua faixa territorial. Excepcionalmente, direito estrangeiro poderá ser aplicado desde que não viole a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes (artigo 17 da LICC¹¹¹). A decisão internacional, por outro lado, é prolatada por órgão, cuja competência foi reconhecida pelo

111 Artigo 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Estado brasileiro em sede de um sistema de direitos humanos que ele próprio (Estado brasileiro) se comprometeu a seguir. As situações jurídicas são completamente distintas.

Ademais, quando se fala em um ente supranacional com força coercitiva inimaginável parece que o direito fez materializar uma figura abominável e onipotente. Exageros à parte, a ideia dos direitos humanos não combina com práticas ilimitadas tal como o absolutismo promovera no passado. Os direitos humanos têm limites nos próprios direitos humanos. A reação à violação da dignidade humana de uma pessoa não pode ceifar a dignidade da pessoa do violador, logo inimaginável seria pressupor a existência de um ente supranacional com esse perfil.

No que tange à técnica legislativa, a descrição sobre o que se entende por decisão é necessária, portanto caberia pelo menos um parágrafo a fim de dar a extensão pensada para o termo.

Os sistemas internacionais de direitos humanos não irradiam apenas decisões, considerando-se a aceção mais comum, ou seja, emitir, com força vinculante, um juízo sobre algo. Existem as decisões administrativas e as decisões de fundo ou propriamente dita, com caráter de uma conduta a ser seguida objetivamente independente de uma faculdade do destinatário em segui-la ou não. Às vezes, a decisão nem emite uma obrigatoriedade, pode também declarar ou fazer uma relação se constituir. Entretanto, para além delas, existem as recomendações, que, por sua vez, são indicativos de condutas a serem seguidas a título sugestivo de comportamento a partir dos instrumentos internacionais. Com efeito, muito mais do que uma mera sugestão, a recomendação é uma interpretação da normativa de conduta pré-estabelecida feita por órgão, cuja função primordialmente é velar pelo sistema como um todo. Não é um simples conselho. É o resultado do trabalho de um órgão, criado pelos membros do sistema e reconhecido como responsável e capaz de realizar tal incumbência a fim de se melhor cumprir o compromisso internacional.

O funtor deôntico da decisão propriamente dita e o da recomendação são diferenciados, sem dúvida, porém complementares. O limite de um é o início para o outro. Quando a previsão do projeto de lei não faz essa distinção incide em um grau de insegurança jurídica indesejado. Não se trata de uma apologia ao detalhismo exacerbado e aos “códigos fortes”. Cuida-se apenas de se reclamar um aprofundamento descritivo necessário em vista de uma melhor aplicação da normativa. Sem isso, há espaço argumentativo para se desconsiderar

as recomendações, ou pior, deixá-las à conveniência de governos dos Estados usarem apenas aquelas que lhe são interessantes.

O reconhecimento da obrigação de pagar na qualidade título executivo judicial é um dado também preocupante. Trata-se da constituição de precatórios. Isso representa uma obstaculação desagregadora à consumação daquilo decidido internacionalmente em prol das vítimas de violação de direitos humanos.

Como já dito, os sistemas internacionais de direitos humanos são complementares aos sistemas internos estatais. Não há concorrência entre eles, muito menos, o sistema internacional é patamar revisional dos sistemas internos.

Debater-se uma violação de direitos humanos a nível de sistema internacional significa dizer que o aparelho de prevenção e de repressão intraestatal não funcionou ou está funcionando debilitadamente. Como se não bastasse todo o tempo e os contratempos experimentados pelas vítimas e seus familiares em provocar esse aparelho intraestatal, o ônus de provar o seu não funcionamento ou o seu funcionamento debilitado para ter a sua demanda considerada admissível pelo sistema internacional, o tempo necessário à demanda ser analisada e julgada pelo sistema internacional, depois de tudo isso, ainda suportar a demora para constituição e pagamento de precatório.

De fato, isso significa infligir uma outra violação às vítimas e aos familiares. E do ponto de vista técnico, pressupor-se-ia a decisão internacional equiparada a uma sentença judicial prolatada por juiz brasileiro. Esse entendimento já seria fruto da falta de técnica legislativa na fixação do alcance do termo decisão no artigo primeiro.

Isso é inadmissível, partindo-se de que Decreto Presidencial, afim ao que autorizou o pagamento da indenização do caso Damião Ximenes, não cerceia o princípio da legalidade e da autorização prévia do Poder Legislativo para a existência de uma rubrica específica no orçamento da União para pagamento de tais indenizações. O pagamento das indenizações via Decreto do Chefe do Poder Executivo é uma boa opção de solução, desde que atrelado a um prazo prévio para cumprimento a partir da ciência da decisão.

Porém, não há apenas diretrizes pecuniárias em questão. Existem como exemplos de outras diretrizes: investigação séria e exaustiva do fato violador de direitos humanos, promulgação de leis, construção de ícones em homenagem a vítimas ou em símbolo de

combate a determinada violação, formulação ou adequação de políticas públicas. Para o cumprimento imediato delas, há o discurso simplista e reiterado de que o Pacto Federativo impede a ingerência entre os entes da Federação. De fato, há o impedimento para as ingerências políticas mal intencionadas em detrimento de uma divisão de responsabilidades. No entanto, utilizar o Pacto Federativo como justificativa para descumprir algo que o Estado brasileiro (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) se comprometeu internacionalmente em cumprir (*Pacta Sunt Servanda*) é distorcer o instituto. Na verdade, soa como uma cortina de fumaça levantada para encobrir uma falta de vontade política das autoridades.

Ademais, a presença do parágrafo primeiro no artigo segundo, a princípio, não se justifica em vista da real utilidade dada ao projeto de lei. Essa utilidade tem caráter instrumental, ou seja, esse projeto de lei vem sendo debatido no sentido de regular a atividade dos órgãos de Estado e suas respectivas autoridades no cumprimento das decisões internacionais *lato sensu*. Então aparece o parágrafo primeiro estabelecendo um parâmetro de fixação de valores. O que se busca com isso? Permitir um debate no Judiciário brasileiro se o valor estabelecido segue ou não os parâmetros internacionais? Há de se pensar que esse parágrafo tende a acessar arbitrariamente seara do órgão julgador internacional, a quem cabe estabelecer seu grau de convencimento em torno da violação de direitos humanos discutida.

Não se pode deixar de mencionar a falta de tratamento específico às medidas urgentes de proteção a pessoas ameaçadas de sofrer violações. A medida cautelar da Comissão Interamericana, a medida provisional da Corte Interamericana, as ações urgentes dos Relatores Especiais das Nações Unidas são exemplos de medidas urgentes comumente usadas para salvar vidas. O projeto de lei não dispõe sobre a instrumentalização dessas medidas e nem a qual autoridade caberá encaminhá-las.

Em se tratando de medidas excepcionalíssimas, deveria constar uma previsão procedimental própria de materialização e consequente proteção pelos órgãos de segurança estatais da pessoa sob ameaça de violação de sua dignidade.

Considerações finais

A simples tramitação de um projeto de lei não pode ser vista como a solução para a grave lacuna legal presente no ordenamento brasileiro sobre como incorporar essas decisões e recomendações no ordenamento e, principalmente, como materializar a responsabilidade de cada ente da Federação nas várias acepções desse cumprimento.

O texto original pode ser melhorado ainda, haja vista o não encerramento do trâmite legislativo. O substitutivo proposto pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara é um bom parâmetro para o reinício dos debates políticos. Não se pode esquecer a participação das entidades da sociedade civil organizada. Elas têm muito a contribuir, afinal de contas são elas que tratam as violações de direitos humanos de forma a instrumentalizá-las para as instâncias internacionais. Para tanto, uma ferramenta interessante é se valer das audiências públicas nos parlamentos, além dos seminários, por exemplo. Assim se tornaria o debate acessível aos grupos sociais em geral e à academia também.

Isso posto, considerando apenas o atual texto do projeto de lei 4.667/2004, ao todo, trata-se de uma normativa desagregadora entre os sistemas internacionais de direitos humanos e o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que se cite a mudança trazida do artigo primeiro em relação ao projeto de lei 3.214/2000. A se manter o projeto de lei nos termos já citados, estará lançada uma tendência em se criar, pela norma de direito interno, dificuldades de promoção e de proteção dos direitos humanos internacionais no Brasil.

Referências

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Emenda modificativa do Deputado Federal Laerte Bessa. Disponível: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/449039.pdf>. Acesso em 01 de abril de 2009.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe de Mérito 43/03. 08 de outubro de 2003.

_____. Demanda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ante Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil. 01 de outubro de 2004. Páginas 583-584.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Damião Ximenes *versus* Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006. Página 91.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto 6185/2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm. Acesso em: 01 de abril de 2009.

_____. Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em 25 de maio de 2009.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 25 de maio de 2009.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=232459>. Acesso em 02 de abril de 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmulas vinculantes do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1_a_14.pdf. Acesso em 01 de abril de 2009.

DIREITO À MORADIA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Magda Márcia Gonçalves Teixeira¹¹²

Introdução

Em meados do ano 2000, o Fórum Estadual de Reforma Urbana da Paraíba – FERUB-PB representou ao Ministério Público Estadual o Programa Municipal de Moradia denominado É Pra Morar em que habitações sem qualquer infra-estrutura foram entregues aos moradores na periferia da cidade de João Pessoa.

Seis anos depois entre procedimento na Curadoria do Cidadão indevidamente arquivado, reaberto e entre algumas audiências neste interregno, o direito social constitucionalizado à moradia e garantido por instrumentos internacionais ainda não foi efetivado para aquelas pessoas, inicialmente deslocadas de áreas inadequadas para o que deveria ser um condomínio construído com recursos públicos a fim de resgatar cidadania aos seus novos moradores. O descaso foi tão grande que a Sociedade Civil mobilizou-se produzindo vídeo-denúncia e recebeu em maio de 2004 a Relatoria Nacional de Moradia, naquele momento representada por Nelson Saule Jr. como forma de pressionar os atores envolvidos para uma resposta mais rápida.

Ao acompanhar esta denúncia pelo Curso de Formação de Advogados(as) Populares percebi uma resistência do Movimento Social Paraibano em prol da moradia em ser autor de uma Ação Civil Pública especificamente do caso em estudo. Como forma de contribuir para a conclusão da Sociedade Civil paraibana sobre este caso, resolvi discorrer um pouco sobre Ação Civil Pública enfocando os legitimados desta ação.

Faz mais de vinte anos que Ação Civil Pública tutela direitos difusos e coletivos, com também os direitos individuais homogêneos. Este instrumento ainda ganhou status constitucional no art. 129 da Constituição hordiena. Destaca-se entre os direitos tutelados para nosso estudo, as questões urbanísticas.

112 Advogada popular, voluntária da Fundação Margarida Maria Alves - Paraíba
e-mail: magda_brasileira@yahoo.com.br

Vivemos em desequilíbrio com a organização do espaço urbano acentuado pela especulação imobiliária, loteamentos irregulares, ocupações de áreas de proteção ou preservação ambiental (mananciais, mangues, áreas verdes, etc). No intuito de ao menos reduzir estes conflitos surge o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, norma geral que regulamenta a política urbana. Nesta encontramos vários instrumentos capazes de atenuar exclusão dos historicamente discriminados do direito de propriedade buscando através deste instrumento sua função social, assim como a da cidade.

Entre estes instrumentos temos a Ação Civil Pública que pode ser proposta entre outros legitimados pelo Ministério Público e Associações – art.5º, caput, Lei 7347/85. Destarte este valioso instrumento pode garantir o direito à moradia, previsto na Carta Constitucional vigente através de obrigação de fazer, não fazer ou indenização em dinheiro por danos morais ou patrimoniais causados.

Entretanto até que ponto as experiências tem contribuído neste processo de conquistamos a cidade que queremos? Temos utilizado adequadamente as Ações Cíveis Públicas? Nossas associações estão preparadas para impetrá-las? O Ministério Público tem interagido com as Associações?

Assim tentamos elucidar um pouco sobre este importante instrumento de responsabilização por danos, dentre outros, causados à ordem urbanística.

Fundamentação Teórica

Historicamente o direito à moradia tem sido violado em nosso país. Os mais pobres foram discriminados por uma especulação imobiliária e sistema financeiro de habitação atroz que criou os bairros dos ricos e o dos pobres. Evidentemente os equipamentos urbanos somente pertencem aos primeiros, enquanto a população de baixa renda, expulsa do campo pelo latifúndio - vale ressaltar que 81% da população atual vive nas cidades, emigrou para as favelas, loteamentos populares ou bairros periféricos, os denominados subúrbios, sem qualquer infra-estrutura – saneamento básico, água, luz, coleta de lixo. Por muitas vezes ocupando áreas ambientalmente frágeis (morros, encostas, etc.), distante de seu local de trabalho, sem transporte coletivo de qualidade ou equipamentos de lazer, cultura. Reflexo de um assustador e crescente déficit habitacional, 7.222.645 com o Nordeste e Sudeste liderando

as necessidades habitacionais, 71,9% do total do país¹¹³. Neste contexto, muitas das habitações permanentes são inadequadas, 3.215.997 não possuem banheiro e concentram-se nas regiões norte e nordeste. Ainda nesta última ao lado mais uma vez do sudeste possuem 12,1 milhões de moradias sem um ou mais da seguinte infra-estrutura: rede de iluminação elétrica, rede de abastecimento de água, esgotamento sanitário, fossa séptica ou coleta de lixo. Um dos mais alarmantes dados, podem ser constatados quando o Nordeste lidera as unidades habitacionais sem saneamento básico, considerando esgotamento sanitário ou fossa séptica de um total de 2.267.064 do Brasil.

Em que pese este quadro, várias Convenções e Tratados Internacionais têm reconhecido a importância da moradia digna para homens, mulheres, crianças e adolescentes, precipuamente a partir da Carta das Nações Unidas, a saber: Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV, item 1), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigo 11), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 (artigo V), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979 (artigo 14.2, item h), a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (artigo 21, item 1), a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976 (Seção III (8) e Capítulo II (A.3), a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (Capítulo 7, item 6).

O Brasil além de ratificar estes instrumentos, expressamente dispôs em sua Carta hordiena direito social à moradia – art.6º, por força de Emenda Constitucional Nº 28 de 2000, apesar de já consagrá-lo por força de disposição de seu § 2º do art.5º e mais recentemente pela Emenda Constitucional Nº 45 que acrescentou o § 3º ao artigo citado, equiparando Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos aprovados às Emendas Constitucionais (embora possamos encontrar literatura jurídica que antes mesmo da Emenda Nº 45 de 2004 os tivessem equiparado à Lei Federal). Ainda nossa Carta Cidadã garantiu função social da propriedade, entre outros art. 5º XXIII e da cidade, art.182, § 2º.

Mas as conquistas dos Movimentos de Moradia, fóruns ainda não obtiveram eficientes ações positivas do Estado através da implementação de políticas urbanas que promovessem a efetiva inclusão social. Ainda convivemos com leis patrimoniais que enfatizam o título de propriedade e dificultam a legalização da ‘cidade informal’. A lei de Registros

113 Déficit Habitacional no Brasil – Municípios selecionados e microrregiões geográficas – Fundação João Pinheiro

Públicos, Lei 6015/73, e a de parcelamento do solo, Lei 6766/79, são exemplos claros de quanto a população mais pobre tem sido discriminada pela 'cidade formal'.

Entretanto o direito à moradia possui um marco legal, conhecida como divisor de águas, Lei Federal 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade que regulamenta o capítulo inédito de Política Urbana da Constituição da República. Entre suas diretrizes gerais viabiliza o direito às cidades sustentáveis, função social da propriedade e da cidade e ainda determina gestão democrática por meio da participação popular como nas audiências públicas e orçamento. Regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda também foram garantidas e constituem-se uns dos grandes instrumentos para a promoção e efetivação da Reforma Urbana.

Vale dizer que os atos de improbidade administrativa passaram a ser penalizados com maior rigor. Ação Civil Pública foi ratificada como uma das grandes armas contra os danos causados pelos prefeitos e demais agentes públicos, assim como dos transgressores da ordem urbanística¹¹⁴.

Por outro lado, a possibilidade de utilização deste instrumento de tutela de interesses metaindividuais ratificou o que já previa o art. 129, III da Constituição. O que demonstra a necessidade momentânea de prevenir danos nesta seara que comprometem um dos fundamentos previstos no art. 1º, III – dignidade da pessoa humana.

Da Ação Civil Pública

Instituto processual

Os direitos metaindividuais primeiramente foram amparados pela Lei Ambiental de 1981 e logo disciplinados pela Lei 7347/85, inspirada na class action for damages do direito norte-americano, que provocaram uma revolução nos conceitos clássicos de processo centrados nos direitos individuais.

Conforme bem elucidado por Ada Pellegrini, “é o dado político que altera o conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos metaindividuais, por isso mesmo tipicamente políticos. Assim, como se modifica o conceito de processo, muda o de

114 Correspondendo aos art. 52 – trata sobre improbidade administrativa e arts. 53 e 54 que fizeram acréscimos a Lei 7347/85.

ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta de ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substantivas tradicionais. Nesse contexto, a ação consagra uma operação política de direito, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais. E a jurisdição, atuando através de instrumentos renovados e impulsionada por um distinto poder tem transmutada a sua própria finalidade funcional, que se desloca, de mera atuação do direito objetivo, para o papel promocional da aquisição de uma consciência do 'coletivo' e do 'social'. A tutela jurisdicional de situações não mais meramente individuais transforma-se na expressão de um modo de apropriação coletiva de bens comuns e, contemporaneamente, na manifestação de uma necessidade de participação, por intermédio da justiça”¹¹⁵.

Com efeito esta nova lide pode interessar uma pluralidade de sujeitos por se tratar de interesses transindividuais que obrigaram o ordenamento processual a promover inoações, embora essas, segundo algumas correntes tenham sido muito tênues em sede da Constituição da República. Mas a “incorporação ao ordenamento positivo da Lei n.7.347/85 – Lei de Ação Civil Pública -LACP, como é conhecida – além de ensejar à Ciência Jurídica passo de inegável progresso, sobremodo alargou as lides da sociedade civil. É que esta, face à institucionalização dos interesses difusos, e à correlata legitimação processual outorgada a entes habilitados a patrociná-la em Juízo, abriu novos horizontes que inalienáveis valores socioculturais passassem a ser tutelados perante a Justiça. Ministério Público e Poder Judiciário, instituições imanentemente agregadas ao Estado de Direito e à Democracia, galgaram, desde então, novo patamar de participação no debate em que se lançam e se renovam os fundamentos da nacionalidade. De 1985 a 1995, nesse interregno de dez anos, a aplicação da Lei n 7.347/85 revelou o acerto do gesto de promulgá-la, que a prática processual desde logo referendou, paralelamente a rico filão doutrinário, elaborado pelos doutrinadores da lei”¹¹⁶.

O conceito de interesses metaindividuais, agrupados em direitos difusos e coletivos foram definidos *a posteriori* pelo art.81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor – CDC: ‘os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas

115 GRINOVER, Ada Pellegrine. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia 13 (1,2), p.9, 1984 in Ação Civil Pública O Direito e o Processo na Interpretação dos Tribunais Superiores(vide Bibliografia).

116 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tutela Jurisdicional Coletiva. São Paulo: Atlas, 1998, p.83 in Ação Civil Pública O Direito e o Processo na Interpretação dos Tribunais Superiores(vide Bibliografia).

indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato'.Reza ainda o art. 81, parágrafo único, II, do CDC que interesses ou direitos coletivos são "os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base'.

Urge salientar que o art. 129, III da Constituição vigente alargou o texto do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, reinserindo texto anteriormente vetado – 'outros interesses difusos ou coletivos' e ainda 'patrimônio público social'.Assim as lides segundo este artigo podem ser referentes aos danos ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor estético, histórico, turístico e paisagístico. Esse texto ainda foi alargado pelo art. 53 do Estatuto da Cidade.Dispiciendo uma vez que a partir do momento em que se definiu que os interesses difusos e coletivos seriam protegidos pela Lei 7.347/85, todos já estariam sob sua tutela.Mas, em se tratando de buscar uma cidade justa para todos, nada de redundante encontramos neste texto legal.

A legitimação

O art.5º da Lei em comento,outorgou legitimidade ativa ao Ministério Público, aos entes políticos, órgãos descentralizados, bem como às Associações existentes há pelo menos um ano com previsão estatutária de tutelar interesses difusos.

Segundo Mancuso tal legitimação é qualificada como anômala de tipo misto, porque as entidades nominadas no texto em questão exerceriam legitimação ordinária – na parte em que são portadoras de um interesse impróprio – e legitimação extraordinária – na parte em que agiriam como representantes ou substituto dos demais sujeitos a quem tocariam os interesses difusos.Ainda "Assim até o nível dos interesses coletivos stricto sensu, a legitimação para agir está razoavelmente dirimida, nos planos legal, doutrinário e jurisprudencial.A questão que ainda remanesce em aberto diz com a legitimação em tema de interesses *difusos*, visto que estes, por sua própria natureza, não comportam aglutinação necessária ou legal junto a certas entidades 'chanceladas' pelo poder público, como ocorre com os interesses coletivos.Tampouco se resolve o problema com a outorga de um título legal de legitimação, como é o reconhecimento de utilidade pública: primeiro, porque, sendo difusos tais interesses, não se pode exigir que eles se apresentem necessariamente organizados, junto a um órgão ou ente predeterminado; em segundo lugar, a difusão desses interesses pode ser efêmera, contingencial: mesmo a certos grupos ocasionais se deve admitir o acesso à justiça, sob pena

de se perder, talvez a parte mais fecunda do fenômeno coletivo (figuremos a hipótese de um grupo de moradores reunidos com o fito de evitar a iminente dejeção de elementos poluidores no rio que serve essa coletividade: a exigir-se ‘uma organização formal’ desse grupo, o efeito já se terá produzido no entretempo)”¹¹⁷

Pesquisa do Instituto Socioambiental em parceria com o Ministério da Justiça e a Procuradoria-geral da República avaliou a utilização e eficácia da Ação Civil Pública em seus 20 anos de existência, revelando de acordo com os dados preliminares, que “das 468 ações civis públicas pesquisadas, sob a coordenação dos advogados do ISA André Lima e Raul Telles do Valle, **apenas 24 ações (5%) têm associações civis como autoras** (grifo nosso). Quem mais promove ações é, sem dúvida, o Ministério Público. Em 50% das ações pesquisadas, a instituição aparece como autor. O Ministério Público Estadual responde por 18% delas, seguido por órgãos da Administração Pública (38% órgãos federais, 1,5% órgãos estaduais e 1,75% órgãos municipais)”. Embora a pesquisa tenha focado as ações em defesa do meio ambiente observa-se que as Associações Civis propuseram um número muito reduzido de ACPs. Segundo a citada pesquisa por falta de recursos ou infra-estrutura adequada para arcar com custos de deslocamentos. Vale gizar que a ação deve ser proposta no local do dano, *ex vi* art. 2º, Lei 7347/85, implicando assim custos extraordinários, fora o custo com advogados e perícias, embora a LACP assegure gratuidade de honorários de advogado, custas e despesas processuais – art.18, Lei 7347/85. Ainda revela a pesquisa que as organizações de médio ou grande porte estão localizadas nos grandes centros o que dificulta esta propositura da ação no local do dano. Mas destaca que por uma questão de segurança para a organização e seus advogados(as) que colidem com os interesses de grandes empresas a possibilidade de litigar na comarca da capital, por exemplo, seria mais plausível. Sugerem então alteração deste artigo da Lei de Ação Civil Pública – LACP.

Jurisprudência colecionada

Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça confirmam legitimidade ao Ministério Público :

117 MANCUSO, Rodolfo e Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 151, 1997. in Ação Civil Pública O Direito e o Processo na Interpretação dos Tribunais Superiores (vide Bibliografia).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO PÚBLICO. PARQUET. LEGITIMIDADE. 1. O Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública na defesa do patrimônio público (art. 129, III, da Constituição). 2. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.(STF - RE - AgR372658/SP – SÃO PAULO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 29/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00075 EMENT VOL-02219-07 PP-01387)

Ministério Público: legitimidade para propor ação civil pública quando se trata de direitos individuais homogêneos em que seus titulares se encontram na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. É indiferente a espécie de contrato firmado, bastando que seja uma relação de consumo: precedentes(STF - RE-AgR 424048 / SC – SANTA CATARINA AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min.SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 25/10/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 25-11-2005 PP-00011 EMENT VOL-02215-04 PP-00721)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. O Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública para o exame de abusividade de cláusulas de contratos bancários. Agravo regimental não provido.(STJ - AgRg no REsp 441999 / DF ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2002/0070495-4 Ministro ARI PARGENDLER (1104) T3 - TERCEIRA TURMA 16/03/2006 DJ 08.05.2006 p. 194)

PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A PESSOA IDOSA. OBRIGAÇÕES DE FAZER E ENTREGAR COISA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. CABIMENTO, INCLUSIVE CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de pessoa idosa que precisa fazer uso contínuo de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. 4. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa. Precedentes. 5. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp 822712 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2006/0044287-5 Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124) T1 - PRIMEIRA TURMA 04/04/2006 DJ 17.04.2006 p. 196)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTOS PARA MORADIAS POPULARES.1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, visando a regularização de loteamento destinado à moradias populares. 2. É no pólo ativo das demandas que o Ministério Público cumpre, de forma mais ampla, seu nobre papel de fiscal da lei. 3. O exercício das ações coletivas pelo Ministério Público deve ser admitido com largueza. Em verdade a ação coletiva, ao tempo em que propicia solução uniforme para todos os envolvidos no problema, livra o Poder Judiciário da maior praga que o aflige: a repetição de processos

idênticos. 4. Recurso provido.(STJ - Resp 404759 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2002/0003769-0 Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096) T1 - PRIMEIRA TURMA 17/12/2002 DJ 17.02.2003 p. 226)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Urbanização e loteamento - Regras aplicáveis - Legitimidade - Municipalidade - Ao executar programa de habitação popular; a Municipalidade tem obrigação de seguir as normas gerais emanadas do Estado e da União no que pertine ao parcelamento de solo, em especial a Lei Federal n. 6.766/89, podendo editar leis especiais para tal projeto dentro do âmbito de sua competência - Legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública que vise a regularização de loteamento assim realizado - Possível a condenação do ente público que assume o papel de loteador, sendo viável a imposição de multa pelo atraso no inadimplemento da obrigação de fazer - Verba honorária indevida - Preliminares rejeitadas - Recursos não providos. (Apelação Cível n. 13.940-5 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Lineu Peinado - 29.01.98 - V.U.)

Assim como tem reconhecido a legitimidade das Associações. Mister ressaltar que o critério de tempo mínimo de existência ainda pode ser atendido após a propositura da v. g. digitada ação:

Processo civil. CDC. Recurso especial. Ação civil pública. Tempo mínimo de constituição da associação. Legitimidade ativa. Nos termos da legislação consumerista, a associação legalmente constituída há pelo menos um ano tem legitimidade para promover a defesa coletiva dos interesses do consumidor. - Em observância aos princípios da economia processual e efetividade da jurisdição, deve ser reconhecida a legitimidade ativa da associação que complete um ano de constituição durante o curso do processo. Recurso especial não conhecido.(STJ - REsp 705469 / MS ; RECURSO ESPECIAL 2004/0167202-1 Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) T3 - TERCEIRA TURMA 16/06/2005 DJ 01.08.2005 p. 456)

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE DE ASSOCIAÇÃO DE MORADORES - TESES QUE ESBARRAM NOS ÓBICES DAS SÚMULAS 282/STF E 7/STJ - VIOLAÇÃO REFLEXA.1. Legitimidade ativa, para propor ação civil pública, de associação cujo um dos objetivos estatutários é a proteção dos interesses dos moradores de bairro, encontrando-se abrangido neste contexto a defesa ao meio ambiente saudável, a qualidade de vida. 2. Teses defendidas pelos recorrentes que não foram prequestionadas (Súmula 282/STF), esbarram no revolvimento do contexto fático e probatório dos autos (Súmula 7/STJ) ou não ensejam a interposição de recurso especial, por se tratar de violação reflexa a dispositivo infraconstitucional. 3. Recurso especial do JARDIM DA INFÂNCIA DONA ERIKA OSSOWIE improvido e recurso especial do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO não conhecido.(STJ - REsp 332879/SP;RECURSO ESPECIAL 2001/0087560-4 Ministra ELIANA CALMON (1114) T2 - SEGUNDA TURMA 17/12/2002 DJ 10.03.2003 p. 150)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Associação civil. Legitimidade ativa. Consórcio.A associação civil instituída para a defesa de consumidores tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de tantos quantos, sejam ou não seus associados, celebraram contrato de adesão com a administradora ré, para a declaração da nulidade da cláusula de exclusão de juros e de correção monetária das parcelas a serem restituídas ao consorciado desistente. Precedentes. Demais questões não incluídas na lide. Recurso não conhecido.(STJ - Resp 302192 / RJ; RECURSO ESPECIAL 2001/0010246-8 Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) T4 - QUARTA TURMA 10/04/2001 DJ

Discriminação e gestão democrática

Destacamos que a discriminação da população pobre, em especial os negros e as mulheres, e a falta de participação popular na gestão da cidade, para formular e implementar planos e projetos estratégicos para a cidade, são violações que se constatam em todos os casos. O direito à regularização fundiária para a população de baixa renda, como forma de democratizar o acesso ao solo urbano e rural, é reiteradamente violado, tanto pelo poder público como pela iniciativa privada, como se vê nas violações apuradas em diferentes Estados brasileiros. Essa realidade deve ser combatida e está sendo combatida, para que as populações possam beneficiar-se de leis inovadoras, como o Estatuto da Cidade. Nisso trabalham hoje, especialmente, as organizações populares, com suas diferentes práticas, para exigir que se respeitem os seus direitos a ter um padrão de vida adequado nas cidades.¹¹⁸

É o que o FERUB vem realizando na Paraíba ao longo de sua história, mobilizando segmentos sociais, colaborando na construção do plano diretor de João Pessoa de 1994 e sua atual revisão. Além de promover seminários e outros eventos para troca de informações entre os grupos assistidos. Os dados do Censo 2000 do IBGE na Paraíba revelam que 23% das pessoas percebem até 3 salários mínimos, destes 8% percebem até um salário mínimo. Mesmo as mulheres constituindo 51,1% da população, apenas 8% delas percebem rendimento. Esta discrepância demonstra a importância de as mulheres, negros, discriminados ao longo deste processo, participarem a todo momento da construção da cidade que queremos, dos princípios formadores de grandes instrumentos de nossa cidade para que não mais tenhamos que ouvir testemunhos de moradores que revelam o desrespeito a sua dignidade humana pelas construções irregulares promovidas pelo próprio ente público, como é o do caso de nosso estudo.

“Nós somos humanos!” Eis a fala de vários dos moradores de conjuntos construídos de um quarto, com cerca de 22m², desprovidos de qualquer revestimento nas paredes, cujas águas de banho, inclusive sanitárias, atingem os moradores do andar inferior quando o banheiro é utilizado, evidenciando escandalosa situação de risco à saúde pública, visto a inexistência de serviço de saneamento básico, constatada em várias visitas realizadas em Valentina Figueiredo, local destas irregulares construções, inclusive pela Relatoria Nacional de Moradia. Estas visitas ainda observaram a inexistência de impermeabilização das paredes e das

instalações de água e energia elétrica aparentes e de plástico, falta de coleta de lixo, limpeza de fossas(algumas nem sequer são cobertas), enfim inexistência de infra-estrutura ou equipamentos urbanos, tais como ruas, praças, escolas, creches, coleta de lixo, transporte público eficiente, etc. Destarte, o direito à moradia violado impede que outros direitos sejam resguardados como o direito à vida, a identidade, da personalidade, enfim da dignidade da pessoa humana.¹¹⁹

[...] o direito à moradia enquadra-se como fator da integridade física [...].É a hipótese em que certo indivíduo sofre com omissões do Estado para criação de albergues, ou ainda galpões, evitando o abandono em viadutos ou locais ermos, ou, ainda, quando determinado indivíduo vive em favelas sem qualquer proteção e assistência do Estado, sem higiene ou com um conforto mínimo admitido para uma qualidade de vida, se não enriquecida ou farta, mas ao menos digna, tendo as condições mais elementares que uma pessoa necessita para a sua sobrevivência, como luz, água, saneamento, construções resistentes que o protejam do tempo e das suas variações previsíveis. (2004, p.157).

Violação ainda mais grave quando perpetrada por Ente Público. Felizmente o gestor dos recursos públicos destas construções, mesmo ainda não responsabilizado por tais atos evitados de ilegalidades, responde na Justiça Federal da 5ª Região por atos de improbidade administrativa, desvio de dinheiro público, em face de indícios colhidos pela Operação Confraria realizada pela Polícia Federal.

A importância da parceria Ministério Público e Sociedade Civil

Parceria entre Ministério Público e Sociedade Civil pode ser tão eficiente quanto a propositura de Ação Civil Pública. Mesmo que este instrumento possa acelerar o acesso à justiça. Muitas vezes um Termo de ajustamento de conduta pode ser a solução mais célere e viável. Sabemos que na prática de nossos tribunais uma decisão pode ser dada em dois ou dez anos, conforme a complexidade e interesses envolvidos no caso, é claro. Destarte, seja como

119 De Souza em obra dedicada ao "Direito à moradia e de habitação" citado por HENKES, Silvana Lúcia. Dos reflexos jurídicos, políticos, sociais e ambientais da constitucionalização do direito à moradia(vide bibliografia)

‘custos legis’ ou parte o Ministério Público é um ator muito importante neste processo de efetivação de direitos metaindividuais.

Um bom exemplo que podemos citar de integração entre Ministério Público e Sociedade Civil é o que vem ocorrendo na cidade de Recife, que mesmo depois das visitas das “Relatorias Nacional e da ONU o FERU/PE elaborou relatório sobre a visita feita à comunidade de Vila Imperial, com a OLMP (Organização e Luta dos Movimentos Populares). Nesse relatório, essas organizações formalizaram uma denúncia ao Ministério Público sobre a violação do Direito à Moradia e a outros direitos sociais, aos quais a comunidade ainda não tinha acesso. Organizou-se uma comissão de Diálogo com o Ministério Público, da qual participam, além da OLMP, duas lideranças comunitárias locais e o Fórum de Reforma Urbana do Nordeste. O Ministério Público convocou todos (e a Prefeitura do Recife) para prestar depoimento, por convocação publicada no Diário Oficial. Já foram instaurados os procedimentos preliminares. A FASE/PE vem realizando articulações com o Ministério Público, para discutir o papel do Ministério Público no apoio à luta por Moradia; dia 25/08/2004 foi realizada a oficina “O Direito à Moradia Adequada como direito humano”, da qual participaram representantes de movimentos de moradia, ONGs, procuradores do Ministério Público e representantes da Associação dos Juízes pela Democracia. A partir desta oficina, instituiu-se um grupo de trabalho que continuará pensando estratégias para fortalecer esta luta. Estas atividades são apoiadas pelo Projeto DhESC – moradia (uma Parceria entre FASE e Oxfam). Também nesse projeto, estão previstos o lançamento de uma cartilha sobre o Direito à Moradia como direito humano e oficinas de capacitação com organizações interessadas na temática”. Trecho do Relatório da Relatoria Nacional e da ONU de Moradia.

Ainda podemos citar como outro bom exemplo o que vem acontecendo em São Paulo. Segundo “Benedito Roberto Barbosa, conhecido como Dito, representante da UMM-SP, o MPE pode ser um importante aliado nessa luta já que por meio dessa instituição os movimentos têm obtido conquistas nos últimos anos. “Em agosto de 2004, por exemplo, fizemos uma representação no Ministério Público para que a CDHU [Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano] financiasse também a habitação dos idosos e recentemente conseguimos isso. Com os mutirões foi a mesma coisa, eles fizeram com que a CDHU nos chamasse para reafirmar seis contratos firmados que estavam paralisados,” conta Dito”¹²⁰.

Em caso de propositura de ações, estas podem ser movidas em litisconsórcio pelo Ministério Público com a Sociedade civil, conforme disposição do § 2º, art. 5º da LACP, o que pode fortalecer ainda mais estas organizações. Ainda podemos destacar que este mesmo artigo citado em seu § 3º atribui ao Ministério Público o poder de assumir o pólo ativo da ação em caso da desistência da Associação Civil (redação dada pelo artigo 112 da Lei consumerista nº 8078/90).

Conclusão

Ao longo deste trabalho, ao abordamos Ação Civil Pública como instrumento de ampliação do acesso à justiça e de defesa dos direitos metaindividuais, direitos difusos e coletivos, como também dos direitos individuais homogêneos, destacamos que a ACP há mais de 20 anos tem promovido, ao menos, um amplo debate neste processo de construção da democracia brasileira.

O Estudo partiu de análise de caso de violação de direito à moradia enfocando os legitimados elencados no art. 5º da LACP, destacando o Ministério Público e as Associações Civis constituídas há pelo menos um ano e com previsão estatutária de defesa de direito coletivo ou difuso em juízo.

Destacamos que a propositura de ACP pelo FERUB- PB poderia preencher a lacuna de seis anos de tentativas de acordos extrajudiciais via Curadoria do Cidadão através de propalado Termo de Ajuste de Conduta, já que o procedimento instaurado extrapolou o tempo necessário à propositura de ACP ou uma solução satisfatória para solução ao menos dos problemas mais graves daquelas comunidades como a falta de infra-estrutura das unidades e de saneamento básico.

Todavia frisamos a importância da parceria Ministério Público e Associação Civil em vários Estados como em Pernambuco e São Paulo. Mas, também observamos que propositura de ACP em litisconsórcio a fim de prevenção, reparação ou indenização de dano tem sido muito utilizada.

Mister ressaltar que a propositura de ACP não impede ao Ministério Público atuar em colaboração com a Associação em defesa do direito violado. Lembremos que em caso de desistência ou abandono de ação cabe ao MP assumir a titularidade.

Muitos são os percalços para a Sociedade Civil assumir o pólo ativo desta ação, mas não devemos olvidar que os questionamentos no Judiciário tem consolidado, ao longo dos anos, vários direitos sociais. Casos consumeristas e ambientais tem sido exemplares. Mas acredito que os de ordem urbanística podem garantir que violações como estas sejam reduzidas, em face ao menos de reparações dos danos. Claro que a luta por políticas públicas por este meio é cercada por melindres, que caso não tenhamos cuidado podemos acabar por reforçar essas diferenças, mas atualmente acredito que no caso de ausência de dialogo entre as partes o litígio surge justamente para garantir a efetividade de nossos direitos, arduamente conquistados.

Bibliografia

Brasilcon. Disponível em < http://www.brasilcon.org.br/exibir_artigos.asp?codigo=21> Acesso em 04 de Maio de 2005.

Fundação João Pinheiro. Disponível em <http://www.fjp.gov.br/produtos/cei/deficit_edicao_2005.pdf.> Acesso em 26 de fevereiro de 2006

HENKES, Silvana Lúcia. Dos reflexos jurídicos, políticos, sociais e ambientais da constitucionalização do direito à moradia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 815, 26 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7327>>. Acesso em 15 de maio de 2006.

IBGE, Resultados da Amostra do Censo Demográfico 2000. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em 15 de maio de 2006

Instituto SocioAmbiental. Disponível em <<http://www.socioambiental.org/nsa/detalhe?id=2055>> Acesso em 23 de março de 2006

O Direito à Moradia no Brasil. Violações, práticas positivas e recomendações ao governo brasileiro Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional da ONU 29 de maio a junho de 2004 Disponível em <<http://www.polis.org.br>> Acesso em 10 de maio de 2005.

O Direito à Moradia em João Pessoa. Relatório da Missão da Relatoria Nacional pelo direito à Moradia e à Terra Urbana a João Pessoa/PB maio 2004 Disponível em < <http://www.polis.org.br>> Acesso em 23 de novembro de 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Cadernos de processo civil: ação civil pública**, 39. São Paulo: Ltr, 2000.

STARLING, Marco Paulo Cardoso e OLIVEIRA, Júnia Barroso de. **Ação civil pública: o direito e o processo na interpretação dos Tribunais Superiores**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

A Competência comum entre o Ministério Público Federal e o Estadual em relação à escassez de Merenda Escolar- a falta de Merenda Escolar no Município de Itaitinga-CE, em 2003 e 2004.

Rodrigo Medeiros Silva

O Plano Nacional de Alimentação escolar existe a mais de meio século (1955). Visa à transferência de recurso para garantir a alimentação escolar de alunos de creche, pré-escolar, fundamental, de escolas públicas e filantrópicas. Estando aí incluídas as escolas indígenas. O programa foi instituído pelo decreto 37.106, de 31 de março de 1955 . Passou por alterações legislativas com o Decreto 39.007, de 11 de abril de 1956; com o Decreto 58.886, de 1965; com a Lei 8.913, de 13 de julho de 1994; e com a Medida Provisória 1.784, de 14 de dezembro de 1998; com a Medida Provisória 2.178, de 28 de junho de 2001. A chamada merenda escolar, hoje tem previsão constitucional através do art. 208, IV e VII.

O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação- FNDE é o responsável pela coordenação, normatização, avaliação e execução do programa; monitoramento e fiscalização dos recursos; além de dar a assistência financeira complementar. Desta forma, compete às Secretarias de Educação dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos municípios, dentro de suas circunscrições, executarem o programa.

Há uma prestação de contas anual, feita todo dia 28 de fevereiro, por meio do Demonstrativo financeiro sintético anual da execução físico-financeira. As Secretarias de Educação dos estados e municípios enviam a prestação de contas ao Conselho de Alimentação Escolar até o dia 15 de janeiro e este Conselho avalia a documentação e a remete, junto com seu parecer, ao FNDE. A Resolução 38, de 23 de agosto de 2004, estabelece os critérios para execução do Plano Nacional de Educação. Atualmente, a União repassa R\$ 0,22 por aluno de escolas públicas e filantrópicas, e R\$ 0,44 para escolas indígenas ou localizadas em comunidades quilombolas, conforme informação dada pelo site <http://www.fnde.gov.br>, em 31 de julho de 2006.

1. A IMPORTÂNCIA DA MERENDA ESCOLAR

A Merenda Escolar vem garantir a presença de nossas crianças e adolescentes nas escolas. Viabiliza sua manutenção em sala de aula, haja vista propiciar condições de saúde para os estudantes, neste país, que ainda é assolado pela fome, pela miséria:

Embora as três principais causas de morte identificadas sejam as doenças perinatais e as infecções respiratórias e diarréicas, estas estão quase sempre direta ou indiretamente ligadas à desnutrição. (GARIB, Carolina Costa 2002, p. 16).

É sabido de todos que há falta de educação alimentar e ausência de proteínas na alimentação da maior parte da infância e da juventude brasileira. Isto causa dano ao desenvolvimento sadio de vários e vários cidadãos brasileiros, por conseguinte do país:

[...] observa-se a importância das proteínas na alimentação humana, no que diz respeito ao cumprimento das funções de construção e manutenção do organismo vivo. Sendo que a insuficiência de proteínas na ingestão alimentar é prejudicial em qualquer idade e principalmente em gestantes, lactentes, pré-escolares e escolares.

Por outro lado, para que os alimentos transmitam ao organismo efeitos favoráveis, pois o fundamental é que todos os indivíduos consigam consumir a quantidade de energia e de todos os nutrientes requeridos em qualidade e quantidade adequadas para o crescimento, desenvolvimento, manutenção da saúde para a sua faixa etária e tipos de atividades. (GARIB, Carolina Costa, 2002, p. 17)

A preocupação com a Merenda Escolar é uma preocupação de toda a sociedade, pelo menos de toda a sociedade organizada:

Em um país em desenvolvimento como o Brasil, o pediatra atende predominantemente a lactentes e crianças na primeira infância, embora seu campo teórico de atuação se alargue cada vez mais, admitindo-se que abranja toda a fase em que o ser humano esteja crescendo e se desenvolvendo. Isto é, até o fim da adolescência.

Isso ocorre por ser um país em que a atenção materno-infantil ainda é precária e deficiente, com altas taxas de morbidade e mortalidade, constituindo-se uma das prioridades básicas da atenção médica. Além disso, na idade escolar a prevalência de patologias orgânicas é muito menor, por características próprias dessa faixa etária. (MOYSÉS, Maria Aparecida A. e LIMA, Gérson Zanetta, *on line*, 2006, p.01)

A corrupção, a má gestão ou a falta de recursos suficientes para a Merenda Escolar configura-se em crime contra a vida. Isto é fato, tendo o entendimento de que vida só pode

ser compreendida em nosso ordenamento jurídico a partir do conceito de vida digna. A falta de alimentação das crianças e adolescentes em idade escolar compromete este futuro:

A desnutrição energético–protéica primária em crianças compromete a velocidade de crescimento e desenvolvimento, onde acaba se estabelecendo um déficit de peso em relação à altura (Angelis, 1999).

Segundo Oliveira (1998), a deficiência protéica atinge principalmente crianças, devido ao fato dos requerimentos para proteínas e energia por quilograma de peso corporal estarem aumentados e de existir uma grande suscetibilidade a fatores como infecção, o que aumenta as necessidades protéicas, além da incapacidade da criança na obtenção do alimento por seus próprios meios.

Portanto, o indivíduo desnutrido é aquele cujas células não recebem os nutrientes de que necessitam para desempenhar suas funções de produzir energia, formar ou reparar tecidos e regular o seu próprio funcionamento (Borsoi, 2001). (GARIB, Carolina Costa, 2002, p. 26)

Todos os profissionais da saúde assim entendem:

Uma alimentação que não supra as necessidades individuais, em especial de proteínas e calorias, a longo prazo, provoca alterações em todo o metabolismo. O organismo, através de vários mecanismos, compensa essas alterações, minimizando suas repercussões clínicas. Em crianças, mantendo-se a carência nutricional, o organismo lança mão de seu mecanismo mais eficiente para economizar energia, de modo que, adaptando-se a essa menor oferta, evita riscos à sua própria sobrevivência: diminui sua velocidade de crescimento, chegando a anulá-la completamente em casos extremos (MOYSÉS, Maria Aparecida A. e LIMA, Gérson Zanetta, *on line*, 2006p. 02).

Destarte, há algo de errado se temos dados oficiais de que nas escolas de periferias, os índices de desnutrição possui média de 15%¹²¹.

No Município de Itaitinga, nos anos de 2003 e 2004, a dieta da Merenda Escolar, à base de bolachas “cream-craker”, nem de longe alcançava a função prevista no Programa Nacional. Sem falar que tais bolachas nunca eram suficientes para todos os estudantes das escolas públicas municipais. Segue trecho de entrevista realizada, em 2006, com o Sr. Paulo Afonso Cavalcanti, coordenador do Centro de Defesa da Criança e Adolescente da Pastoral do Menor de Itaitinga:

Quando aparecia era leite, achocolatados e biscoitos. Tudo com data de vencimento muito próxima. Tinha que ser rapidamente consumido.(ver Entrevista no Apêndice)

121 MOYSÉS, Maria Aparecida A. e LIMA, Gérson Zanetta, *on line*, 2006, p.02

A alimentação adequada está longe de ser esta. Além da qualidade da alimentação, claro, deve ser também observada a quantidade:

Para mudar esta situação, se faz necessário a ingestão de proteínas em qualidade e quantidade, e alimentos que forneçam energia, pois de uma maneira geral, se os indivíduos comem alimentos em quantidade suficiente para cobrir as necessidades calóricas, dificilmente poderá haver limitação de proteínas (ANGELIS, 1999).

Para isso, sabe-se que alimentos como carnes, peixes, derivados lácteos, grãos e farinhas de leguminosas são particularmente ricos em proteínas e considerados principais fontes desse nutriente indispensável. A concentração de proteínas nesses alimentos varia entre 20 a 35%, e também, na concentração e proporção relativa dos aminoácidos dieteticamente indispensáveis que compõem a proteína (SGARBIERI, 1987). Por exemplo, a farinha integral de soja possui 36,7 gramas de proteína, valor superior ao da carne bovina cozida e ao do leite de vaca pasteurizado, que correspondem respectivamente a 27,4 gramas e 3,5 gramas de proteína, em 100 gramas comestíveis (SGARBIERI, 1987). (*apud* GARIB, Carolina Costa, 2002, p. 29). Carolina Costa Garib ainda afirma, com propriedade, que “[a] segurança alimentar, como conceito, tem sido debatida sob dois aspectos, o quantitativo e o qualitativo.(2002. p. 29).

2. DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A omissão do poder público municipal vai de encontro aos objetivos fundamentais da República federativa do Brasil. O art. 3º., inciso I, determina que um dos referidos objetivos é construir uma sociedade livre, justa e solidária. A falta de merenda escolar atinge de forma sem igual o direito à permanência na escola e à qualidade do ensino das crianças e adolescentes de Itaitinga. Como é sabido por todos, a educação é crucial para o desenvolvimento adequado das crianças e adolescentes(art 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente). A obstacularização a este direito condena gerações a não alcançarem toda sua potencialidade.

A República Brasileira é fruto de uma história de explorações e desigualdades sociais. Desta forma, a sua Constituição, visando o cuidar do quadro de injustiça assim constituído, estabeleceu como objetivo da República a construção de uma sociedade justa. Como se pode falar em sociedade justa se não é dado o mínimo de condições de qualidade ao ensino na rede

pública? As crianças e adolescentes, que possuem o direito a um ensino gratuito, ao procurá-lo, não se vêem em condições de permanência, prejudicando-se.

Da mesma forma não se pode acreditar que, com a omissão da Prefeitura Municipal de Itaitinga, se estivesse promovendo a consolidação de uma sociedade solidária. Haja vista, o quadro de desigualdades e injustiças, como este da obstacularização ao acesso à educação, que faz é contribuir com a falta de coesão da sociedade brasileira, criando classes sociais bem diferenciadas, cidadãos de segunda categoria, segmentos sociais discriminados e distanciados uns dos outros. A legislação infraconstitucional regulamenta como se dá a construção desta solidariedade, e é através da educação. É o que se pode se depreender da Lei de Diretrizes e Bases:

Art. 32. O ensino fundamental, com duração mínima de oito anos, obrigatório e gratuito na escola pública, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

[...]

IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

A Lei Municipal de Itaitinga também regulamenta os princípios constitucionais da liberdade e da solidariedade humana através da educação(Lei 174/00):

Art. 6º - A educação é direito de todos, dever do Estado e da família, inspirada nos princípios da liberdade e nas idéias de solidariedade humana, tendo por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

As dificuldades impostas ao acesso à educação também vão de encontro ao objetivo de garantir o desenvolvimento social (art.3º,II). Não se pode imaginar o desenvolvimento nacional, quando um segmento considerável da população é impedido de se capacitar para tanto é, posta a margem. E, sendo assim, a postura do poder público de Itaitinga também vergasta o inciso III, do art. 3º da CR, exposto, bem objetivamente, por Alexandre de Moraes(2000, p.49):

Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República federativa do Brasil:

[...]

III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

[...]

Sabemos que Educação reflete diretamente, dentre outras coisas, na valorização da cultura, na questão de emprego e renda, na Saúde Pública:

Elegemos como referencial teórico que mais se adequava às nossas necessidades as principais idéias de PAULO FREIRE sobre Educação Problematizadora e “praxis”. Nesse contexto finalmente implantada uma educativa. Os resultados evidenciaram a necessidade de se oferecer aos jovens oportunidade para se tornarem conscientes, menos passivos e submissos diante de questões sobre contracepção que os envolvem. (SIMÕES, Maria Jacira Silva, 2000, p.78)

3. DO DIREITO À EDUCAÇÃO E À PERMANÊNCIA NA ESCOLA

O direito à educação é um dever do Estado, como está posto no art. 205 da CF, art. 2º da Lei de Diretrizes e Bases. O direito à educação aqui em comento não deve ser entendido como a simples matrícula da criança ou adolescente na escola. Se assim o fosse, o ordenamento pátrio estaria corroborando com uma farsa. Não se pode falar em educação, sem garantir um ambiente democrático de relacionamento dentro da instituição escolar, sem dar o preparo e reciclagem necessários aos educadores, como também, sem garantir condições mínimas para a aprendizagem e qualidade do ensino. Como não poderia deixar de ser, a alimentação está dentro dessas condições mínimas.

É importante se observar o que está disposto na Constituição Federal, quando trata de como deve ser ministrado o ensino e de como deve ser garantido o citado dever do Estado para com a Educação, como podemos também verificar na obra de Alexandre de Moraes(2000, p.639):

Art. 206- o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I- **igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;**
[...]

Art. 208- O dever do Estado com a educação será efetivado mediante garantia de:

[...]

V- acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

Esta luta pelo acesso à educação e permanência é antiga, no Brasil e no mundo. Já há muito o acesso é reivindicado, cabendo a nós e gerações futuras efetivarmos as vitórias legislativas até aqui alcançadas:

Instrução pública geral e gratuita(MARX, Karl e ENGELS, Friedrich, 1999, p.130).

Não podemos retroceder na luta de emancipação do povo brasileiro:

Nossa formação colonial e a sucessão de períodos ditatoriais na curta história republicana impediram, durante séculos, o povo brasileiro de exercer sua cidadania de forma plena. Construiu-se não apenas um aparato estatal repressor, mas, de igual maneira, introduziram-se no imaginário popular conceitos antiquados a respeito de *autoridade, ordem pública e direitos humanos*(CENDHEC, 1999,p. 60).

Nas escolas de Itaitinga, não havia possibilidade de existir condições de permanência na escola. Haja vista os alunos passarem um turno, em sua escola, sem alimentação adequada. Como bem se sabe, os alunos freqüentadores das escolas públicas são, em geral, de baixa renda familiar, não possuindo condições financeiras de levarem merenda de sua casa para a instituição de ensino. Assim, a educação não se torna possível quando o alvo educacional são crianças e adolescentes com fome, fracos, sem forças físicas para pensar, ler, aprender, ter seu lazer diário etc.

O processo de aprendizagem na forma como estava, configurava-se num desestímulo ao estudante da rede pública de Itaitinga. Da mesma forma encontrava-se prejudicado o acesso aos níveis mais elevados de ensino e pesquisa, tendo em conta a falta da merenda escolar para que o estudante ao chegar lá, pudesse desenvolver suas potencialidades. Isto pode ser depreendido da já supramencionada entrevista com o coordenador do Centro de Defesa de Itaitinga:

Nossos assistidos e seus familiares reclamavam que, com a falta de merenda, os alunos eram dispensados mais cedo. Com isto, não foi cumprida a carga horária de 800 h/aula/ano.(ver Entrevista no Apêndice)

A omissão da Prefeitura de Itaitinga desrespeitava também o que está posto na Lei de Diretrizes e Bases:

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e **permanência na escola;**

IX - **garantia de padrão de qualidade;**

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e **permanência na escola**;

Ademais a legislação municipal (Lei 174/00) estabelece que o Sistema Municipal de Educação tomará como base o princípio da “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”(art. 7º, I)

O art. 4º, em seu inciso IX, também trata da exigência da busca da qualidade, com garantia de instrumentos para tanto:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

[...]

IX - padrões mínimos de **qualidade de ensino**, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, **de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem**.

Temos, atualmente, correndo na Câmara Federal(www.camara.gov.br), um Projeto de Lei que estabelece, que os Conselhos de Alimentação devem cuidar dos cardápios da merenda escolar, observando os hábitos alimentares da cultura local (Jornal “O Povo”). Se for aprovado, será mais um avanço, tornando cada vez mais acolhedor o ambiente para a criança e adolescente, estimulando a sua permanência na escola.

Por fim, é interessante observar as palavras do Prof. Vicente Martins:

A permanência é a garantia de uma saída da escola, no final dos 11 anos de educação escolar, com justiça social. (S.n.t).

4. DA RESPONSABILIDADE DA UNIÃO

O art. 23 da CF estabelece, em seu inciso V, a competência da União, juntamente com os demais entes federados, de proporcionar acesso à educação. Boa parte das crianças das escolas públicas do país não possui alimentação adequada. Devendo o estado brasileiro, enquanto tiver essas crianças sob sua guarda direta, dentro de suas escolas, garantir a alimentação devida, para o determinado período do dia.

5. DA RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL

A União, por meio do Programa Nacional de Alimentação Escolar adotou, para garantir a verba da merenda, o critério da matrícula do ano anterior nas escolas [art. 1º, § 3º, da MP nº 2.178-34, de 28 de junho de 2001]. Contudo, pelo crescente aumento da demanda no ensino, sempre há mais crianças e adolescentes nas escolas do que a base de cálculo adotada.

Insta, então, aos demais entes federativos, quais sejam, estados e municípios, também assumirem uma postura de enfrentamento do problema, procurando fechar as lacunas restantes. Esta postura, aqui cobrada, ainda cumpriria o disposto no **art. 30, VI da CF, que determina uma cooperação financeira dos Municípios** com os Estados e a União.

A Constituição Federal também estabelece:

Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e Município:

[...]

*V- proporcionar meios de acesso à cultura, à **educação** e à ciência;*

[...]

*Art. 208- O **dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:***

I- ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

[...]

*VII- **atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas** suplementares de material-didático escolar, transporte, **alimentação** e assistência à saúde.(grifos nossos)*

No mesmo sentido dispõe a Lei de Diretrizes e Bases:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

[...]

VIII - **atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas** suplementares de material didático-escolar, transporte, **alimentação** e assistência à saúde;(grifo nosso)

O Estatuto da Criança e do Adolescente também não olvidou este assunto:

Art. 4º **É dever** da família, da comunidade, da sociedade em geral e **do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes** à vida, à saúde, **à alimentação, à educação**, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (grifo nosso)

Percebe-se, assim, claramente, o desrespeito das prefeituras, quando não têm nenhum projeto ou programa suplementar ao da União, que atenda às necessidades de merenda escolar. É relevante também citar a Legislação Municipal de Itaitinga, que determina ser dever do Município, a garantia de alimentação (art. 5º, VI, da Lei 174/00)

O acesso ao ensino é direito público subjetivo. Destarte, a autoridade municipal negligenciando, desta forma, está dificultando o acesso ao ensino, devendo sofrer as medidas cabíveis, através do Ministério Público, conforme art. 5º. § 4º da LDB:

Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

[...]

§ 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

Torna-se válido ressaltar que, garantir o oferecimento do ensino obrigatório, não é simplesmente garantir a matrícula, professores e espaço físico. A alimentação escolar deve ser incluída nesta lista. É com o alimento diário que a criança e o adolescente estarão em condições salutaras de aprendizagem e assim poderão permanecer na escola pública que, por sua vez, estará propiciando o acesso ao ensino com uma melhor qualidade.

Não se pode esquecer, inclusive, o que reza o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando fala de garantia de prioridade à criança e ao adolescente como dever do Poder Público:

Art. 4º- [...]

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

[...]

b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (grifo nosso)

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê como direito dos menores de dezoito anos, quer dizer, a grande maioria dos atingidos diretamente pela omissão aqui discutida, a alimentação escolar:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

[...]

VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, **alimentação** e assistência à saúde.

[...]

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

Como já dito, no art. 5º, VI da Lei Municipal 174/00 de Itaitinga, encontra-se esta previsão da garantia por parte do Município de programas suplementares de alimentação.

6. A PREVISÃO DA GARANTIA DA MERENDA ESCOLAR POR MEIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A Constituição Brasileira estabelece no § 3º, do art. 5º, que, observado o quorum de aprovação, no Congresso, os tratados serão equivalentes às emendas constitucionais. É extensa a previsão, em documentos internacionais, do direito ao acesso à educação. Podemos destacar, de início, a Declaração Universal dos Direitos Humanos(1948):

Artigo 26 - I) Todo o homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

II) A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

III) Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (grifo nosso)

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento estabelece:

Artigo 8º

1. Os Estados devem tomar, a nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição eqüitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais.

2. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.(grifo nosso)

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais(1966) também determina que o acesso à educação seja garantido:

Art. 13 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.

b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária.

e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

3. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

4. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no § 1º do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo estado. (grifo nosso)

Da mesma forma a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança(1989):

Art. 28

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

- a. tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;
- b. estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
- c. tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
- d. tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- e. adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.**

2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana e em conformidade com a presente Convenção.

3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Art. 29

4. Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:

- a. desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo seu potencial;
- b. imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c. imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país que

reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;

d. preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos, e pessoas de origem indígena;

e. imbuir na criança o respeito ao meio ambiente

Pode-se perceber que os conteúdos das normas internacionais se repetem, quando se trata de acesso à educação. Na esfera Interamericana é da mesma forma, como podemos observar na obra organizada por Jayme Benvenuto, sobre o Protocolo de San Salvador (2002, p.110/141). Há um consenso mundial de que a educação deve ser prioridade dos governos. Esta prioridade há de se refletir em políticas públicas que garantam o acesso à mesma:

É função dos governos aprovar políticas apropriadas, implementar planos setoriais e assegurar os recursos necessários para promover a educação de todas as crianças. Têm também a obrigação de eliminar obstáculos e barreiras que diminuam as oportunidades ou impeçam que cidadãos exerçam o seu direito à educação.(ONU, 2004, p.11)

Contudo, em casos como o da falta de merenda no Município de Itaitinga, aqui relatado, percebe-se a inobservância deste preceito, consagrado, por exemplo, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

Apesar da exigência de progressividade constante da efetivação dos parâmetros estabelecidos pelo Pacto pressupor que fica proibido o retrocesso nos investimentos na área social, o que se observa em várias partes do mundo é o vaivém dos investimentos à mercê dos interesses dos governantes e de crises econômicas internas ou externas.[LIMA, Jayme Benvenuto Jr.(organizador), 2002, p. 32]

7. DA COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

A União é responsável por garantir acesso à educação e, dentre outras medidas, cabe a garantia da merenda escolar. Como foi exposto, recursos da União são destinados para que se efetive a norma. Sendo assim, a competência do Ministério Público Federal é clara.

O art. 1º da Lei complementar 75, de 1993, já estabelece este dever, pois diz que, cabe àquela instituição a defesa da ordem jurídica e dos direitos individuais indisponíveis. A União não garantindo a merenda escolar estará incorrendo contra a ordem jurídica. A educação significa dignidade. É mais do que provado que não se pode dispor do direito à dignidade:

Art. 1º O Ministério Público da União, organizado por esta lei Complementar, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a **defesa da ordem jurídica**, do regime democrático, dos interesses sociais e **dos interesses individuais indisponíveis**.

Ficamos, assim, com os ensinamentos de Nelson Rosenvald(2005, p. 3):

Como imperativo categórico, de caráter incondicionado e objetivo, a dignidade é um valor moral intrínseco ao homem que jamais poderá ser relativizado pelo Estado ou pela sociedade.

O artigo seguinte da Lei Complementar em comento reza que, cabe a defesa da Constituição ao Ministério Público. A garantia da educação, por conseguinte da merenda escolar, é regra posta em nossa Constituição da República:

Art. 2º Incumbem ao Ministério Público as medidas necessárias para garantir o respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal.

Mais adiante, a Lei determina as funções do Ministério Público. Primeiramente, repete o texto de seu próprio artigo 1º(art. 5º, I). Em seguida coloca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Sabemos que estes objetivos, a erradicação da miséria e a diminuição das desigualdades sociais e regionais(art. 3º da CF), não podem ser alcançados a não ser pelo acesso à educação.

O mesmo dispositivo(art.5º), em seu inciso II, determina que, cabe à Instituição em comento zelar pelas finanças públicas(alínea “c”). Ora, se parte da merenda escolar advém de recursos da União, ao Ministério Público Federal cabe a fiscalização e a ação em relação à má administração ou possível desvio de recurso. Da mesma forma, ratifica o seu dever de zelar pela Educação(alínea “d”).

O art. 5º da LC 75/93 também estabelece que é incumbência do Ministério Público zelar pelos direitos coletivos das crianças(inciso III, alínea “e”). Neste ponto, não se necessita grandes esclarecimentos, bastando uma interpretação literal, técnica bem explicada nas obras de Carlos Maximiliano (1998, p.106/123), Herkenhoff (1997, p.34/36), Paulo Nader (1998, p.308/310) e A. Machado Paupério (1998, p.299/301), para alcançarmos a finalidade da Lei:

Se não bastasse tudo isso, ainda dispõe este artigo, em seu inciso V:

Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

[...]

V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto:

a) **aos direitos assegurados na Constituição Federal relativos às ações e aos serviços de saúde e à educação;**

b) aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade;

[...](grifo nosso)

Sendo assim, no caso concreto aqui em discussão, competiria ao Ministério Público Federal abrir inquérito civil público e dependendo das provas apresentadas, impetrar ação civil pública e representar ao Tribunal de Contas da União, se for o caso:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

[...]

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

a) a proteção dos direitos constitucionais;

[...]

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;

[...]

XVIII - representar;

[...]

c) ao Tribunal de Contas da União, visando ao exercício das competências deste;

[...]

Enfim, compete ao Ministério Público Federal, dentre suas funções:

Art. 37. O Ministério Público Federal exercerá as suas funções:

I - nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais, e dos Tribunais e Juízes Eleitorais;

[...]

A Constituição da República reza, em seu art. 109, quais são as causas de competência da Justiça Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

[...]

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

Já foi demonstrado que o direito à merenda escolar advém, também, de tratados internacionais em que o país é signatário.

8. DA COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

O Ministério Público estadual tem sua competência logo determinada pela Constituição do Estado do Ceará. Neste diploma legal, o art. 129 estabelece a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais. Claro é para todos que a educação é interesse da sociedade:

Art. 129. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Código do Ministério Público Estadual (Lei Estadual 10.675, de 1982) repete esta redação:

Art. 2.º - O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis.

Da mesma forma que a legislação do Ministério Público Federal, a Constituição do Estado do Ceará institui como função do *parquet* estadual o inquérito e a ação civil pública para a proteção dos interesses sociais:

Art. 130. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

O Código do Ministério Público estadual também repete a determinação deste dever:

Art. 4.º - São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III- promover a ação civil pública, nos termos da lei.

O Ministério Público Estadual possui competência para agir na escassez da merenda escolar do citado Município, já que a Constituição Federal, a Lei Municipal de Itaitinga e o Programa Nacional de Merenda escolar instituem a competência suplementar do Município quanto à alimentação nas escolas municipais, tal como em escolas do estado federativo, conforme pode se depreender da Lei 8.625, de 1993:

Art. 27 - Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

I - pelos poderes estaduais ou municipais;

II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;

[...]

No caso da merenda escolar, o Ministério Público Estadual nunca poderia se omitir de investigar, como denuncia o coordenador do Centro de Defesa de Itaitinga, ao falar sobre os encaminhamentos tomados, na entrevista anteriormente citada,:

Fizemos a denúncia ao MP, ao Conselho Tutelar, à imprensa.... Na realidade de nada adiantou. Até hoje “não deu em nada”, como previu a velha sabedoria popular, pois os pais sempre nos avisaram que não adiantaria denunciar....(ver Entrevista no Apêndice)

O entendimento de que o Ministério Público não poderia investigar os fatos denunciados, como foi à época, é totalmente equivocado e ultrapassado, baseado numa decisão não definitiva, tomada pelo STF, em 2004, que fundamentou obras como a de Luís Vieira Guilherme(2004, p.3 e 16). Hordienamente, a jurisprudência entende que não há óbice ao poder de investigação do Ministério Público:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS À DECISÃO DO RELATOR: CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL: ART. 3º, II, DA LEI 9.296/96. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO REQUERIDA AO JUÍZO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ADMINISTRATIVA: POSSIBILIDADE. I. - Embargos de declaração opostos à decisão singular do Relator. Conversão dos embargos em agravo regimental. II. - Não há óbice legal que impeça o Ministério Público de requerer à autoridade judiciária a quebra de sigilo telefônico durante investigação criminal administrativa. III - Agravo não provido. (RE-ED 449206 / PR – PARANÁ EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a) designado(a): Ministro CARLOS VELLOSO Julgamento: 18/10/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação: DJ 25-11-2005 PP-00033 EMENT VOL-02215-04 PP-00757).

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: INVESTIGAÇÃO: INQUÉRITO POLICIAL. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. LEI 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116. I. - A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. II. - Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado. III. - Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Conduta atípica. IV. - Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93. (Inq 1957 / PR - PARANÁ INQUÉRITO Relator(a) designado(a): Ministro CARLOS VELLOSO Julgamento: 11/05/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ 11-11-2005 PP-00007 EMENT VOL-02213-02 PP-00205)

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. WRIT ORIGINÁRIO INDEFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL DO ACÓRDÃO DA CORTE ESTADUAL QUE, AO ANULAR DENÚNCIA CONTRA O PACIENTE, CONSIGNOU A POSSIBILIDADE DE NOVA PEÇA ACUSATÓRIA CALÇADA EM INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INCIDENTE RELATIVO À JUNTADA DE INFORMAÇÕES PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, INDEPENDENTEMENTE DE SOLICITAÇÃO. O habeas corpus é ação mandamental voltada à proteção da liberdade de locomoção. Diante da envergadura do direito a que visa resguardar, não pode haver óbice à anexação de quaisquer documentos que possam auxiliar na formação do convencimento do julgador quanto à ocorrência ou

não do constrangimento ilegal suscitado. Tal moldura ganha maior relevo quando as informações juntadas são prestadas por autoridade pública e, mais ainda, quando essa autoridade é membro do Ministério Público, instituição juridicamente vinculada ao seu invencível papel de custos iuris (caput do art. 127 da CF). Questionável o interesse do paciente em impugnar acórdão deferitório da ordem, que anulou a denúncia até então existente, apenas fazendo menção à possibilidade de renovação da pretensão. É que aí restaria, tão-somente, mera discussão acadêmica sobre os poderes investigatórios do Ministério Público, sendo certo não ser esta a oportunidade apropriada para travá-la. Independentemente da possibilidade de a nova peça acusatória embasar-se em dados colhidos numa Comissão Parlamentar de Inquérito, a notícia de uma nova denúncia, nem sequer apreciada, faz com que desapareça qualquer resquício do constrangimento ilegal, tal como originalmente suscitado. É que, estando a segunda inicial acusatória ainda pendente de exame pelas instâncias ordinárias, não é possível a esta colenda Corte se antecipar ao juízo da respectiva validade, pena de inadmissível supressão de instância. Recurso desprovido. (RHC 84404/SP-SÃO PAULO RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Ministro CARLOS BRITTO Julgamento: 29/03/2005 Orgão Julgador: Primeira Turma Publicação: DJ 16-12-2005 PP-00084 EMENT VOL-02218-03 PP-00507 LEXSTF v. 28, n. 326, 2006, p. 391-413)

9. DA COMPETÊNCIA COMUM

A Constituição Federal determina a razão de ser da instituição do Ministério Público, já que é una e indivisível(art. 127, § 1º e 28 da CF), como bem comentado por Rodolfo de Camargo Mancuso(2002, p.108). Ademais, são funções do Ministério Público :

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

[...]

Sendo assim, verifica-se, no caso em tela, tanto a competência do Ministério Público Estadual como do Federal. O primeiro, por se tratar de uma violação de um dever do Município, por força da Lei Municipal de Itaitinga 174, de 2000, e da Lei Federal 8.625, de 1993, como já visto. Já o Ministério Público Federal tem sua competência determinada pela Lei Complementar 75, de 1993:

O Ministério Público, na esteira da Constituição, ganhou inúmeras e importantes funções, tendo papel destacado na defesa dos direitos das crianças e adolescentes.(CENDHEC, 1999, p. 86)

A competência comum dá-se pela previsão do artigo 23 da CR, supramencionado. Como visto no Programa de Alimentação Escolar, a União tem obrigação complementar e os demais entes federados, suplementar. Trata-se de matéria de prova, saber qual ente está em falta com suas obrigações. A princípio, a escassez ou o fornecimento inadequado é indício de irregularidade administrativa:

As responsabilidades educacionais são repartidas entre os entes da federação. Os municípios devem atender, prioritariamente, o ensino fundamental e a educação infantil. Aos estados cabem o ensino fundamental e médio. Cabe à União a organização do sistema federal e a assistência técnica e financeira ao Distrito Federal, estados e municípios, para a equalização de oportunidades educacionais e a manutenção de um padrão mínimo de qualidade de ensino. Como se verifica, as competências dos entes da federação são comuns e concorrentes, permitindo a todos legislarem e oferecerem acesso à educação em todos níveis de ensino, desde que respeitada a norma federal. Porém, há responsabilidades mínimas a serem cumpridas por cada um, sob pena de responsabilização das autoridades competentes.(VENTURA, Miriam; CHAVES, Elizeu de Oliveira Júnior, 2003, p.42)

Então, o dever de investigar tal problema cabe tanto ao Ministério Público Estadual, como o Federal. Esclarecida de que ente federado é a responsabilidade pela escassez, é que um ou outro irá agir, administrativamente ou judicialmente. Sendo a União e o outro ente federado, ambos culpados, cabe ação tanto do *parquet* Federal, quanto Estadual:

[...]é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos e difusos. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et alli*, 1999, p.209)

10. CONCLUSÃO

A competência comum entre o Ministério Público Federal e o Estadual obriga que, na falta de Merenda Escolar, eles ajam. No caso do Município de Itaitinga-CE, em 2003 e 2004, comprovada a remessa de recursos da União de forma satisfatória, impele somente ao Ministério Público Estadual o dever de ação.

O dever do Estado Brasileiro, aqui em comento, encontra-se estatuído nos objetivos da República Federativa do Brasil, nos diversos artigos que tratam da educação pela Constituição da República, pelas Constituições dos Estados, pelas Leis Municipais, pela Lei de

Diretrizes e Bases e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Se este dever não for cumprido, o Ministério Público é que deverá agir.

Não agindo o Ministério Público, o membro desta instituição que couber ação incorrerá em prevaricação(art.318 do CP), devendo ser punido por tal omissão:

Art. 27 - Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

[...]

Parágrafo único - No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

[...]

III - dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I;

[...]

(Lei 8.625 de 1993)

Art. 5.º - O representante do Ministério Público não poderá escusar-se de exercer suas funções, ressalvados os casos de impedimentos legais.

Parágrafo Único – O representante do Ministério Público não poderá delegar ou transferir suas atribuições, nem transigir, firmar compromisso, confessar ou fazer composição, sem autorização legal.(Lei Estadual 10.675 de 1982)

Art. 5º - São funções institucionais do Ministério Público da União:

[...]

§ 1º - Os órgãos do Ministério Público da União devem zelar pela observância dos princípios e competências da Instituição, bem como pelo livre exercício de suas funções.

[...]

(Lei Complementar 75 de 1993)

E mais, a não atuação do Ministério Público não só tem efeitos legais. A lei, neste caso, está disposta como reflexo estruturador e norteador do Estado e da sociedade, como bem discorre Cândido Dinamarco (2005, p.197), ao comentar o reto exercício da jurisdição:

Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações.(DIANAMARCO, Cândido Rangel, 2005, p. 197)

Sendo assim, o dever do Ministério Público era o de investigar e, se fosse o caso, agir contra a administração pública que não cumpria suas obrigações, seja para findar com ilícito, seja para responsabilizar os culpados. Agiu, então, contra a sua própria essência, permitindo a descaracterização do papel do Estado, da mesma forma que não corroborou com a atuação da sociedade civil fiscalizadora:

O Ministério Público é, na sociedade moderna, a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et alli*, 1999, p.209)

Não só pelo que está previsto como dever, direito e obrigação, seja na Constituição ou em leis infra-constitucionais, mas pelo valor em si, as instituições, administrações, a sociedade e indivíduos devem lutar pelo acesso à educação, seja para si ou para as futuras gerações, pois o nosso ordenamento jurídico dá instrumentos de emancipação, possibilidade de falarmos em cidadania:

A Educação é, pois, a arte que se propõe este objetivo, a conversão da alma, e que procura os meios mais fáceis e eficazes de o conseguir. (Platão, 2000, p.229)

Sobretudo porque caberá ao sistema educacional preparar a criança e o adolescente para construir sua cidadania, aprendendo e exigindo seus direitos fundamentais. (CENDHEC, 1999, p.59)

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil** – Pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em fevereiro de 2004. Rio de Janeiro: CONAMP, 2004.

BRASIL. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 22 ago 2006.

BRASIL. Disponível em: <http://www.fnde.gov.br>. Acesso em: 31 jul 2006.

BRASIL. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 01 ago 2006.

BRASIL. Disponível em: <http://www.pgi.ce.gov.br/procuradores/procuradores.htm>. Acesso em: 01 ago 2006.

CENDHEC. **Sistema de Garantia de Direitos-** Um caminho para a Proteção Integral. Recife: Centro Dom Helder Câmara de Estudos e Ação Social-CENDHEC, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GARIB, Carolina Costa. **Alimentação balanceada:** uma proposta alternativa de merenda escolar. Dissertação apresentada no programa de pós-graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como Aplicar o Direito.** 4 ed., ver., ampl e atual., Rio de Janeiro:Forense, 1997.

JORNAL O POVO de 21 de agosto de 2006. Caderno Economia, p.22. Fortaleza, 2006.

LIMA JR., Jayme Benvenuto(org). **Manual de Direitos Humanos Internacionais-** Acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos. São Paulo: Loyola, 2002.

LIMA JR., Jayme Benvenuto(org). **Direitos Humanos Internacionais-** avanços e desafios no início do século XXI. Recife: dhINTERNACIONAL, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. **Ação Civil Pública,:** Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. 8 ed.,ver. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

MARTINS, Vicente. **A Igualdade de Acesso à Escola.** [S. n.t.]

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista.** 9 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 7 ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MOYSÉS, Maria Aparecida A. e LIMA, Gérson Zanetta, artigo **Fracasso Escolar, um fenômeno complexo:** desnutrição apenas um fator. Disponível em: <http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/818.pdf>. Acesso em: 01 ago 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 16 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ONU. **Situação Mundial da Infância- 2004**. Brasília: UNICEF, 2004.

PAUPÉRIO, A. Machado. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PONTES, Valmir Filho. **Curso Fundamental de Direito Constitucional**. São Paulo: Dialética, 2001.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIMÕES, Maria Jacira Silva(org). **Curso de Especialização em Saúde Pública:** monografias desenvolvidas e apresentadas no Curso de Especialização em Saúde Pública de 1994-1998. Araraquara: Faculdade de Ciências Farmacêuticas, Unesp, 2000.

SILVA, Maria Magnólia Barbosa da. **Ministério Público-** Legislação Básica. 4 ed. rev. ampl. e anot Fortaleza: ABC, 2003.

VENTURA, Miriam; CHAVES JR., Elizeu de Oliveira. **Direitos da População Jovem-** Um marco para o desenvolvimento. Brasília: UNFPA, 2003.

VIEIRA, Luiz Guilherme. **O Ministério Público e a Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Rabaço, 2004.

DIREITO, HOMOSSEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS

Saete Maria da Silva¹²²

1. HOMOSSEXUALIDADE: PROBLEMA JURÍDICO?

O espectro da homossexualidade ronda a sociedade humana.

A sociedade, por seu turno, é regulada, organizada pelas normas jurídicas. O Direito, portanto, está para a sociedade como instrumento de composição de conflitos, exerce a tarefa de harmonizar as relações entre os indivíduos, membros desta sociedade.

Ao fim de tudo, o Direito pretende - como sustenta Ada Pellegrine (1991:23) -, "*ensejar a máxima realização dos valores humanos, com o mínimo de sacrifício e desgaste.*" O critério, para tanto, é o do justo, do equitativo, consoante convicções prevalentes em determinado tempo e lugar.

No atual estágio da sociedade humana, a busca pela efetivação dos princípios de igualdade, liberdade, fraternidade e dignidade da pessoa humana ainda ocupam páginas de Tratados, de Convenções e Textos Constitucionais.

Objetivam todas as sociedades, através dos Estados nos quais se converteram, contemplar, por meio do Direito, todas as situações humanas, protegendo as relações, evitando desigualdades, dignificando os seres.

Tudo, portanto, no mundo social, diz respeito ao Direito. Cabe então a pergunta: exceto a homossexualidade?

O jurista Fábio Konder Comparato, falando aos juízes na comemoração dos dez anos da Associação Juizes para a Democracia, da qual resultou a obra *Direitos Humanos - Visões Contemporâneas* (2001:15), afirmou estar convencido de que *'o primeiro postulado da*

¹²² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará-UFC, Professora de D. Constitucional da Universidade Regional do Cariri-URCA; Coordenadora do Curso de Especialização em Direitos Humanos Fundamentais – URCA; Diretora Geral da Associação para Educação em Direitos Humanos e Defesa da Cidadania no Cariri-EDHUCARIRI; Advogada; Consultora Jurídica do Grupo pela Livre Expressão Sexual no Cariri-GALOSC; Gestora em Direitos Humanos pela Secretaria Especial de Direitos Humanos do Governo Federal. E-mail: saetemaria@oi.com.br.

ciência jurídica é o de que a finalidade-função ou razão de ser do Direito é a proteção da dignidade humana, ou seja, da nossa condição de único ser no mundo capaz de amar, descobrir a verdade e criar a beleza'.

João Baptista Herkenhoff, em saudação aos calouros do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior de Vitória-ES, transcrita na Revista Signus (2001:56), asseverou, citando Dinamarco, que *"o Direito deve ser instrumento de felicidade; não pode estar dissociado da vida, do cotidiano, (...) deve ser instrumento de humanização, de crescimento da pessoa humana."*

Carnelutti, em seu *A Arte do Direito*, traduzido por Ricardo Dama (2001:14) esclareceu: *"O direito é o que se precisa para que o povo possa alcançar a sua estabilidade."*

Para estes juristas, portanto, nada que é humano pode ser estranho ao Direito. Deste modo, de certo, responderiam positivamente à questão acima colocada.

Contrariando, todavia, as humanísticas afirmações dos referidos mestres - com a qual inteiramente concordam uma expressiva quantidade de operadores do direito no Brasil - exsurge a realidade fática, quotidiana, onde a homossexualidade sobrevive e se manifesta no *underground* da história, no submundo social, no subterrâneo da existência, à margem das estruturas e das idéias políticas, jurídicas e culturais que compõem os chamados estados de direito e as (re)conhecidas democracias modernas.

O Relatório Azul da Assembléia Legislativa gaúcha (1994/7), traduziu, em apertada síntese, um pouco das intempéries e vicissitudes comuns à "existência gay". Em geral, constituem inquestionáveis atentados à dignidade da pessoa humana, dada a vileza dos atos e o caráter do *discrímén*. Com os seguintes dizeres foram catalogadas as manchetes:

Porteiros impedem o ingresso de homossexuais; homossexuais são demitidos; concurso à carreira diplomática inclui questões sobre preferência homo ou heterossexual; comandos caça viado (sic) e lésbicas germinam em todo o Brasil; site na internet ensina como matar gays; homossexuais são internados pela família; a vítima homossexual tem tal condição omitida pela família quando do registro policial; os operadores da mídia irresponsavelmente veiculam o preconceito e a homofobia;(…) sapatona, puto, boiola, veado, bicha, maricas são comumente utilizados como adjetivos pejorativos no intuito expresso de desprezo, indistintamente de classe social; procedimentos discriminatórios de peritos e auxiliares da Justiça erguem barreiras à apuração e punição dos crimes contra

homossexuais; militares gays são afastados; a polícia extorque homossexuais sob pena de tornar pública sua condição.¹²³

Os acontecimentos reais, acima expostos, reforçam a indagação formulada, apresentando um rápido panorama da questão e dando a idéia de que a homossexualidade afeta a vida dos homens em suas relações interpessoais, tem implicações sociais e, consoante se registra, a sua não aceitação pode acarretar violações de direitos humanos fundamentais, sendo, portanto, tema merecedor de estudo pela doutrina jurídica, haja vista ser realidade social que, independente de vontades e valores, se apresenta, se manifesta.

Esta temática, no entanto, enfrenta multiplicadas e sérias controvérsias. As posições refratárias à inserção da homossexualidade na pauta jurídica nacional, assumida por considerável parcela de políticos e juristas, se faz sentir em diversos momentos e lugares.

Um exemplo sintomático disto aconteceu por ocasião do I Colóquio de Direitos Humanos de São Paulo¹²⁴, destinado a militantes e estudiosos de direitos humanos da África lusófona, América Latina e Timor Leste.

Neste evento, a ausência da questão dos homossexuais na programação em pauta, onde se discutia violações a direitos de todas as minorias sociais, causou polêmica no meio acadêmico e entre militantes presentes.

O fato é que muitos entendiam ser a homossexualidade um problema menor. Para outros, até inexistente, prevalecendo o argumento de que os homossexuais, se continuarem 'ocultos', poderão evitar, *per si*, toda e qualquer forma de discriminação e de violência, o que, no entanto, segundo sustentaram, é impossível para, negros, deficientes e mulheres.

Ou seja, na opinião de muitos a invisibilidade pode solucionar, pelo menos em parte, o problema da discriminação homossexual. Todavia, na concepção de Beto de Jesus⁴, este argumento não passa de explícita homofobia:

123 Citações extraídas de relatos constantes dos Relatórios Azuiz (Publicação da Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do RS) de 1994 a 1997.

124 3 Evento realizado pelo Consórcio Universitário de Direitos Humanos, constituído por representantes da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Universidade de São Paulo- USP e da Fundação Ford, ocorrido em maio de 2001.

A indiferença com relação à discriminação de que são vítima os homossexualidade, até mesmo a não inclusão de suas reivindicações na pauta de um evento desta envergadura, atesta a homofobia, decorrente da ignorância, presente na mente de muitos defensores dos direitos humanos que, em sua maioria, acreditam ser a homossexualidade uma perversão, ou até mesmo uma safadeza, razão porque não vão perder seu precioso tempo e seu arsenal(sic) teórico na defesa de nossas questões. (informação oral)

Portanto, vê-se que é uma questão absolutamente humana. Trata-se de tema assaz intrigante, de problema que se agiganta e desafia as mais variadas áreas do conhecimento. É situação que exige de todos os estudiosos, mormente dos que produzem a ciência jurídica, posições claras, objetivas, fundadas em argumentos científicos sólidos, desprovidos de preconceitos e voltados para a efetivação dos preceitos que privilegiam a idéia da dignidade humana.

No entanto, a despeito dos argumentos expostos, o tema, ou melhor, o problema da homossexualidade desperta pouco e raro interesse entre os estudiosos da Ciência Jurídica. Esta afirmativa se faz comprovar pela escassa literatura sobre o assunto e pela pouca familiaridade com o tratamento do tema entre os assim chamados 'operadores do direito'.

Este desconforto e até mesmo este silêncio sobre a questão em comento, que grassa na seara jurídica, pode ter como causa variadas razões; todavia, com irrefutável certeza, a principal delas é mesmo a homofobia - esta intolerância, este ódio, esta aversão ao homossexual; forjada por uma postura histórica e culturalmente construída, tão presente em nossa sociedade e em nossa mente que, apesar da surpresa, acomete, inclusive (e por que não?), os próprios homossexuais.

Inobstante o que se disse acima, reitera-se, não é possível admitir que a homossexualidade, e toda a carga de problemas dela decorrentes, seja uma questão estranha ao Direito, especialmente à Ciência Jurídica, dada a sua natureza, dado o objeto a que ela se dedica, qual seja, as ações, as relações humanas.

Considerando, então, o brocardo jurídico *ubi societas ibi jus* - onde está a sociedade ali está o direito- , e em sendo o homossexual um ser social, partícipe de relações em sociedade, não é preciso maior esforço para concluir que a questão da homossexualidade, particularmente a discriminação dela decorrente, constitui matéria de interesse jurídico,

porquanto nada que cause mal ao ser humano, que viole seus direitos, que fira sua dignidade pode ser imune ao Direito.

A propósito, merecem registro as palavras de Breno Moreira Mussi, desembargador em exercício no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, citado por Rodrigo Pereira (2001:143), apresenta a seguinte posição:

Creio que na entrada do terceiro milênio, não cabe mais fazer de conta que a homossexualidade não existe, nem deixar constar na Constituição uma quota vazia, de cunho meramente formal, dizendo que é proibida a discriminação

por sexo, mas, ao mesmo tempo, acatar que se continue discriminando, em tal matéria. É função do Direito acompanhar a evolução dos tempos e, na ausência de leis que venham a dirimir as questões homossexuais apresentadas, sejam elas entre homens ou mulheres, formar, através da jurisprudência, uma regulamentação da matéria, de acordo com as normas gerais do ordenamento jurídico.

A homossexualidade, portanto, como uma forma de manifestação da sexualidade humana, merece ser conhecida, pesquisada e amparada pelo mundo do direito, a fim de que os homossexuais, assim como os demais cidadãos que apresentam orientação sexual distinta da maioria, possam gozar dos direitos fundamentais tão amplamente debatidos e defendidos em fóruns nacionais e internacionais sobre Direitos Humanos.

Destarte, por ser o direito, no dizer de Hannah Arendt, citada por Rodrigo Pereira (2001:13) *uma sofisticada técnica de controle das pulsões*, por constituir um dos elementos do controle social, por se destinar à prescrição do que seja humanamente digno ou indigno, justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo, impõe-se afirmar que a homossexualidade constitui, sim, um problema jurídico, e da maior relevância, posto que faz parte da natureza humana, e, sobretudo, porque existe, porque é fato e "porque aquilo que existe de fato, pelo direito não pode ser negado."

2 - HOMOSSEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS

"Sem os homossexuais, os direitos não são humanos."
(Movimento Gay)

No campo dos Direitos Humanos, o reconhecimento do direito à orientação sexual tem encontrado alguns obstáculos.

Posições divergentes são registradas nos mais variados fóruns de debate no mundo. Tendo a doutrina, acerca desta questão, segundo afirma Carlucci (2001:28) defendido os seguintes e diferentes pontos de vista:

A posição que nega tal reconhecimento argumenta que é muito difícil, porque os direitos declarados humanos somente adquirem tal caráter quando a sociedade em seu conjunto os aceita, os admite e os respeita, o que depende de um longo período para sua evolução. O direito à orientação sexual é, segundo afirmam, um direito novo, e, portanto, não assumido ou defendido pela maioria. Dizem, ainda, que este é um direito menor, e que o mundo deve, primeiro, resolver os grandes problemas, econômicos, raciais, por exemplo.

É importante notar que, apesar desta corrente afirmar ser este um direito novo, a orientação sexual se insere no rol dos direitos de liberdade, havidos pela doutrina internacional sobre direitos humanos, como direito de primeira geração, ou seja, direitos reivindicados nos primórdios da luta por reconhecimento de prerrogativas oponíveis ao Estado.

Uma segunda posição, assumida, inclusive, por alguns juristas americanos, é a de que a orientação sexual é a chave das relações da existência humana, uma questão central para o desenvolvimento da personalidade do homem. Logo, deve ser reconhecida como direito fundamental.

Afirmam que se a orientação sexual não é um problema de escolha, mas que está vinculada às profundas raízes da sexualidade humana, não há razão para ser considerada crime e tampouco deve ser ignorada pelos estudiosos dos direitos humanos.

Esta posição encontra defensores em todo o mundo, apesar de minoritária. Sua concepção é a de que a orientação sexual merece respaldo legal, já que nos Estados cujas Constituições se pretendem democráticas, emerge, como corolário, o princípio da igualdade, vetor que deve guiar a direção das condutas dos entes particulares, bem como do próprio Estado, no sentido do bem comum de todos os membros desta sociedade.

A posição da Corte Européia de Direito Humanos é a de se reconhecer que qualquer proibição legal, no tocante à expressão da orientação sexual, mormente as relações de pessoas do mesmo sexo que prestam consentimento válido, é contrária ao direito fundamental à vida privada, constitui uma intromissão desnecessária do Estado na vida dos indivíduos.

Todavia, em parecer mais recente esta mesma Comissão considerou que alguns direitos derivados do direito de orientação sexual são verdadeiros direitos humanos (como a intimidade), mas outros não são, como o direito de celebrar matrimônio, por exemplo.

Esta concepção é curiosa, pois os direitos sexuais, que compreendem um conjunto de prerrogativas a ser vivenciado tanto íntima como publicamente, têm sido reivindicados, cada vez mais, como direitos humanos.

O XV Congresso Mundial de Sexologia, ocorrido em Hong Kong (China) em agosto de 2000 fez menção aos direitos sexuais. Do mesmo modo, no mesmo local e data, a Assembléia Geral da WAS - *World Association for Sexology* - considerou-os como parte da própria personalidade humana, afirmando que os mesmos devem ser respeitados e garantidos como verdadeiros direitos inerentes à pessoa, e sem os quais inexistiria vivência plena.

A própria Declaração dos Direitos Sexuais, catalogados na mencionada Assembléia, afirma que a sexualidade é parte integrante da personalidade de todo ser humano e que o desenvolvimento total, pleno dos seres, depende da satisfação de necessidades humanas básicas, tais como desejo de contato, intimidade, expressão emocional, prazer, carinho e amor.

No texto desta declaração também se afirma que a sexualidade *é construída através da interação entre o indivíduo e as estruturas sociais*. E que o total desenvolvimento da sexualidade é essencial para o bem estar individual, interpessoal e social.

Neste documento, questões como saúde sexual, integridade, autonomia, privacidade, direito ao prazer, à informação, à educação e à associação, também são referidas como direitos fundamentais; concluindo-se que, para a promoção e realização dos mesmos, impõe-se que os Estados, mediante seus órgãos e funções, reconheçam tais prerrogativas como direitos especiais, como direitos sexuais.

É certo que estes "direitos", acima relacionados, existentes ainda no campo das reivindicações, enumerados por profissionais da área de saúde, bem como por militantes de Direitos Humanos de todos os países do globo, reunidos, conforme se disse, através de Associação Mundial de Sexologia, encontram-se, de alguma forma, subjacentes às postulações de igualdade, liberdade e dignidade humana presentes na quase totalidade de Textos Constitucionais. Portanto, o que interessa é o reconhecimento expresso destas prerrogativas,

a fim de que possam, por fim, serem exigidos formalmente do Estado, como nuances das liberdades sexuais.

No Brasil, a compreensão e a defesa dos referidos direitos ainda é bastante incipiente, posto que aqui a própria aceitação da idéia de direitos sexuais constitui um embaraço até mesmo para o diálogo com defensores dos direitos humanos.

Não obstante o que aqui se argumenta, é mister esclarecer que os direitos sexuais acima arrolados são direitos extensivos a pessoas de quaisquer orientação sexual, não constituindo, pois, uma questão de interesse unicamente do ser homossexual.

Por conta disto, a crítica que o Movimento Homossexual faz aos defensores dos Direitos Humanos no Brasil assume tons de denúncia, haja vista a freqüente omissão, quando não o flagrante combate pôr parte dos militantes humanistas à causa homossexual.

Com relação a isto, em texto redigido para Seminário Acadêmico, Luiz Mota, respondendo a pergunta sobre 'pôr que os homossexuais são os mais odiados dentre todas as minorias?', vocifera:

Mais grave do que o preconceito encontrado entre líderes religiosos e acadêmicos, é a homofonia observada entre as lideranças das instituições voltadas à defesa dos direitos humanos. Hélio Bicudo, D. Alísio Lorschaider, Rabino Henry Sobel, por exemplo, grandes defensores dos direitos humanos, várias vezes divulgaram na mídia opiniões discriminatórias contra os homossexuais, opondo-se radicalmente ao reconhecimento legal da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Estas posições descritas pelo antropólogo gay refletem o perfil do movimento pelos Direitos Humanos no Brasil. Em que pese o indiscutível progresso neste campo, principalmente as conquistas observadas na defesa das causas feministas, infantis e de portadores de limitações físicas e mentais; no terreno da sexualidade, mais particularmente no trato com a questão da homossexualidade, a atuação de muitos grupos tem se dado, quando muito, no sentido de prestar 'solidariedade', e, na maioria das vezes, à longa distância.

Por estas e outras razões é que o movimento em defesa da livre orientação sexual entende que a menção genérica da igualdade jurídica, contida em todas as Constituições, e que tem sido útil para a iniciativa do presente debate, é, não obstante importante, insuficiente para a defesa de seus direitos.

A polêmica acerca da homossexualidade, como situação fática merecedora de reconhecimento e amparo jurídico, estende-se por todos os países do mundo.

Em face das diferenças culturais, políticas e econômicas as sociedades humanas dispensam tratamentos diferenciados à questão da homossexualidade, mormente na esfera legal. Dependendo do modelo de ordenamento jus-político adotado e do grau de respeito dispensando aos direitos humanos fundamentais, maior ou menor repressão é conferida à orientação sexual.

Na atualidade, segundo Dias (2001:51) no que concerne à esta questão, os países podem ser agrupados em três modalidades distintas: os do grupo de “extrema repressão”, no qual estão situados os países islâmicos e muçulmanos; os de “modelo intermediário”, e os de “modelo expandido”.

Os países do primeiro grupo tratam a homossexualidade como crime, onde é imposta a pena de morte à manifestação deste tipo de orientação, seja ela masculina ou feminina. Nestes países, onde o Estado se confunde com a religião, a homossexualidade “*é um pecado aos olhos de Deus e um crime perante a sociedade*” (Spencer, 1999: 365).

No modelo dito intermediário, o homossexualismo já fôra descriminalizado, há proibições genéricas contra medidas discriminatórias, todavia, não se adotam nenhuma ação positiva no sentido de punir abusos contra quem ofenda homossexuais. Estão no rol destes Estados o Brasil, a Bélgica, a Alemanha, a Finlândia e alguns estados norte-americanos, dentre outros.

Já do modelo dito expandido, participam países que além de adotarem políticas contra a discriminação, descriminalizam condutas e produzem ações afirmativas, sendo que alguns admitem, inclusive, por lei, uniões homossexuais. Dentre eles estão: Dinamarca, Austrália, Noruega, Suécia, Hungria, Islândia, Holanda, França, etc.

A preocupação com a condição humana fez com que a Dinamarca elaborasse e aprovasse a primeira lei de parceria registrada, entre pessoas do mesmo sexo, isto em 1989. Esta lei serviu para embasar a legislações da Noruega (1993), Suécia (1995), Hungria (1995) e Islândia (1996).

Mais tarde, em 1999, seguindo as conquistas obtidas nos países acima citados, a Holanda, criou o instituto da parceria civil registrada, servindo tanto para casais heterossexuais

como para pares homossexuais. Esta lei confere aos pactuantes os mesmos direitos deferidos ao matrimônio comum, excetuando-se o direito à adoção.

Segundo Dagnese (2000), em todos estes países foram analisadas, cientificamente, a situação de vida dos homossexuais. À luz do princípio jurídico da igualdade, foi verificado que o caminho para a plena existência e felicidade de pessoas com orientação sexual diversa da maioria, numa sociedade democrática, seria a inclusão de suas reivindicações no ordenamento jurídico daqueles Estados.

Mesmo enfrentando, a exemplo do Brasil, argumentos eclesiásticos fortes, contrários às leis de parceria civil e descriminalização da homossexualidade, estes foram afastados pela idéia da laicização do Estado e pelo entendimento de que Deus cultiva e prega o amor.

Esta discussão, contudo, não tem obtido os mesmos resultados em outros países do mundo. Na América Latina, por exemplo, nenhum país dispõe de legislação referente à questão homossexual, quer seja a parceria civil, quer seja a instituição de normas de caráter federal tendentes a coibir a discriminação contra homoeróticos.

Numa visão geral, o comportamento homossexual continua sendo ilegal em 74 dos 202 países do mundo. A situação é mais grave na África e mais confortável na Europa. Em 144 países inexistem apoios aos assim chamados direitos dos gays. E, na quase totalidade do planeta o Direito não enfrenta, de forma expressa, a questão da discriminação contra seres homossexuais.

3. HOMOSSEXUAL – ESTE SUJEITO (DE DIREITOS?)

O Direito brasileiro, segundo Dagnese (2000:28), no que concerne à questão da homossexualidade, fez referências ao que então se chamava 'sodomia', pela primeira vez nas Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446.

Tais ordenações tinham como fonte o Direito Romano (da Idade Média) e o Direito Canônico, bem como o Livro das Leis e Posturas que regulamentavam as leis dos territórios dominados por Portugal. Segundo estas ordenações *a sodomia era o pecado de todos mais torpe, mais sujo e desonesto*, devendo ser punido com a pena capital.

As Ordenações Filipinas, vigentes em nosso solo até 1830, assinala Roger Raupp Rios (2001:37), eram indiscutivelmente implacáveis:

Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia por qualquer maneira cometer, seja queimado e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, posto que tenha descendentes; e pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inabilitados e infames, assim como os daqueles que cometem o crime de Lesa Majestade.

1. E esta lei queremos, que também se estenda e haja lugar nas mulheres, que umas com as outras cometem pecado contra a natureza, e da maneira que temos dito nos homens.

2. Outrossim qualquer homem ou mulher, que carnalmente tiver ajuntamento com alguma alimaria, seja queimado e feito em pó. Porém por tal condenação não ficarão seus filhos, nem descendentes neste caso inabilitados, nem infames, nem lhes fará prejuízo algum acerca da sucessão, nem a outros, que por Direito seus bens devam herdar.

Na atualidade, inobstante não oficial, consoante constata a Anistia Internacional e o Movimento Homossexual Brasileiro, a morte continua sendo a pena máxima aplicada àqueles que vivem a livre expressão de sua sexualidade.

Embora sendo signatário da quase totalidade de Tratados Internacionais de proteção de direitos humanos, e declare expressamente em sua Lei Maior, via princípio da legalidade, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei,” o Brasil ostenta o título de campeão mundial em assassinatos de homossexuais.

Ademais, quando não são mortos, são espancados, discriminados, ridicularizados, segregados e excluídos de ações dos poderes públicos, em particular do legislativo, sobre o que falaremos em capítulos seguintes.

Se a ‘sodomia’ não é mais considerada crime em solo brasileiro, por outro lado, a sua livre expressão, tampouco, encontra-se a salvo de proibições. A partir de sua descriminalização, ocorrida ainda na Constituição do Império (o que constituiu um avanço sem igual em todo o mundo, já que os países hoje ditos desenvolvidos, somente em data recente reformularam seus textos legais), outras formas (agora tácitas), de repressão foram criadas, passando a ser enquadradas em novos tipos penais.

Expressões como ‘ofensa à moral e aos bons costumes’, presentes nas leis vigentes em 1839 serviram como meios sub-reptícios para sua condenação.

Mais tarde, no Código Penal republicano (1890) outras figuras foram cunhadas objetivando evitar manifestações homoeróticas. Eram elas: o ‘crime contra a segurança da honra e honestidade das famílias e ultraje ao pudor’, tendo sido, consoante assinala Dagnese, eventualmente aplicadas aos homossexuais, somando-se a isto a punição para quem se travestisse com roupas impróprias para seu sexo e ao público tentasse enganar.

Seguiu-se a estas normas o Código Penal de 1932, pouco expressivo sobre esta questão. Revogando este, surge o Código de 1940, ainda hoje em vigor, no qual ainda se encontra a figura do crime de ultraje ao pudor, quando o ato obsceno é praticado de forma pública ou o objeto de obscenidade for exposto publicamente.

Durante toda a segunda metade do século XX diversas mudanças foram registradas, mormente em termos de consciência de ‘direitos sexuais’. Algumas manifestações foram desencadeadas em todo o mundo e também no Brasil, das quais, algumas merecem considerações.

Ao longo de seus 500 anos o Brasil registrou diversas batalhas contra a discriminação homossexual. Atos de resistência, quer individual, quer coletiva, pontilharam os anais da história não-oficial deste país.

Assim como os negros, as mulheres e outras minorias discriminadas, *os homossexuais sempre pugnaram por direitos expressamente inscritos nos textos legais*(Mott). E, mesmo reconhecendo que viver anonimamente, às escondidas, em muitos casos e momentos é menos perigoso, alguns acontecimentos, em face de sua repercussão, mostraram que a homossexualidade nunca se rendeu às leis da Coroa Portuguesa e, tampouco, sucumbiu ante a opressão do regime militar, ou de outros momentos sombrios da história deste país.

Sustenta o professor e antropólogo Luiz Mott (1999) que homens e mulheres homossexuais ajudaram a construir esta Pátria e que muitos deles vieram dos países europeus, degredados em razão de suas feições efeminadas ou masculinizadas.

Estevão Redondo (1547) e Isabel Antônia (1580) foram os primeiros homossexuais portugueses a serem remetidos para cá, tendo sido o primeiro levado para o

solo pernambucano e a segunda, para o território da Bahia. Um padre português, em 1591, chamado Frutuoso Álvares, foi o primeiro homossexual a ser inquirido pela Inquisição, no solo baiano.

Segundo o Grupo Gay da Bahia, organização não governamental de defesa dos direitos homossexuais, Felipa de Souza, é apontada pelas pesquisas subscritas pelo acima mencionado professor como a primeira lésbica a ser chicoteada, publicamente, pela Inquisição no Brasil, em 1592.

Um índio, denominado Tibira Tupinambá é morto, sentenciado pelos frades capuchinhos, em razão da prática da sodomia. Isto em 1613. É a primeira pessoa a quem a Inquisição aplicou a pena capital neste país.

Malgrado as atrocidades descritas, muitos anos depois, em 1959 é editado o primeiro jornal “gay” no Brasil, o Snob, na cidade do Rio de Janeiro.

Informa João Silvério Trevisan (1986), no que é confirmado pelos grupos organizados em defesa dos direitos dos homossexuais, que o movimento homossexual brasileiro teve início “no período de trevas” da vida nacional, quando é fundado, em fins da década de setenta, o primeiro grupo gay do Brasil, o Somos, em São Paulo, cuja primeira aparição pública acontece na USP, em fevereiro de 1979.

A atuação do mencionado grupo era marcada pela bandeira da democracia, da liberdade de expressão, da visibilidade gay. Forjou-se como precursor dos demais grupos e, a princípio, aglomerava militantes gays de diferentes e assumidas posições de esquerda.

Sobre esta questão merece destaque a pesquisa de Napoleão Dagnese (2000:30), dando notícia de que:

A homossexualidade eclodiria no Brasil da década de 70, quando ocorreu o denominado boom gay, iniciado com a exposição de telas do artista Darcy Penteado -que posteriormente integraria o conselho editorial do jornal Lampião (primeiro periódico gay não pornográfico brasileiro). Artistas de renome nacional, como Maria Betânia, Gal Costa, Ney Matogrosso, Leci Brandão e, na

década de 80, Cazuza, Marina Lima, Simone e Renato Russo, este já nos anos 90, vieram a público assumindo sua condição. A revista Isto é publica edição de capa com foto de duas mãos masculinas, a respeito das relações homossexuais, seguida das revistas Time, Veja e Época.

Todavia, a questão da construção do sujeito jurídico não envolve apenas uma posição política. Exige uma batalha jus-política sem igual. A propósito disto, é oportuno rever o magistério de Bobbio (1992:15):

O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoa (sobretudo as que detêm o poder direito ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo.(grifou-se)

O problema da homossexualidade no Brasil, do ponto de vista jurídico, está exatamente neste patamar. O homossexual é e não é sujeito de direitos no ordenamento jurídico nacional. É reconhecido como pessoa, pode se socorrer do princípio jurídico da igualdade, pode pleitear direitos junto aos Poderes Públicos, mormente no Judiciário; todavia, dependendo do intérprete, da 'cabeça' do juiz, da unidade da federação onde esteja inserido, terá ou não seu direito reconhecido, poderá ou não ser discriminado, será ou não considerado cidadão.

Tudo isto, no entanto, ocorre em face de um ordenamento jurídico que nada diz acerca da homossexualidade, esta forma de orientação sexual praticada por mais de 16 milhões de pessoas no Brasil.

Deixa-se o princípio da igualdade jurídica como preceito geral para deslinde de contendas, em face do qual todos fazem um discurso favorável e, no entanto, na prática, concorrem todos, com seus atos e palavras, para sua eterna inaplicabilidade.

Neste sentido, em que pese serem concordes todos os juristas nacionais na compreensão da supremacia dos princípios sobre as regras, a realidade fática demonstra, em sobejados exemplos, que a garantia de que necessitam as minorias

discriminadas não é de ordem abstrata, genérica, mas de caráter específico, objetivo, concreto.

Não fosse desta maneira, todos os Tribunais Superiores atualmente no Brasil estariam reconhecendo, sem grandes e traumáticas discussões, os direitos denegados nos juízos monocráticos. Mais que isto: o Congresso Nacional e o Executivo Federal, ambos obrigados pela Carta Superior, independentemente das concepções religiosas e filosóficas dos seus membros cardeais, assumiriam a iniciativa para a concretização dos direitos suplicados pelos homossexuais.

Conclusão

"O Direito é um dos mais importantes instrumentos da inclusão e exclusão das pessoas no laço social", sentenciou Cunha Pereira. (2002:105). Não se autoriza mais ao Direito viver à margem da sociedade, ignorando fatos que saltam à vista, que compõem o vasto, multifacético, complexo e rico tecido social.

O problema da homossexualidade deve interessar ao Direito, como aliás, a todos os setores do conhecimento humano, principalmente ao Direito Constitucional. E sendo o Direito instrumento disciplinador de condutas, não pode, nem deve, tentar escondê-las, ocultá-las, omiti-las. Serve para harmonizar a sociedade, para orientar e coordenar as ações do julgador, para limitar a função do administrador, e deve, para o legislador, ser ponto de honra, na hora de sua produção, não excluir nem desconhecer pessoas.

Ao longo dos anos, as sociedades sempre procuraram, segundo as idéias religiosas, filosóficas e políticas que as (in)formavam, colocar o selo da legitimidade ou da ilegitimidade nas condutas das pessoas, mormente em suas inclinações e práticas sexuais. Esta praxes da condenação, da segregação, da negação dos 'anormais', dos diferentes, sempre fez com que o direito posto se isentasse de qualquer ação protetiva daqueles que, em determinada época, fugissem à órbita da regra. Onde e quando o direito se manifestou sobre a homossexualidade foi para de punir, proibir, penalizar.

O reconhecimento do louco, da mulher, do deficiente, do negro e de tantas outras minorias como sujeitos de direito é coisa recente na história da Humanidade. Constitui vitória resultante de diversas e delongadas lutas. Todavia, a idéia de se tutelar os direitos de

homossexuais continua sendo quase que totalmente rechaçada em todos os quadrantes da Terra. Excetuando-se uns poucos e isolados países onde se ver inscrito em suas Constituições a vedação à discriminação por conta da orientação sexual, no mais, a homossexualidade continua sendo uma chaga, um mal que merece ser corrigido, ou até mesmo extirpado.

O Brasil, além de se somar aos demais Estados onde inexistente ação positiva contra a discriminação de gays e lésbicas, carrega o rótulo de campeão em assassinatos de homossexuais. Por esta razão, o adolescente movimento gay brasileiro, em sua grande maioria, não se opõe a procurar os órgãos públicos e apresentar estratégias para o combate à homofobia, visando o cumprimento dos preceitos constitucionais, mormente aqueles que se referem ao bem estar de todos os cidadãos.

Esta questão nos remete à invocação dos princípios fundamentais da nossa República, dentre os quais emergem o da dignidade da pessoa humana e da construção de uma pátria para todos, sem discriminação de qualquer natureza.

Destarte, a confirmação (segundo as informações colhidas, ao longo da pesquisa, sobressaindo-se dados do próprio governo) da hipótese anteriormente levantada de que os poderes públicos no Brasil, em que pesem ações paliativas isoladas, continuam omissos, silentes, homofóbicos em relação ao combate à discriminação por orientação sexual.

Nada é ou está de tudo encerrado. Todavia, resta provado que, não obstante a importância de se defender a eficácia e aplicabilidade do princípio isonômico, consoante se tem dito e feito até aqui, impõe-se ao Estado que se manifeste na órbita legislativa, de cunho federal, donde, como consequência deste ato, se possa arguir o efeito *erga omnes* da vedação de discrimine, de forma expressa e explícita a respeito da orientação sexual. E, a partir daí, se possa vincular todos os demais atos dos poderes públicos (sejam do executivo, sejam do judiciário), tudo em obediência ao princípio do respeito à dignidade humana e em favor de um harmônico convívio social.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. 2ª edição. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Rompamos el silencio - violaciones de derechos humanos basadas em la orientacion sexual**. Madrid: Amnistia International (EDAI), 1994.

ARBENZ, Guilherme Oswaldo. **Medicina Legal e Antropologia Forense**. São Paulo: Livraria Atheneu, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.

CÂMARA, Édson de Arruda. "**Pretensos direitos dos homossexuais e as falácias de um projeto de lei absurdíssimo, ex ignorantia ou ex lascivia**" Informativo Consulex. Brasília, vol. 10, n. 42, p. 1056-1058, out. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARLUCCI, Aída Kelmelmajer de. **Derecho y Homossexualismo en Derecho Comparado**. In Homossexualidade - discussões jurídicas e psicológicas. IDEF. Curitiba: Juruá, 2001.

CHAUÍ, Marilena. **Repressão Sexual - esta nossa (des)conhecida**. São Paulo: Brasiliense, 1991.

CID, Nuno de Salter. **Direitos Humanos e família: quando os homossexuais querem casar**. Revista Economia e Sociologia. Lisboa: Évora, n. 66, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos Humanos - visões contemporâneas**. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001.

COSTA, Jurandir Freire. **A Inocência e o Vício: estudos sobre homoerotismo**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

COSTA, Jurandir Freire. **A Ética e o Espelho da Cultura**. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 2000.

CROCE, Delton e CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAGNESE, Napoleão. **Cidadania no Armário - uma abordagem sócio-jurídica da homossexualidade**. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a Justiça**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. "Aspectos jurídicos da união entre pessoas do mesmo sexo". In RT, n. 732, 1996.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

FELDMANN, Fábio. **Gays, Lésbicas e a Revisão Constitucional: Mais um Sonho que Acabou...** www.planetagay.br. São Paulo, 20 de nov. 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade II: o uso dos prazeres**. Rio de Janeiro; Edições Graal, 1984.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GALEANO, Eduardo. **Las venas abiertas de América Latina**. México: Siglo Editores, 1975.

GIKOVATE, Flávio. **O instinto do amor**. Minas Gerais: MG Editores Associados, 1989.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

GREENBERG, D. F. **The Construcion of Homosexuality**. The University of Chicago Press. Chicago and London, 1988.

GRINOVER, Ada Pellegrini et ali. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Violação dos direitos humanos e assassinato de homossexuais no Brasil** - 1998. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos**: uma idéia, muitas vozes. São Paulo: Ed. Santuário, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. **Recepção aos alunos iniciantes**. *In*: Signum, Revista do Centro de Ensino Superior de Vitória, n. 2, 2001.

HOFFMAN, Martin. **O Sexo equívoco**: a homossexualidade masculina e a criação social de um estigma. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

IBIAS, Delma Silveira. Aspectos jurídicos acerca da Homossexualidade. *In*: **Homossexualidade** - discussões Jurídicas e Psicológicas. Curitiba: Ed. Juruá, 2001.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armério Amado, 1979.

MANUAL DE SOBREVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL. Ed. Grupo Gay da Bahia, 1996.

MARCINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.

MASCARENHAS, João Antônio de Souza. **Os homossexuais e a Constituição Federal**. www.planetagay.br. Acesso em 20 nov. 1998.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORICI, Sílvia. **Homossexualidade**: um lugar na história da intolerância social, um lugar na clínica. *In* Homossexualidade - formulações psicanalíticas atuais. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOTTA, João. **Saindo do Gueto**. Nuances, Porto Alegre, 28 jun. 1998.

MOTT, Luiz Roberto. **Homofobia**: a violação dos direitos humanos de gays, lésbicas e travestis no Brasil. Comissão Internacional de Direitos de Homossexuais. São Francisco, Califórnia, 1997.

MOTT, Luiz Roberto. **Lesbianismo no Brasil**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1987.

MOTT, Luiz Roberto. **Homossexuais da Bahia - dicionário biográfico (século XVI - XIX)**. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 1999.

OLIVEIRA, Euclides de. **União homossexual não dá direito à herança**. [http:// www.jus.com.br](http://www.jus.com.br).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. CID-10 - Classificação de transtornos mentais e de comportamento. Critérios diagnósticos para pesquisa. Trad. Maria Lúcia Domingues. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988.

PLANO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, Ministério da Justiça, Brasília, 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RENAUD, Michel. **A dignidade do ser humano como fundamentação ética dos direitos do homem**, in: Brotéria - revista de cultura, vol. 148, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. In: Revista Interesse Público, n. 04, 1999.

RODRIGUES, Arnaldo. **Conceitos e preconceitos da homossexualidade**. Insight Psicoterapia, ago. 1995.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-americano**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

RIOS, Roger Raupp. **A Homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmaf, 2001.

SALGADO, Eduardo. **Gays no poder**. Veja, São Paulo, 18 nov. 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya Kumar. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, José Carlos Moreira da. **Filosofia jurídica da alteridade**. Curitiba: Juruá, 1998.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1996.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias. **"Os crimes de heresia, traição, sodomia e moeda falsa"**, Correio Brasiliense, Brasília, 06 de dez. 1999, Caderno Direito e Justiça.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade: uma história**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SULLIVAN, Andrew. **Praticamente normal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SUPLICY, Marta. **Conversando sobre Sexo**. 5ª ed. São Paulo: Casa do Psicólogo Livraria e Editora, 1983.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1986.

VARELA, Luiz Salem et ali. **Homoerotismo no Direito Brasileiro e Universal: parceria civil entre pessoas do mesmo sexo**. Campinas, SP: Agá Juris Editora, 2000.

VELHO, Gilberto, et ali. **Cidadania e Violência**. Rio de Janeiro: UFRJ: FGV, 1996.

WEREBE, Maria José Garcia. **Sexualidade, Política e Educação**. Campinas, SP: Editora Autores Associados, 1998.