

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP)

Jaceguara Dantas da Silva Passos

**Mandados de Criminalização Decorrentes de Tratados de
Direitos Humanos**

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

SÃO PAULO, SP

2011

Jaceguara Dantas da Silva Passos

**Mandados de Criminalização Decorrentes de Tratados de
Direitos Humanos**

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Profa. Dra. Flávia Piovesan.

SÃO PAULO, SP

2011

Banca Examinadora

Dedico este trabalho às pessoas vítimas de todas as formas de discriminação, em especial, aos grupos vulneráveis constituídos pelos homossexuais, pelos trabalhadores vítimas do trabalho escravo, e às crianças, parcela da sociedade excluída das opções de desenvolvimento de suas potencialidades como seres humanos.

À minha mãe, Leonir, pelo constante apoio e amor incondicional, aos queridos filhos e razão maior da minha existência, Thales e Gabriel, e ao Paulo, pelo incentivo, compartilhar dos sonhos e pela esperança de que eles são passíveis de realização.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, professora Doutora Flávia Piovesan, pelas lúcidas e eficientes intervenções e pelo exemplo de dedicação à causa dos Direitos Humanos.

Ao professor livre docente, Antonio Carlos da Ponte, referência de dedicação à docência, dignidade e profissionalismo, pelo incentivo e confiança depositada.

Ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, representado pela então Conselheira Procuradora de Justiça Irma Vieira de Santana e Anzoategui, pelo apoio na concessão da licença parcial, pois, de modo impessoal e independente, possibilitou a rica experiência de frequentar o curso de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Aos Professores Doutores Ana Sabadell, Fábio Guaragni e Ynes da Silva Félix, pelas pertinentes sugestões e pelo apoio concedido.

Aos colegas do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e amigos, Procurador-Geral de Justiça Paulo Alberto de Oliveira, Procurador de Justiça e Corregedor-Geral Silvio Cesar Maluf, Procurador-Geral Adjunto Francisco Neves Júnior, e ao Promotor de Justiça Antonio André Medeiros.

À minha assessora Evy Márcia Chaves, por compartilhar das angústias e pelo estímulo.

Ao advogado e amigo João Campos Correa, pelas sempre instigantes sugestões, com senso crítico capaz de desvendar o véu que, por vezes, encobre o brilho da luz.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a discutir a adesão do Estado brasileiro aos tratados de Direitos Humanos, os decorrentes Mandados de Criminalização bem como as correspondentes consequências jurídicas. Defende-se a ideia de que, em sendo o Estado Brasileiro signatário de um tratado de Direitos Humanos, este se insere no ordenamento jurídico, em consonância com os ditames da Constituição Federal de 1988, aprovados ou não pelo procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. Dessa forma, ao prever a defesa de novos direitos fundamentais, os tratados também servem de parâmetro para a eleição e proteção de um bem jurídico individual ou coletivo, mediante a tutela proporcional do Direito Penal, independentemente da origem da norma e de sua hierarquia. E tal ocorre em razão de que, ao versar o tratado sobre a temática de Direitos Humanos, este deve servir de parâmetro para a tutela penal, já que o fim maior é a defesa da dignidade da pessoa humana e, nesse norte, devem ser superadas barreiras meramente formais, procedimentais, para se alcançar o bem maior e o interesse da sociedade e garantir a proteção da aludida dignidade, a qual se configura núcleo essencial que informa e estrutura o Estado Democrático de Direito. Com o fim de garantir a defesa e proteção dos direitos humanos envolvidos, discorre-se sobre Mandados de Criminalização, em especial aqueles relacionados à Discriminação pela Orientação Sexual, Trabalho Escravo e Trabalho Infantil, com o objetivo de impor ao legislador ordinário limites na escolha dos bens jurídicos penais e ao Estado, no caso, o Brasil, a obrigação de criminalizar certas condutas ofensivas a determinados bens jurídicos com a imposição de sanção.

Palavras-chave: Mandado de Criminalização. Tratados. Direitos Humanos. Constituição. Dignidade da Pessoa Humana. Bem Jurídico Penal. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

The purpose of this study was to discuss the adherence of the Brazilian State to Human Rights treaties, the ensuing Criminalization Legal Precepts, and the corresponding legal consequences. As a signatory of a Human Rights Treaty, the Brazilian State is ruled through a legal system in line with the dictates of the Federal Constitution of 1988, whether or not said dictates are endorsed by the procedure laid out in Article 5, Section 3, of the Federal Constitution. By establishing provisions for the protection of new fundamental rights, treaties also constitute a parameter for the selection and protection of individual or collective legally protected values — a form of protection regulated by Criminal Law, regardless of rule origin or hierarchy. This stems from the fact that by addressing the issue of Human Rights, the treaty should serve as a parameter for the protection of core values by Criminal Law, since the highest goal is the defense of human dignity — a perspective in which any strictly formal, procedural hurdles must be overcome in order to achieve the highest good and interest of society and ensure the protection of said dignity, which constitutes the very core that informs and structures a Democratic State that abides by the Rule of Law. In order to guarantee the defense and protection of the human rights involved, Criminalization Legal Precepts are addressed, especially those related to Slavery, Child Labor, and Discrimination against Sexual Orientation, so as to impose limits to ordinary legislators in the definition of core values protected by Criminal Law, as well as to impose on the Brazilian State the obligation to criminalize conducts deemed offensive to certain legally protected values through the imposition of legal sanctions.

Keywords: Criminalization Legal Precept. Treaties. Human Rights. Constitution. Human Dignity. Core value protected by Criminal Law. Democratic State under the Rule of Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 OS DIREITOS HUMANOS E SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PELOS TRATADOS INTERNACIONAIS	13
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS	13
2.2 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS PARA A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	24
2.3 A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	29
3 BEM JURÍDICO-PENAL	41
3.1 BREVE HISTÓRICO	41
3.2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL	48
3.3 BEM JURÍDICO DIFUSO E COLETIVO	56
3.4 BEM JURÍDICO-PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	64
3.5 BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO.....	69
4 TEMAS CONTROVERSOS NO DIREITO PENAL	75
4.1 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	75
4.2 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	80
4.3 NORMA PENAL EM BRANCO.....	89
4.4 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	91
5 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO	100
5.1 DEFINIÇÃO	100
5.2 CRITÉRIO PARA ABORDAGEM DE ALGUNS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO	117
5.3 DISCRIMINAÇÃO PELA ORIENTAÇÃO SEXUAL.....	121
5.4 TRABALHO ESCRAVO.....	149
5.5 TRABALHO INFANTIL	160

5.6	POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	170
5.6.1	Discriminação por orientação sexual.....	174
5.6.2	Trabalho escravo.....	182
5.6.3	Trabalho infantil.....	192
6	POSICIONAMENTO DO DIREITO COMPARADO	195
7	CONCLUSÃO	203
	REFERÊNCIAS.....	206
	ANEXOS	225

1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos têm como abrigo natural as Constituições dos Estados, contexto em que se verifica que os Tratados Internacionais, em especial os que versam sobre tal temática, logo de importância capital aos povos, trazem, no seu cerne, a determinação de efetivação de tais direitos fundamentais, seja por ações negativas, seja por ações afirmativas.

Visa a presente dissertação abordar o tema *Mandados de Criminalização Decorrentes de Tratados de Direito Humanos*, no qual se pretende abordar os mandados de criminalização que são decorrentes dos tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

Para tratar o referido tema, inicia-se a dissertação com a *Evolução Histórica dos Direitos Humanos*, sua vinculação e importância como fundamento da democracia, uma vez que, para compreensão do tema, importa abordar, ainda que brevemente, as principais etapas percorridas ao longo do tempo pela humanidade, as quais possibilitaram historicamente a dimensão hodierna.

Posteriormente, enfoca-se no capítulo seguinte *A Importância dos Direitos Humanos para a Construção do Estado Democrático de Direito e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Procura-se construir um pensamento de que os Direitos Humanos são fundamentais para a democracia e para o respeito ao princípio fundante desta – a dignidade da pessoa humana – e que sua inserção no ordenamento jurídico revela a opção política e social do Estado, colocando o ser humano, enquanto pessoa, reconhecidamente livre e cidadã, titular de direitos e garantias fundamentais, como razão preponderante da existência.

A seguir, é objeto de análise *A Recepção dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, com destaque para as principais correntes jurídicas acerca de tal tema e a posição atual do Supremo Tribunal Federal.

Esposa-se o entendimento de que a visão que se deve ter dos Direitos Humanos é a da máxima efetividade, não se sustentando direcionamento restritivo

sobre temática que visa salvaguardar direitos e valores imprescindíveis para a afirmação do ser humano, os quais visam propiciar seu desenvolvimento, assegurar e preservar sua dignidade.

Sustenta-se que esta é a perspectiva com que são elaborados os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, possibilitando construir um diálogo entre as diversas culturas jurídicas, buscando uma visão plena de defesa e inclusão do ser humano.

Com base no princípio mencionado – da máxima efetividade – conclui-se pela força normativa dos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil que versem sobre a temática dos Direitos Humanos, ainda que não se tenha obedecido ao procedimento próprio para emendas constitucionais, ante a expressiva relevância do conteúdo de fundo, de forma que tais tratados devem ser considerados materialmente constitucionais, importando assim reconhecer que estes irradiam mandados de criminalização para o Estado que o ratifica.

Justifica-se a adoção de tal posicionamento ante o compromisso internacional firmado pelo Estado brasileiro de prevalência dos Direitos Humanos, com a inafastável busca pela máxima proteção ao bem tutelado por meio de um tratado dessa espécie, para cuja implementação disponibiliza-se todo um aparato normativo, inclusive no âmbito penal, se necessário.

Assim, em sendo o Direito Penal *ultima ratio* dentro de uma concepção de Estado de Direito que se quer material, democrático e social, a proteção dos Bens Jurídicos deve se ater aos bens mais essenciais, dentre eles, os Direitos Humanos, em conformidade com a proibição do excesso e da proteção deficiente.

Sustenta-se que, ao tratar sobre a temática de Direitos Humanos, independentemente da hierarquia e origem da norma, esta deve servir de parâmetro para a tutela penal, se preciso for, já que o fim maior é a defesa da dignidade da pessoa humana e, nesse norte, devem ser superadas barreiras meramente formais, procedimentais, para se alcançar o bem maior e o interesse da sociedade.

Repisa-se que a Constituição é a fonte primária de toda a interpretação, impondo-se desvelar os princípios reitores constitucionais, positivando-se, então, e tornando efetivas e reais as promessas trazidas pela norma fundante originária.

O sistema jurídico deve evoluir nesse sentido, desde que respeitados os princípios constitucional-penais e garantida a proteção da dignidade da pessoa humana,¹ a qual se configura núcleo essencial que informa e estrutura o Estado Democrático de Direito, como seu fundamento².

Por outro lado, em sendo direito inequivocadamente fundamental, resta proibida ao Estado a proteção deficiente da dignidade da pessoa humana, da liberdade e todos os direitos fundamentais previstos expressa e implicitamente na Constituição Federal.

Para corroborar a ideia sustentada, busca-se o reforço no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e, ainda, no Direito Comparado.

Em ato contínuo, discorre-se sobre *Mandados de Criminalização*, com especial enfoque nos decorrentes dos tratados de Direitos Humanos, justificando-se a abordagem somente de alguns deles, por se reputar de maior relevância diante da fragilidade dos sujeitos de direitos envolvidos, bem como, por se referirem ao denominado mínimo ético irredutível dos Direitos Humanos, ou seja, direitos mínimos a serem resguardados pelo Estado para garantia da dignidade, considerado o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos.

¹ Maria Luiza Schäfer Streck, explicitando a respeito do que denominou “face oculta dos direitos fundamentais”, diz que ao lado da proteção “negativa” do cidadão acusado do delito, deve o órgão julgador se atentar também para a necessidade de tutela do direito fundamental da vítima, tanto aquele previsto na Constituição quanto nos Tratados Internacionais, do contrário ocorrerá o que ela denomina de “proteção deficiente”. STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

² FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

São abordados, portanto: *Discriminação pela Orientação Sexual, Trabalho Escravo e Trabalho Infantil*. Assim, procura-se realizar uma análise mais detida sobre os temas propostos, a partir da identificação de proteção inexistente ou deficiente, respectivamente.

Por fim, realiza-se um cotejo da *Posição da Jurisprudência* frente a tais temas, mormente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e faz-se ainda um paralelo com o *Direito Comparado*.

O tema traz questões de indagação ao estudioso e ao operador do Direito como a aplicação de um Direito Penal Contemporâneo consentâneo com as modificações ocorridas na sociedade, como a aceitação de mandados de criminalização explícitos e implícitos na Constituição Federal e a utilização de Tratados Internacionais relativos a Direitos Humanos, para resolver conflitos e buscar constantemente a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

2 OS DIREITOS HUMANOS E SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PELOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Importante para compreensão dos Direitos Humanos, abordar, ainda que brevemente, as principais etapas percorridas ao longo do tempo pela humanidade, as quais possibilitaram historicamente a dimensão hodierna.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

O processo histórico da evolução dos Direitos Humanos deve ser entendido como um processo advindo principalmente de lutas entre poderes e contra poderes. Nesse sentido, Norberto Bobbio³ afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Essa fase está umbilicalmente ligada com a própria história da cidadania. A necessidade de se estabelecer a cidadania está presente desde o Código de Hamurábi na Babilônia, século XVIII a.C. Na Antiguidade, não havia qualquer instrumento de limitação do poder do Estado, ou seja, as leis que estruturavam os Estados não atribuíam ao indivíduo quaisquer direitos em face do poder estatal.⁴

Com o evoluir da sociedade, a necessidade de limitação do poder do Estado se faz presente, tendo por princípio norteador dessa limitação a igualdade como elemento edificante e estruturante.

³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Cidadania*. São Paulo: Acadêmica, 2000.

Desta feita, a lei passou a se constituir em fator nivelador a regular a relação entre os indivíduos e ainda limitador do agir do Estado, eis que a igualdade se constitui valor essencial a integrar a norma.

A respeito dessa fase, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ invoca os ensinamentos de Immanuel Kant (1729-1801) para destacar a isonomia, enquanto princípio integrante às leis e a toda ordem jurídica de forma a vir a se constituir em limite para a própria lei.

No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato⁶ discorre que a ideia de igualdade entendida como um valor essencial entre os homens surgiu no período denominado Axial, compreendido entre os séculos VIII e II a.C. Destaca-se que, nesse período histórico, contribuíram cinco grandes doutrinadores: Zaratustra (Pérsia), Buda (Índia), Confúcio (China), Pitágoras (Grécia) e o Dêutero-Isaiás (Israel). Esse período foi fértil em pensamentos e tem sua importância reconhecida por sua grande contribuição em termos de princípios que foram se consolidando ao longo dos tempos, persistindo até o momento atual. Nessa fase, foram lançados os fundamentos que possibilitaram o entendimento da pessoa humana, dotada de direitos tidos como universais.

Fábio Konder Comparato⁷ prossegue mencionando que a segunda fase, decisiva para a afirmação do conceito de pessoa humana, deu-se no início do século VI, sendo que no período medieval foi que se iniciou propriamente dita a elaboração do princípio da igualdade, a par das diferenças existentes, tendo sido elemento decisivo para a formação do conceito de Direitos Humanos.

Já a terceira fase, que pode ser tida como contributo fundamental para a ideia da pessoa enquanto sujeito de direitos, decorreu do pensamento kantiniano que tem como destaque a dignidade e a singularidade da pessoa humana, enquanto valor absoluto, ao revés das coisas que têm valor relativo.

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷ Ibid.

Aponta Fábio Konder Comparato⁸ o que entende corresponder à quarta etapa da consolidação do conceito de pessoa, qual seja o surgimento do pensamento assentado na liberdade do agir de cada um de acordo com suas preferências valorativas, fazendo surgir a ética como referência.

Para o autor, a oportunidade de se fazer escolhas de acordo com uma carga valorativa conduz à valorização dos Direitos Humanos, enquanto elemento de maior importância inserido no contexto social.

A quinta e última etapa, teve seu início no século XX, com influência decisiva do pensamento existencialista, em que há um destaque para a personalidade individual, enquanto elemento único.

Nesse período, salienta-se o processo evolutivo que a pessoa humana tem, o que a transforma em sujeito de constante mutação. Referido processo teria tido todo um percorrer ao longo dos tempos, culminado com a Declaração dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e que consagra o direito de todo homem de ser reconhecido como pessoa.

Destacam-se ainda os seguintes períodos, os quais se abordam superficialmente por não se constituírem objeto do presente trabalho: séculos XI e X a.C., reinado de Davi, em que o monarca era o representante pela execução das leis divinas, construindo-se os alicerces do que viria a ser o Estado Democrático de Direito, os quais se foram solidificando com o surgimento de instituições democráticas de Atenas e com a participação popular da república romana.⁹

Há que se mencionar ainda a Baixa Idade Média, em que se fortaleceu a ideia de controle do poder político. Já a Alta Idade Média caracterizou-se pelo feudalismo e, ainda, por nova concentração de poder nas mãos do imperador, motivando a luta por liberdade, ainda que nesse primeiro momento esta fosse destinada apenas aos nobres e ao clero. Esse período foi marcado pela abertura das

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁹ Ibid.

vias marítimas, propiciando a formação de grandes fortunas mercantis e o surgimento do Capitalismo.

A relevância do período decorrido entre o século XI e XIII, durante o qual ocorreu um grande desenvolvimento de invenções técnicas, está em ter propiciado progressos substanciais nas áreas de produção agrícola, navegação e comércio, fatores que contribuíram para a limitação do poder político.

Também convém ressaltar o período correspondente ao século XVII, no qual eclodiram mudanças notórias no campo da arte, literatura e ciência, que influenciaram decisivamente a vida política, fazendo renascer o ideal republicano e democrático.

Todo esse percurso do desenvolvimento da sociedade possibilitou a afirmação dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, insta citar a importância da contribuição decisiva de relevantes fatos históricos como a Revolução Francesa e a Revolução Norteamericana. Nesses marcos, registra-se uma ideia de universalidade, ainda que os “direitos do homem e do cidadão” possuíssem um conteúdo marcadamente individualista. Quem cunhou o conceito de direitos sociais foi Rousseau: direitos relativos ao trabalho e a meios de existência, direito de proteção contra a indigência, direito à instrução (Constituição de 1793). No entanto, não cabia ainda ao Estado realizar tais direitos e não havia nenhuma decorrência por sua abstenção em face de tais problemas.¹⁰

Para Fábio Konder Comparato¹¹, o artigo I da Declaração de Independência Americana “É o registro de nascimento dos Direitos Humanos na História [...]”, vindo a consolidar a ideia de igualdade entre os homens, também presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

¹⁰ HERKENHOFF, João Baptista. *Cidadania*. São Paulo: Acadêmica, 2000, p. 42.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 62.

Não obstante a Constituição Francesa tenha apontado necessidades de cunho econômico e social, estas somente viriam a ser consolidadas, enquanto direitos no século XX, mais precisamente na Constituição Mexicana, em 1917, e na Constituição de Weimar, em 1919.

O período seguinte a essas ocorrências é conhecido como a primeira fase da internacionalização dos Direitos Humanos, no qual se destaca o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a proteção dos direitos trabalhistas, que culminou com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Flávia Piovesan¹² assinala que cada um desses institutos contribuiu para o processo de internacionalização dos Direitos Humanos e para a revisão da noção de soberania, até então tida como absoluta.

Ainda que o debate teórico no que concerne aos Direitos Humanos tivesse evoluído e trazido algumas garantias fundamentais, denota-se que apenas tomou um caráter dogmático no pós-Segunda Guerra Mundial, com o advento da Conferência de São Francisco e com o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU). Mais uma vez, o escólio de Flávia Piovesan¹³ assinala que, se a Segunda Guerra significou a ruptura com os Direitos Humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vigora a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos Direitos Humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma de Direitos Humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os Direitos Humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral.

A Carta das Nações Unidas, de 1945, traz em seu preâmbulo uma contraposição do Direito à força e violência que as duas guerras mundiais causaram, bem como a declaração da necessidade de reafirmação dos Direitos Humanos:

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹³ *Ibid.*, p. 122.

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

A Carta de São Francisco (ou Carta da ONU), e juntamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais, de 1966, formam a Carta de Direitos Humanos da ONU.

Simone Martins Rodrigues¹⁴ defende que:

[...] a Carta foi a peça central na proclamação de princípios e valores a serem compartilhados pela sociedade internacional, demarcando como pilares do sistema internacional a igualdade soberana, a integridade territorial, a independência política dos Estados, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção nos assuntos internos, a resolução pacífica dos conflitos, a abstenção da ameaça ou uso da força, o cumprimento das obrigações internacionais, a cooperação internacional e o respeito e a promoção dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais sem discriminação.

A Declaração de 1948 foi o encaminhamento jurídico encontrado pela comunidade internacional para eleger os direitos tidos como essenciais no intuito de preservar a dignidade do ser humano. A doutrina contemporânea classifica aludida Declaração como um verdadeiro libelo contra o totalitarismo.¹⁵ Seus 30 artigos têm como objetivo principal evitar que o ser humano seja tratado como objeto descartável, procurando criar condições concretas para evitar a repetição de fatos que marcaram de forma indelével a história da humanidade.¹⁶

¹⁴ RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 45.

¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.; ALMEIDA, Guilherme Assis; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

De acordo com Celso Lafer¹⁷, a Declaração de 1948 pode ser considerada um evento matriz que dá origem a uma nova política de Direito, voltada para a proteção do ser humano. O Direito Internacional dos Direitos Humanos objetiva transformar em direito positivo esse escopo. A Declaração de 1948, ao reafirmar o direito à liberdade, à igualdade e à fraternidade de todas as pessoas, busca, acima de tudo, a valorização da pessoa humana sem qualquer ressalva. Ao declarar que todas as pessoas nascem livres e iguais, mantém este antigo conceito e cria outro novo.

Esse novo conceito nada mais é do que a inerência da dignidade do ser humano. Isso significa que a liberdade e a igualdade em dignidade e direitos surgem com o nascimento do ser humano e o acompanham de modo inseparável e incondicional, no decorrer de sua existência, não dependendo, em absoluto, de qualquer outro título ou condição, que não seja sua essência humana.

No entendimento de Norberto Bobbio¹⁸,

[...] a Declaração afirma os direitos de forma universal, no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; e positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado.

René Casin (1887-1976), denominado como um dos pais da Declaração, segundo Flávia Piovesan¹⁹, afirma:

Esta Declaração se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude, compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide.

¹⁷ LAFER, Celso. *Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2001 apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos Direitos Humanos. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006c. p. 151-165, p. 130.

Embora as dificuldades para a plena realização dos Direitos Humanos sejam marcantes, a Declaração de 1948 foi assinada por 48 países, com oito abstenções, enquanto que a Declaração de Viena foi assinada por 171 países, correspondente à totalidade dos países presentes na conferência, o que evidencia a relevância dos Direitos Humanos na sociedade contemporânea.

A Primeira Conferência Mundial dos Direitos Humanos foi realizada em Teerã (Irã), em 28 de novembro de 1948, consolidando o compromisso solene de todos os Estados de promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os Direitos Humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas, em conformidade com Carta das Nações Unidas e outros instrumentos relacionados aos Direitos Humanos e ao direito internacional.²⁰

Com a necessidade de reafirmar e garantir a aplicação dos direitos sociais, foram formulados dois pactos de Direitos Humanos, uma vez que direitos sociais, econômicos e culturais eram considerados como programáticos. Nesse contexto, desenvolveu-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 – que passou a vigorar em 1976, quando obteve o número de ratificações necessárias (35 Estados). O Pacto reconhecia um catálogo de direitos ainda maior que o da própria Declaração de 1948.²¹

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos consagrava, em seus 47 artigos, os seguintes direitos: o direito de autodeterminação; de dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais; proibição de discriminação racial; direito à vida; proibição de tortura e tratamento cruel; proibição à escravidão, trabalho forçado e tráfico de escravos; direito à liberdade e a segurança pessoal; igualdade de todas as pessoas perante os Tribunais; direito à liberdade de circulação; à liberdade de pensamento, de consciência, de religião, de expressão; proibição propaganda em favor da guerra; direito à livre associação; proteção da família e das crianças.²²

²⁰ RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²² Ibid.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do mesmo ano, tinha por objetivo incorporar os dispositivos da Declaração Universal de 1948, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. O aspecto mais marcante do Pacto foi elencar deveres para os Estados, e não para os indivíduos, por suas normas serem de realização progressiva, e não imediata. Os preceitos nele contidos visavam a condicionar a atuação do Estado para a implementação dos direitos, que necessitam de recursos econômicos e incentivos estatais.

A Segunda Conferência Mundial só tornou a ocorrer em 1993, realizada em Viena, convocada pela Assembleia Geral, da qual participaram delegações de 171 países e 800 Organizações Não-Governamentais. Procurava-se coordenar os múltiplos instrumentos de proteção aos Direitos Humanos e torná-los mais eficazes.²³

Essa 2ª Conferência trouxe consigo a Declaração de Viena de 1993, referindo-se claramente ao apoio internacional à promoção e ao fortalecimento da democracia, do desenvolvimento e dos Direitos Humanos. Realçava a importância da interdependência, da universalidade e da indivisibilidade dos Direitos Humanos.

No entender de Simone Martins Rodrigues²⁴:

Ao assinarem a Declaração de Viena, os Estados se comprometeram em eleger a proteção e promoção dos Direitos Humanos como primeira responsabilidade de todos os governos, independente da perspectiva particular de sua cultura, cabendo à sociedade internacional fiscalizar o seu cumprimento.

Assim, a chamada concepção contemporânea de Direitos Humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade²⁵, foi introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

²³ RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁴ Ibid., p. 69.

²⁵ “[...] Pode-se afirmar que a concepção contemporânea de Direitos Humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização desses direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade [...]”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 224.

A Ação de 1993 apontou uma série de recomendações, entre elas, uma das mais importantes foi concretizada: a instalação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Em vista disso, em setembro de 2001, assumiu o posto de alto comissariado o brasileiro Sérgio Vieira de Mello, até seu assassinato no atentado terrorista à sede da ONU em Bagdá no dia 19 de agosto de 2003.²⁶

Registra-se a existência do Tribunal de Nuremberg, que julgou os criminosos da Segunda Guerra Mundial, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente e o Tribunal Militar de Ruanda em 1995, tendo sido o Tribunal Penal Internacional o último mecanismo jurídico surgido no campo do Direito Internacional Público.

O Tribunal Penal Internacional foi estabelecido pelo Estatuto de Roma, aprovado no dia 17 de julho de 1998, por uma Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas.²⁷

Importante ressaltar o caráter complementar do Tribunal Penal Internacional, que exerce sua jurisdição apenas quando esgotados ou fracassados os recursos internos dos Estados, cabendo-lhe julgar indivíduos que cometeram o crime de genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra e crime de agressão, conforme dispõe seu artigo 1º²⁸.

Sobre a complementaridade do Tribunal Penal Internacional, Fábio Konder Comparato²⁹ explica: “É, portanto, a regra do esgotamento dos procedimentos internos, como condição para que se abra a jurisdição [...]”.

²⁶ SERGIO VIEIRA DE MELLO FOUNDATION. *About Sergio*. Disponível em: <<http://www.sergiovdmfoundation.org/wcms/index.php?lang=en>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁸ “[...] O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais.” COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 464.

²⁹ *Ibid.*, p. 464.

Esse Tribunal Penal até então vinha coordenando a ordem jurídica internacional, que veio a ser impactada pelos marcantes acontecimentos ocorridos na data de 11 de setembro de 2001, atentados terroristas praticados contra os Estados Unidos, que acarretaram consequências políticas, jurídicas e sociais e estabeleceram nova configuração de forças, constituindo-se um dos principais objetivos da comunidade internacional que as relações voltassem a ser pautadas pela busca de metas comuns.

Entretanto, essas metas devem, necessariamente, conduzir seu agir pela compreensão da concepção de pessoa humana a partir da ótica do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com respeito à dignidade para que seja considerado legítimo.

Cumprido mencionar que há doutrinadores que, não obstante reconhecerem o fortalecimento do Direito Internacional, relativizam a importância disso por entenderem que a primazia dos Estados nacionais se constitui na principal força protetora dos Direitos Humanos com respaldo no Direito Constitucional positivo.

Exemplo dessa posição pode ser constatado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins³⁰:

Apesar do indiscutível fortalecimento do direito internacional, deve-se realizar um redimensionamento da relevância do tema, contrariando uma tendência de tratamento da matéria que se resume na exaltação a crítica das virtudes políticas e da relevância jurídica do direito internacional.

A despeito do entendimento desses autores, certo é que não há como minimizar a tendência crescente da relevância dos Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente, protegidos por todo um aparato jurídico e que pode ser acionado pelo cidadão cujo Estado seja incapaz de bem protegê-lo.

O reconhecimento da internacionalização dos Direitos Humanos traz a discussão sobre a força sancionatória em caso de seu desrespeito, constituindo-se

³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

um grave problema quando tal hipótese se concretiza, mormente no tocante à punição, à ausência de centralização hierárquica e de autoridade superior no plano da comunidade internacional.

Essa questão envolve discussão sobre eventual ofensa à soberania de um Estado frente à intervenção para proteção desses Direitos Humanos universais ofendidos, a exemplo do que ocorreu em Kosovo com a intervenção da Organização do Tratado do Atlântico Norte, em 24 de março de 1999, temática essa a que não se confere o aprofundamento exigido, por não se constituir objeto do presente estudo.

2.2 A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS PARA A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A efetivação dos Direitos Humanos, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet³¹,

[...] encontra-se, ainda e principalmente, na dependência da boa vontade e da cooperação dos Estados individualmente considerados, assim como do equilíbrio de forças no âmbito da ordem internacional, salientando-se, neste particular, uma evolução progressiva na eficácia dos mecanismos jurídicos internacionais de controle.

É de se lamentar que isso ainda esteja a ocorrer e que o grau de evolução da sociedade esteja tão incipiente que esta não consiga de forma autônoma, enquanto ente organizado, impor um patamar mínimo de direitos que a pessoa humana deva gozar, enquanto ser existente e integrante de um corpo social.

Pontua Ingo Wolfgang Sarlet³² o seguinte aspecto acerca dos Direitos Humanos:

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de Direitos Humanos. In: CLÈVE, Clâmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 331-338, p. 337.

³² Ibid., p. 338.

Reputa-se acertada a ideia de que os Direitos Humanos, enquanto não forem constitucionalizados e assegurados na condição de direitos fundamentais, não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade [...].

Compartilha-se da ideia do doutrinador, porém ressalva-se que não é a mera inserção dos Direitos Humanos nas Constituições dos Estados que vai assegurar a plena eficácia e efetividade desses direitos.

Não obstante a relevância da mencionada inclusão, esta não tem o condão de, por si só, causar o efeito transformador que se espera, tendo em vista que a observância às normas constitucionais advém do que é denominado por Raul Machado Horta³³ (2002, p. 99-100), de “adesão à Constituição” pelo “domínio do sentimento constitucional”, ou seja, é preciso que o comando inserido na Constituição seja incorporado pela sociedade de tal forma que gere um sentimento de necessidade do atendimento a esse comando para que seja efetivamente cumprido.

Oportuno trazer à colação os ensinamentos de Raul Machado Horta³⁴:

O acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional.

Entretanto, não se ignora a relevância de os Direitos Humanos estarem inseridos nos textos constitucionais dos Estados e que estes sejam objeto de valoração pela comunidade jurídica internacional. Essa junção de esforços está a demonstrar uma intenção de efetivar os Direitos Humanos.

Assim, a elaboração de tratados internacionais que versam sobre esses direitos representa um anseio da comunidade jurídica internacional para a consolidação de patamar mínimo de respeito à pessoa humana.

³³ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

³⁴ *Ibid.*, p. 99-100.

Relevante a menção de Hannah Arendt (1906-1975), em *As Origens do Totalitarismo* (1951), realizada por Flávia Piovesan³⁵, de que os Direitos Humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

Desse fato decorre a importância da natureza jurídica dos tratados internacionais de Direitos Humanos, pois representam um processo de construção e por vezes, de reconstrução no caminhar da humanidade para a valoração do ser humano, de forma a impossibilitar o retorno de condições inóspitas que propiciem a ocorrência de tristes e lamentáveis fatos de violação dos Direitos Humanos que a história registra.

Norberto Bobbio³⁶, com precisão costumeira, sustenta que:

Os Direitos Humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos naturais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.

A ideia trazida por Norberto Bobbio³⁷ é importante para que se visualize o conceito de direitos como algo construído e incorporado no decorrer do desenvolvimento da humanidade, passando a integrar o rol de direitos positivados a partir da universalidade e singularidade do homem.

Importante, nesse sentido, trazer a conceituação de dignidade da pessoa humana na visão da doutrina. Para Cármen Lúcia A. Rocha³⁸:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 30.

³⁷ Ibid.

³⁸ ROCHA, Cármen Lúcia A. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Não paginado. Disponível em: <http://www.paf.adv.br/novosite/artigos/index.php?cod_artigo=7>. Acesso em: 12 jan. 2011.

Elucidando a respeito do conceito da dignidade da pessoa humana, José Afonso Silva³⁹ afirma textualmente:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podem reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir “teoria do núcleo da personalidade” individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.

Paulo Bonavides⁴⁰ traz indispensável referência ao princípio da dignidade da pessoa humana: “O princípio em tela é, por consequência, o ponto de chegada na trajetória concretizante do mais alto valor jurídico que uma ordem constitucional abriga.”

Prossegue Paulo Bonavides⁴¹:

Quando hoje, a par dos progressos hermenêuticos do direito e de sua ciência argumentativa, estamos a falar, em sede de positividade, acerca de unidade da Constituição, o princípio que urge referir na ordem espiritual e material dos valores é o princípio da dignidade humana.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴² conceitua dignidade humana como:

Qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada um e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

³⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 109.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 14-15, p. 14.

⁴¹ *Ibid.*, p. 15.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27.

E sobre a importância da dignidade da pessoa humana para moderna teoria dos Direitos Humanos, Antonio Enrique Pérez Luño⁴³ diz:

Su importancia em la génesis de la moderna teoría de los derechos humanos es innegable. Baste recordar que de la idea de dignitas del hombre, como ser éticamente libre, parte todo el sistema de derechos humanos de Samuel Pufendorf, que, a su vez, fue fermento inspirados de las declaraciones americanas.

A dignidade, por ser caracterizadora de uma qualidade intrínseca do ser humano e por estar umbilicalmente ligada ao exercício dos direitos fundamentais, constitui-se em valor da maior importância, não somente para possibilitar o exercício da cidadania, mas também para a efetividade desta, tanto pelos órgãos e agentes responsáveis, como pela própria sociedade, representando

[...] instrumentário argumentativo rico e poderoso, sem o qual a luta diária pela afirmação, respeito e promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, perde muito em termos de legitimidade e efetividade.⁴⁴

Dignidade da pessoa humana, numa visão contemporânea trazida por Christian Starck⁴⁵, diz respeito à autodeterminação. Num enfoque bem diferenciado, aludido autor relaciona a dignidade a uma atenção especial que se deve ter com relação às gerações futuras, pelo fato de o homem viver em uma comunidade de gerações, que não comporta a compreensão de um indivíduo inconsequente.

Importa ainda ressaltar que, no dizer de Christian Starck⁴⁶, pelo fato de estar contida no ordenamento jurídico, mais precisamente enquanto princípio constitucional, a dignidade evidencia uma opção política, social e humanista de que o homem é razão de existir do Estado e que este deve estar a serviço daquele.

⁴³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 51.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009a. p. 12, p. 12.

⁴⁵ STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da lei fundamental alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009. p. 199-224.

⁴⁶ Ibid.

Sendo assim, tem-se o entendimento de que a dignidade da pessoa humana é um valor que diz respeito ao ser humano, enquanto pessoa, reconhecidamente livre e cidadã, possibilitando-lhe o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Esse valor guarda correspondência com as gerações futuras e não deve ser comprometido por condutas inconsequentes.

É indispensável a complementação entre as normas internas de um Estado e as normas internacionais que tutelam os Direitos Humanos, buscando definir o que seja bem jurídico a ser protegido por todo o arcabouço normativo, em especial, a valoração de quais bens devem ser tutelados pelo Direito Penal, evitando-se o desrespeito e punindo-se condutas violadoras da dignidade do indivíduo.

Antes de adentrar no capítulo que analisa, de forma mais acurada, a complementariedade das normas nacionais e internacionais que tutelam os Direitos Humanos, indispensável abordar a entrada no ordenamento jurídico brasileiro desse instrumento que é o tratado, em especial, os que dizem respeito aos Direitos Humanos, a recepção destes e as consequências jurídicas da adesão.

2.3 A RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O processo de formação dos tratados internacionais para integração ao ordenamento jurídico brasileiro exige procedimento baseado em ato complexo com integração da vontade do Presidente da República, que o celebra, e do Congresso Nacional, que o aprova.

Assim, após a negociação, o tratado é assinado pelo chefe do Poder Executivo mediante competência privativa estipulada no artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988. Esse único ato, porém, não faz com que o tratado internacional produza efeitos jurídicos, mas tão somente expressa uma aprovação política, uma obrigação moral em cumprir o texto assinado.

Após a assinatura, o Presidente da República deve enviar o texto do tratado para apreciação e aprovação pelo Congresso Nacional, o qual tem

competência exclusiva para tanto, conforme assertiva do artigo 49, inciso I, da Constituição.

Na sequência, aprovado o tratado pelo Congresso Nacional mediante decreto legislativo, o referido ato é novamente enviado ao Presidente da República para ratificação.

Como etapa final, o instrumento de ratificação deve ser depositado em órgão que assuma a sua custódia (ONU ou Organização dos Estados Americanos se for de âmbito regional interamericano).

A respeito dessa sistemática, Louis Henkin⁴⁷ afirma:

Com efeito, o poder de celebrar tratados como é concebido e como de fato opera é uma autêntica expressão do constitucionalismo; claramente ele estabelece a sistemática de 'checks and balances'. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente da República, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder.

Executadas todas essas etapas, o tratado está apto a produzir efeitos jurídicos, de forma que o Estado está obrigado a impedir atos que violem os objetivos e propósitos do ato.

Questão que se afigura indispensável trazer ao conhecimento é a das correntes Monista e Dualista, surgidas quando da discussão do embate entre a aplicabilidade do direito interno ou das normas do direito internacional.

A teoria Monista tem como reconhecida sua origem por William Blackstone (1723-1780) e no direito anglo-saxão, tendo daí se expandido a partir da Constituição norte-americana.⁴⁸

⁴⁷ HENKIN, Louis. *Constitutionalism, democracy and foreign affairs*. New York: Columbia University Press, 1990 apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 49-50.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

Por sua vez, a teoria Dualista é considerada atualmente superada, predominando a Monista, com a qual se compartilha, haja vista que esta sustenta a aplicação direta da norma internacional no ordenamento jurídico interno, sem ato de recepção.

Sintetizando a teoria Dualista, George Rodrigo Bandeira Galindo⁴⁹ explica:

Sob o prisma do dualismo, mesmo assente que o Direito Internacional e Direito Interno são totalmente separáveis, deve-se aplicar a norma interna em detrimento da norma internacional quando esta dispor [sic] diferentemente daquela.

George Rodrigo Bandeira Galindo⁵⁰, criticando o dualismo, que distingue tratado e costumes pela base voluntarista, leciona:

O voluntarismo em que se funda o dualismo é, indubitavelmente, questionável. Se no presente ainda há doutrinadores que o defendem sob outras bandeiras, é irônico perceber que, ao menos neste ponto, o apoio que encontrava o dualismo na realidade do século XIX e do primeiro quartel do século não mais existe diante da realidade atual.

O dualismo é insustentável, pois os sistemas de normas do Direito Internacional e do Direito Interno não podem ser diferentes e mutuamente independentes se ambas as normas forem consideradas como válidas em um mesmo tempo e espaço.

A realidade do sistema global e regional de proteção dos Direitos Humanos e a necessária integração e complementaridade entre os ordenamentos jurídicos para o fim de ampliar e tornar mais efetiva a proteção a estes direitos prova a inutilidade de ainda se discutir a teoria Dualista.

Dessa forma, reconhece-se que o monismo ajusta-se à realidade internacional e propicia a proteção mais efetiva dos Direitos Humanos, e nisso se baseia a sua superioridade.

⁴⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de Direitos Humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 27.

⁵⁰ *Ibid*, p. 34.

Significativo, porém, é o critério de solução para aplicação da norma que mais favoreça a vítima, em proteção aos direitos humanos.⁵¹

Eugenio Raúl Zaffaroni et al.⁵² mencionam dois interessantes exemplos da realidade brasileira para destacar a celeuma instaurada em virtude da dificuldade da aplicação da lei internacional.

O primeiro deles refere-se à disposição inserta na Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, § 2º. No ano de 1992, o Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a qual contém norma que conflita com a Carta Magna no que concerne à prisão civil. Isso porque, enquanto a Convenção permite apenas a prisão na hipótese de dívida alimentícia, o texto constitucional admite além desta, a prisão do depositário infiel.

A questão foi posta sob apreciação da Suprema Corte, tendo sido firmado o entendimento de que deve vigorar o texto constitucional, ainda que frontalmente contrário à disposição expressa da Convenção Americana, tendo por fundamento aludida decisão a “[...] Soberania do estado-povo na elaboração de sua Constituição.”⁵³

⁵¹ Apoiando a proteção dos direitos humanos como critério a ser adotado Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam: “E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política [sic] do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como colorário [sic] da própria garantia da dignidade da pessoa humana.” MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007, p. 662.

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

⁵³ STF, HC n. 73.044/SP, rel. min. Maurício Correa, j. 01/03/1996, DJ 05/06/1995. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1, p. 340.

Insta ressaltar que esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi revisto por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, rel. min. Cezar Peluso, 03/12/2008, Tribunal Pleno, DJE 5/6/2009; e do Recurso Extraordinário n. 349.703/RS⁵⁴, rel. min. Carlos Ayres Britto, 03/12/2008, Tribunal Pleno, DJE 5/6/2009. Assumindo postura mais adequada à realidade, voltada à proteção dos direitos humanos, a maioria dos Ministros concluiu que, diante da supremacia da norma constitucional que prevê a prisão civil do depositário infiel, não houve revogação pela adesão ao Pacto de San José da Costa Rica, que a proíbe, no entanto, a norma constitucional deixou de ter aplicabilidade em razão do efeito paralisante desse Tratado sobre as normas infraconstitucionais conflitantes com seu mandamento, decorrente do seu caráter supralegal.

Espera-se que haja nova evolução jurisprudencial no sentido de atribuir caráter constitucional a tais Tratados.

Outro exemplo refere-se ao duplo grau de jurisdição que a Convenção Americana considera como garantia judicial (art. 8º, inc. 2, al. “h”) e que, no ordenamento jurídico pátrio, é admitida circunstância que não comporta recurso ordinário, a exemplo das denominadas ações originárias.

⁵⁴ “Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu *habeas corpus* em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. Informativos 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de supralegalidade da referida Convenção, inicialmente defendida pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466343/SP, abaixo relatado. Vencidos, no ponto, os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que a ela davam a qualificação constitucional, perfilhando o entendimento expandido pelo primeiro no voto que proferira nesse recurso. O Min. Marco Aurélio, relativamente a essa questão, se absteve de pronunciamento. Na linha do entendimento acima fixado, o Tribunal, por maioria, desproveu recurso extraordinário no qual se discutia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: “Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.”) — v. Informativos 304, 449 e 498. Vencidos os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches, que davam provimento ao recurso.”

Nessa seara, instado a se manifestar, o Supremo decidiu que, não obstante a vigência da Convenção, em face da sua promulgação, o duplo grau de jurisdição não é considerado garantia constitucional.⁵⁵

Assim, muito embora a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro seja o monismo, constata-se na prática a dificuldade de implementação do comando dela exarado, o que aponta para a necessidade de constar de forma expressa na Constituição a inserção dos instrumentos internacionais dos direitos humanos, a exemplo do ocorrido na Argentina (art. 75, inciso XXII da Constituição de 1988), de forma a torná-la inconteste e assegurar a sua aplicabilidade.

Em assim agindo, afirmar-se-ia o conteúdo da Declaração Universal e demais instrumentos jurídicos internacionais, conferindo-lhes sentido jurídico e não meramente ético.

Ultrapassada tal questão, adentra-se à temática da hierarquia dos tratados internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, frise-se que os tratados internacionais que tratem sobre direitos de ordem econômica, financeira, ou seja, temática inserta na ordem privada na qual inclusive prevalece o princípio do *pacta sunt servanda* entre os signatários,⁵⁶ possuem hierarquia infraconstitucional, em especial pelo seu caráter comum de mero compromisso recíproco entre os Estados Partes.

Por outro lado, considerando-se o teor do disposto no artigo 5º, § 3º⁵⁷, inserido pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, os tratados e convenções internacionais que versem sobre Direitos Humanos e que forem

⁵⁵ STF, RHC n. 79.785/RJ, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 15/08/2000, DJ 30/08/2000; STJ, 1ª Turma, AIAGR n. 248.761/RJ, rel. min. Ilmar Galvão, j. 11/04/2000, DJ 23/06/2000; STJ, 6ª Turma, AgRg n. 1.073/RJ 1999/0012978-4, rel. min. Fernando Gonçalves, j. 24/05/1999, DJ 30/08/1999.

⁵⁶ Assim o artigo 27, da Convenção de Viena sobre os Tratados, dispõe que uma parte não poderá invocar as disposições do seu direito interno como justificção do descumprimento de um tratado. NAÇÕES UNIDAS. *Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)*. Durban, 2001. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/Declara%20c255eo%20e%20Plano%20de%20Ac255eo%20-%20Viena.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

⁵⁷ “Os Tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à constituição.”

objetos de procedimento formal exigido para aprovação das emendas, a estas se equivalem.

A título exemplificativo, menciona-se a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro tratado sobre Direitos Humanos assinado e aprovado pelo Congresso, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, mediante o procedimento previsto no citado § 3º e ratificada no ano de 2008 pelo Brasil e que, por isso, possui indiscutível hierarquia de Emenda Constitucional.

Quanto aos tratados que versam sobre Direitos Humanos aprovados sem o procedimento formal previsto nesse § 3º, entende-se que a antiga celeuma existente antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 permanece e que o assunto ainda comporta discussão teórica sobre sua hierarquia, mantendo-se, em tese, as quatro principais correntes doutrinárias anteriormente existentes: a) hierarquia supraconstitucional; b) hierarquia constitucional; c) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; d) paridade hierárquica entre o tratado e lei federal ou ordinária.⁵⁸

A corrente que adota a posição de hierarquia constitucional sustenta que para tais tratados, deve-se considerar o disposto no artigo 5º, § 2º, do texto Constitucional que prevê: “[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Flávia Piovesan⁵⁹, Antonio Augusto Cançado Trindade⁶⁰, José Joaquim Gomes Canotilho⁶¹, entre outros, defendem que o dispositivo mencionado inclui,

⁵⁸ Tal tese foi inicialmente sustentada pelo STF em 1977, em matéria referente a tema comercial, porém foi sendo reiterada para demais áreas, como no julgamento de Habeas Corpus n. 72.131/RJ, rel. min. Marco Aurélio, j. 22/11/1995, Tribunal Pleno, DJ 20/09/1996, sobre prisão civil por dívida de depositário infiel, em votação não unânime. Doutrinariamente, a tese é defendida também por Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior. ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶⁰ “É alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.” TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília, DF: Ed. da Universidade de Brasília, 2000, p. 631.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

dentre os direitos constitucionais, os demais Direitos Humanos protegidos por tratados internacionais, adquirindo dessa forma hierarquia de norma constitucional.⁶²

Sustentam tal posicionamento sob justificativa de ser o mais adequado à interpretação sistemática, que busca a máxima efetividade e teleológica do texto, conferindo força ampliativa aos valores da dignidade humana e aos direitos fundamentais, parâmetros axiológicos que orientam o fenômeno constitucional, reforçam suas alegações acrescentando a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.⁶³

Nesse sentido, Flávia Piovesan⁶⁴ afirma:

A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo dos direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional [...].

Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado “bloco de constitucionalidade”, densificando a regra constitucional positivada no artigo 5º, § 2º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.⁶⁵

Para Flávia Piovesan⁶⁶ e demais doutrinadores que sempre defenderam a tese da hierarquia constitucional, o Brasil adotou um sistema misto disciplinador dos tratados: um regime aplicável aos tratados de Direitos Humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Aqueles, por força do artigo 5º, § 2º, apresentam hierarquia constitucional e, estes, apresentam hierarquia infraconstitucional.

⁶² Nesse sentido foi o voto vencido do min. Celso de Mello lido no dia 12 de março de 2008 no Pleno do Supremo Tribunal Federal, no HC n. 87.585/TO e RE n. 466.343/SP, ao reconhecer o valor constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

⁶³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶⁴ Ibid., p. 107.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

Entre os doutrinadores adeptos dessa posição, convém mencionar o conceituado Lenio Luiz Streck⁶⁷, para quem também inexiste dúvida da natureza constitucional dos tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, pela mesma fundamentação já exposta.

A tese da hierarquia supraconstitucional, consoante destacado pelo voto do rel. min. Cezar Peluso no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, que tem como Recorrente o Banco Bradesco S/A e recorrido, L. C. S., em que consistiu objeto de discussão a inconstitucionalidade da prisão civil em contrato de alienação fiduciária e, por consequência, aludido tipo de prisão em face dos tratados internacionais de Direitos Humanos, tem como grande defensor em termos de Direito Comparado o doutrinador Gérman J. Bidart Campos⁶⁸, para quem o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve estar acima da Constituição.

Perante a legislação pátria, o destaque realizado pelo Ministro é do doutrinador Celso de Albuquerque Mello, no Recurso Extraordinário 466.343-1/SP⁶⁹, que sustenta a posição de superioridade dos tratados de Direitos Humanos em face das normas constitucionais.

A despeito de esposar o entendimento de que a discussão a respeito do tema foi esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu a disposição contida no artigo 5º, § 3º, Gilmar Mendes sustenta que tal alteração, embora aponte para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais, é uma declaração eloquente de que os tratados de Direitos Humanos ratificados antes dessa mudança, e não submetidos

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.* O Seu Portal Jurídico, 2007a. Disponível em <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=66&Itemid=40>. Acesso: 23 mar. 2011.

⁶⁸ “Si para nuestro tema atendemos al derecho internacional de los derechos humanos (tratados, pactos, convenciones, etc., con un plexo global, o con normativa sobre un fragmento o parcialidad) decimos que em tal supuesto el derecho internacional contractual está por encima de la Constitución.” BIDART CAMPOS, Gérman J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

⁶⁹ “Entre nós, Celso de Albuquerque Mello é um exemplar defensor da preponderância dos tratados internacionais de Direitos Humanos em relação às normas constitucionais, que não teriam, no seu entender, poderes revogatórios em relação às normas internacionais. Em outros termos, nem mesmo emenda constitucional teria o condão de suprimir a normativa internacional subscrita pelo Estado em tema de Direitos Humanos.”

ao processo legislativo especial, não podem ser equiparados às normas constitucionais.⁷⁰

A corrente doutrinária que defende a tese da hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, dos tratados internacionais dos Direitos Humanos têm como um de seus maiores expoentes o doutrinador Sepúlveda Pertence (RHC n. 79.785/RJ), que pugna pela defesa da internacionalização dos Direitos Humanos e, se necessário, aplicação de normas internacionais, sem ferir a Constituição, mesmo contrárias às leis ordinárias, desde que as complementem, especificando ou ampliando as garantias nelas constantes.

Atualmente, obtém a adesão da maioria dos Ministros da Corte Suprema do Brasil, sendo também defendida pelo Constitucionalista e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, a teoria que sustenta que, embora os tratados que versem sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, seriam infraconstitucionais, mas com caráter de supralegalidade, têm posição privilegiada em relação aos demais atos normativos.⁷¹

Nesse diapasão, importante o paradigma da Alemanha, em termos de direito comparado, que *prima facie* sustenta posição idêntica.⁷²

A par dessa sustentação teórica, Gilmar Mendes aponta para uma alternativa, qual seja, a submissão do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, e demais tratados que versem sobre Direitos Humanos ao procedimento especial de aprovação explicitado no artigo 5º, § 3º, da Constituição, consoante alteração introduzida no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o que asseguraria a todos esses instrumentos o *status* de Emenda Constitucional.⁷³

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007.

⁷¹ Ibid.

⁷² Artigo 25 da Constituição da Alemanha: “As normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional.” Ibid., p. 666.

⁷³ Ibid.

Embora a celeuma da recepção dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro esteja resolvida para o futuro, a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, ressalva-se que, em relação aos tratados e convenções de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil ou que não atendam ao quórum qualificado exigido ou mesmo ao procedimento formal previsto na mencionada Emenda, compartilha-se do entendimento de que estes possuem *status* constitucional, que lhes é assegurado por força do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Esposa-se o entendimento de que a visão que se deve ter dos Direitos Humanos é a da máxima efetividade, não se sustentando direcionamento restritivo sobre temática que vise salvaguardar direitos e valores imprescindíveis para a afirmação do ser humano, que possibilite seu desenvolvimento e que assegure a preservação de sua dignidade.

Essa é a perspectiva com que são elaborados os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, de forma a possibilitar um diálogo entre as diversas culturas jurídicas sempre numa visão maior de defesa e inclusão do ser humano.

Com base no princípio mencionado, da máxima efetividade⁷⁴, há que se concluir pela força normativa dos tratados internacionais assinados pela República Federativa do Brasil, mormente quando envolvem matéria referente a Direitos Humanos, independente de terem sido firmados mediante o mesmo procedimento das emendas constitucionais ou de forma simples. Dada a relevância do conteúdo, esses tratados devem ser considerados materialmente constitucionais, importando no reconhecimento de que também emitem mandados de criminalização para o Estado que o ratifica.

⁷⁴ “Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê, a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação.” MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Isso equivale a dizer que, diante do compromisso internacional firmado pelo Estado, por meio de um tratado, este deve efetivar a proteção ao bem tutelado disponibilizando todo um aparato normativo para sua proteção, inclusive no âmbito penal, se necessário.

Entretantes, a perspectiva de criminalização de certas condutas provoca a inevitável discussão doutrinária sobre quais bens devam ser tutelados por meio do Direito Penal, diante do entendimento contemporâneo de que a incidência deste deva ser a *ultima ratio*, e dos princípios que vigoram em um Estado Democrático de Direito, em especial, o da intervenção mínima do Direito Penal, considerado, entre outros aspectos, a política criminal quanto ao resultado positivo de se tipificar certas condutas. Para enfrentamento de tal questão, imprescindível a abordagem sobre a temática “bem jurídico-penal”, ainda que superficial, uma vez que também não se constitui o tema central do presente trabalho.

3 BEM JURÍDICO-PENAL

O bem jurídico a ser tutelado deve obrigatoriamente envolver valores e bens importantes para uma sociedade e implicar indispensável danosidade social.

3.1 BREVE HISTÓRICO

O conceito de bem jurídico-penal é atribuído a Johann Michael Franz Birnbaum (1792-1877), em 1834. Entretanto, apontam alguns doutrinadores que as raízes desse conceito estão presentes no período do iluminismo criminal, cujas bases sedimentaram o moderno Direito Penal, tendo surgido como reação ao arbítrio da justiça criminal, presente no período anterior, conhecido como Ilustração. Muitos defendiam esses pensamentos, como: Cesare Bonesana (1738-1794), conhecido como Marquês de Beccaria; Charles de Montesquieu (1689-1755); e Francesco Carrara (1805-1888).⁷⁵

Nessa fase, procurava-se estabelecer limites ao *ius puniendi*, com a determinação do que era considerado crime, e definir um conceito material de delito, possibilitando o surgimento de um enfoque mais humanista do Direito Penal. Já nesse período, havia a ideia de que deveriam ser afastadas as condutas afetas apenas ao campo da moral e as que não acarretassem dano direto a uma pessoa ou à República.

Crime era, então, tudo aquilo que implicasse uma lesão a um direito subjetivo do indivíduo ou da comunidade.

⁷⁵ ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *As transformações do direito penal clássico*. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 3, n. 3, p. 1-10, out. 2007. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Revista/7/02.pdf>>. Acesso: 22 mar. 2011.

Em Portugal, Pascoal José de Melo Freire (1738-1798), o Marquês de Pombal foi um dos mais importantes defensores do iluminismo criminal, influenciado pelo pensamento de Beccaria⁷⁶.

Para Pascoal José de Melo Freire, segundo Maria da Conceição Ferreira da Cunha⁷⁷, o conceito de delito refletia o pensamento iluminista, advindo de um dano para a sociedade ou para os indivíduos. Assim, o delito era o fato ilícito espontaneamente cometido contra a sanção das leis, prejudicial à sociedade ou aos indivíduos, pelo qual se incorria na obrigação de, se possível, reparar o dano e sofrer uma pena.

Direito subjetivo, danosidade social e necessidade da pena constituíram-se como pressupostos iluministas de crime. Aludidos requisitos estavam fundados nos princípios vigorantes da época, contratualismo, individualismo, racionalismo, utilitarismo, legalismo-garantismo, codificação e secularização.

Constatam-se aqui reflexos do pensamento de John Locke (1632-1704), na formulação da teoria do contrato social, na qual o pensador sustentava que havia delegação dos homens de parte do seu poder e direito ao Estado para fins exclusivos de organização da sociedade. Por essa visão, estaria justificado o direito de punir. Tal ideia foi também compartilhada por Beccaria, Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach (1775-1833) e Pascoal José de Melo Freire, de acordo com Maria da Conceição Ferreira da Cunha⁷⁸.

O conceito de crime para o Iluminismo era uma visão excessivamente individualista, embora se reconheça a importância desse período que impôs ao Estado o respeito devido aos direitos do homem.

⁷⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Porto, 1995.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

Maria da Conceição Ferreira da Cunha⁷⁹ ressalta que, para Beccaria (1763), cuja concepção liberal de bem jurídico era de todos conhecida, o direito de punir estava fundado na

[...] necessidade de defender o depósito da saúde pública das usurpações particulares; e tanto mais justas são as penas, quanto mais sagrada e inviolável é a segurança, e maior a liberdade, que o soberano conserva aos súbditos.

Esse pensamento propiciou o surgimento do movimento denominado racionalismo jusnaturalista, que, segundo Renato de Mello Jorge Silveira⁸⁰, teve como principais idealizadores “Feuerbach e Birnbaum, na Alemanha, e Rossi, Carmignani e Carrara, na Itália [...]”.

O doutrinador Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, em *Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland Gültigen Peinlichen Rechts* (1801)⁸¹, segundo Manuel da Costa Andrade⁸², estabeleceu diferenciação entre o ilícito criminal e o policial, constituindo-se ainda objeto de suas preocupações a distinção do Direito e da moral. Para ele, o crime consistia sempre na violação de um direito subjetivo do cidadão ou do próprio Estado.

Outra importante divisão estabelecida pelo doutrinador residia no afastamento da influência dos conceitos teológicos, deixando o delito de ofender a Deus e passando a constituir uma agressão contra a sociedade.

⁷⁹ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Porto, 1995, p. 30.

⁸⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3), p. 24.

⁸¹ Tradução para o castelhano da 14ª edição alemã: *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania* (1847).

⁸² ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 2, n. 1, p. 173-205, 1992.

Para o referido doutrinador, crime consistia em ação que contrariava o direito de outrem. O enfoque dado foi para a defesa da liberdade, ancorando-se na concepção crítica de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, para quem a ideia de crime era vista como lesão de direitos subjetivos, sendo o Estado defensor da liberdade, distinguindo-se direito e moral.⁸³

Ocorre que, por vezes, havia ocorrências que não consistiam em lesão a direitos subjetivos e, não obstante, eram punidas sob o argumento de defesa da ordem e seguridade social, de que resultaram críticas que lhe foram formuladas.

Destaca ainda Renato de Mello Jorge Silveira⁸⁴ o pensamento de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), em cujo entendimento o “Direito é a expressão da vontade racional, vontade esta que é livre, considerando que a base do Direito estaria na racionalidade e na liberdade [...]”.

O pensamento subsequente foi influenciado por Immanuel Kant, fazendo surgir a denominada Escola Clássica, período que abrangeu desde Beccaria até a metade do século XIX, com diretriz iluminista, sustentando como principais ideais a proporcionalidade da pena ao delito, a natureza da pessoa humana criminoso e a função retributiva do Direito.

O período conhecido como Restauração, tendo como marco a derrota de Napoleão, redirecionou a temática para o princípio monárquico, vindo o Direito a ser tido como uma criação histórica. Destaca-se nesse período a Escola Histórica de Direito, tendo como expoente, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861).

O Estado de Restauração implanta novo pensamento, o qual fundamenta a ideia de bem jurídico prevalecente nos tempos atuais, afastando a de direito subjetivo. Essa concepção, que tem destaque na pessoa de Johann Michael Franz Birnbaum (1792-1877), trouxe consigo retrocesso, pois entendia que era possível punir condutas que atentassem contra a religião e moral vigentes. Assim:

⁸³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1991.

⁸⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3), p. 24.

[...] “bem” não era mais do que um objeto valorado pelo próprio Estado, aparecendo, pois, como um instrumento deste Estado, que levaria a permissão de incriminação de toda a conduta que pudesse perturbar as novas condições sociais que se delineavam na Restauração.⁸⁵

Rudolph von Ihering (1818-1892), de certa forma, alicerçou a posição defendida por Johann Michael Franz Birnbaum, esposando o entendimento de que a pena visava a assegurar as condições da vida da sociedade, afirmando que os sujeitos jurídicos eram titulares de direitos. Graças a tais formulações foi possível a classificação de delitos não individuais.

Em seguida, segundo Renato de Mello Jorge Silveira⁸⁶, surgiu a Escola Positivista, notadamente marcada por pensamento determinista, que em dado momento sustentava a existência de pessoas cujas características hereditárias o direcionavam para a prática delitiva. A exemplo disso, cita-se Cesare Lombroso (1835-1909), famoso representante dessa corrente.

Complementa Renato de Mello Jorge Silveira⁸⁷, que, para Karl Ludwig Lorenz Binding (1841-1920), um dos adeptos dessa Escola, o Direito Penal era representado por normas, extraídas da lei penal. A contribuição deste doutrinador é considerada relevante para a construção do entendimento de bem jurídico, dado que não estabelece diferenciação entre os individuais e coletivos, desde que erigido pelo legislador como tal.

Outra vertente da Escola Positivista foi a defendida por Franz von Liszt (1851-1919) para quem o fator determinante na definição de bem jurídico era a proteção assegurada pelo Estado, afirmando que a noção de bem jurídico advinha de uma formulação humana, protegida pelo Direito.

⁸⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3), p. 40.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

A Revolução Burguesa propiciou o surgimento de uma nova classe social, que passou a contestar as verdades estabelecidas e a retomar os ideais iluministas propagandeados por Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, o que, sob nova roupagem, passou a ser conhecido como neokantismo.

O século XX trouxe consigo um viés espiritualista para o Direito Penal e uma normatização do bem jurídico-penal. Essa fase teve início com Richard Honig (1890-1981), sendo correto afirmar que há uma valoração do aspecto teleológico do conceito.

Por sua vez, na Alemanha de 1902, a Escola de Kiel representou o pensamento autoritário nazi-facista, que apregoava o Direito Penal nacional-socialista, oposto ao pensamento liberal de Weimar, de 1919.

Após esse período, houve um crescente movimento no sentido de limitar o poder punitivo do Estado, surgindo as teorias sociológicas e as constitucionais.

Afirma Renato de Mello Jorge Silveira⁸⁸, que as teorias sociológicas têm como expoentes Knut Amelung, Winfried Hassemer e Jürgen Habermas.

Complementa o autor, que Knut Amelung, sob a influência de Talcott Edgar Frederick Parsons (1902-1979) e Niklas Luhmann (1927-1998), destacou o caráter de danosidade social de bem jurídico, caracterizado por todos os elementos que contribuem para uma vida saudável. Para Knut Amelung, a pessoa só conta enquanto elemento integrante da sociedade.

Para Winfried Hassemer, afirma Renato de Mello Jorge Silveira⁸⁹, o poder punitivo do Estado somente se justificava diante da perspectiva de danosidade social, com ênfase do bem jurídico fundada numa visão político-criminal. Winfried Hassemer e Knut Amelung retomaram as diretrizes estabelecidas por Franz von Liszt.

⁸⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3).

⁸⁹ Ibid.

Por sua vez, Jürgen Habermas transportou para o âmbito penal sua conhecida teoria do consenso, o que a seu ver, iria lhe conferir a legitimidade necessária, ainda que não presente em um momento inicial, mas presente a possibilidade de ser invocado.⁹⁰

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira⁹¹ as teorias sociológicas não foram capazes de dar respostas satisfatórias a algumas indagações, como por exemplo, a motivação de criminalizar algumas condutas e outras não. Esposa o supracitado autor que:

As teorias socialistas não chegaram a formular um conceito material de bem jurídico capaz de bem delinear e explicitar o que vem a ser lesionado com uma conduta delitativa, bem como, responder, de modo convincente, por que uma dada sociedade vem a criminalizar determinados comportamentos e outras não.

Nesse discurrir histórico, chega-se às teorias constitucionais, representadas por Clauss Roxin e Hans-Joachim Rudolphi (1934-2009).

O primeiro, Clauss Roxin, em 1964, lançou os alicerces do que viria a se constituir em limite do poder punitivo do Estado, a Constituição Federal, no que foi acompanhado por Hans-Joachim Rudolphi, para quem os valores referenciais de uma sociedade tinham valoração constitucional, que iriam se constituir nos parâmetros para a proteção ao bem jurídico.

Após essa rápida incursão histórica, verifica-se que cada pensamento e/ou corrente doutrinária teve sua contribuição para a construção do Direito Penal e para a construção do conceito contemporâneo de Direito Penal.

Por sua vez, se o liberalismo proporcionou as conquistas dos bens jurídicos, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito⁹² acrescentaram valor

⁹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3).

⁹¹ *Ibid.*, p. 50.

⁹² “[...] la clave de una definición explicativa del Estado de Derecho reside em demostrar la estrecha correlación existente entre sua componente ideológica, que genéricamente se identifica com la lucha por la justicia, y su estructura técnico-formal, cuyo principal objetivo es la creación de um clima de seguridad jurídica em el desarrollo de la actividad estatal.” LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 249.

qualitativo na distribuição da categoria desses bens. Assim, tornou-se possível a proteção dos bens jurídicos a partir daquilo que se convencionou chamar de princípio da proibição de proteção deficiente (ou insuficiente, como também é chamada).⁹³

3.2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL

Passa-se a abordar o conceito de bem jurídico-penal para melhor compreensão de quais bens são relevantes tutelar por meio do Direito Penal, a fim de levar a termo o compromisso assumido em nível de tratado internacional de Direitos Humanos.

Para tanto, mister expor as principais correntes doutrinárias acerca da temática, que envolve necessariamente compreender a função do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

Luiz Regis Prado⁹⁴ reconhece que o pensamento jurídico moderno está radicado no sentido de ser função primordial do Direito Penal tutelar bens jurídicos tidos como essenciais ao homem e à sociedade, notadamente guiado pelo princípio fundamental da dignidade do homem.

No mesmo sentido é o escólio de Márcia Dometila Lima de Carvalho⁹⁵, acrescentando que o bem jurídico amparado pela norma penal deve ser cotejado com os valores constitucionais de maior relevância, pois o Direito Penal não pode estar distanciado daqueles valores escolhidos para tutela pela Constituição.

A doutrina brasileira domina o entendimento de que a função do Direito Penal consiste na proteção de bens jurídicos fundamentais.⁹⁶

⁹³ STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

⁹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁹⁵ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Imperioso, contudo, compreender melhor o que vem a ser bem jurídico-penal. Jorge de Figueiredo Dias⁹⁷ revela que a noção de bem jurídico é fundamental para o Direito Penal, mas não pôde até hoje ser determinada com segurança capaz de convertê-la em conceito fechado, e talvez jamais venha a ser. Isso porque essa definição depende das condições sociais, econômicas e culturais e dos valores de cada sociedade num dado momento histórico.

É cediço que os valores vão sofrendo variações e que estas vão influenciando no entendimento do que seja considerado crime em face do fator evolutivo, próprio da essência humana.

Afere-se que o conceito de delito não é absoluto face à inexistência de uma referência valorativa única e imutável.

O Direito Penal é um dos ramos do Direito que mais sofre as influências das modificações sociais e valores de uma sociedade, tendo de acompanhar esta evolução, sob pena de perder sua legitimidade.⁹⁸

Assim, o que é entendido por crime depende dos valores éticos e sociais vigorantes em determinado momento histórico, político e social, consoante alhures mencionado.

É certo que há uma tendência de diminuir tanto quanto possível a intervenção penal. Daí resulta a importância da temática que envolve a dimensão axiológica de bem jurídico, tendo em vista que esta, mais do que uma discussão meramente acadêmica, importa pela repercussão jurídica e seus reflexos na vida político-social da comunidade por dizer respeito aos bens mais valiosos do cidadão, tais como vida, liberdade, honra, integridade física dentre outros.

⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁹⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Porto, 1995.

A necessidade de uma definição do que seja bem jurídico-penal, a par da dificuldade de elaboração de um conceito, é de suma importância para o Direito Penal, eis que sua ausência pode ter o condão de tornar este materialmente injusto e eticamente intolerável. Nesse sentido, o escólio de Miguel Polaino Navarrete⁹⁹: “[...] por ‘bem’ deve-se ter o valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada ao Direito Penal.”

A relevância da definição de bem jurídico-penal mostra-se relevante também pelo fato de que para que seja exercida a tutela dos bens que são importantes para determinada sociedade por meio do Direito Penal, tem de haver a necessária previsão legal de pena para as hipóteses de violação destes.

Conforme anteriormente dito, a conceituação de bem jurídico comporta controvérsia e períodos cíclicos, com evoluções de concepções e retorno a visões que se consideravam superadas.

Para Hans Welzel¹⁰⁰, na esteira do entendimento de Franz von Liszt, bem jurídico tem um significado social, entendendo-se como tal aquele que seja de fundamental importância para a comunidade ou para o indivíduo protegido pelo ordenamento jurídico.

Já Hans-Heinrich Jescheck¹⁰¹ sustenta que bem jurídico é todo bem que seja imprescindível para a convivência humana, razão pela qual o Estado deve protegê-lo por meio do poder coercitivo.

Claus Roxin¹⁰², por sua vez, entre os bens a serem tutelados, inclui os pertencentes à comunidade, esposando o entendimento de que o conceito material do delito deva ser anterior ao Código Penal e fundado na Constituição, de forma que bem jurídico deve ser todo aquele que mereça ser protegido pelo Estado.

⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico em derecho penal*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974 apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3), p. 53.

¹⁰⁰ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Juridica de Chile, 1997 apud Ibid.

¹⁰¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal: parte general*. Tradução de José Luiz Manzanares Samiego. Granada: Comares, 1993 apud Ibid.

¹⁰² ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997 apud Ibid.

Já o conceito de bem jurídico-penal numa visão contemporânea deve ter como referência um Estado de Direito que seja material, democrático e social, sendo que as novas realidades sociais são fundamentais na determinação dos Bens Jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal.

Por essa visão, com a qual se compartilha, a proteção dos Bens Jurídicos deve se ater aos bens mais essenciais.

É cediço que o Direito Penal, tendo como fundamento a proteção do bem jurídico, oferece critério material extremamente importante para confecção dos tipos penais, permitindo distinguir conduta ilícita que importe ao Direito Penal daquela que não lesa a qualquer bem jurídico ou de simples atitude interior da pessoa.¹⁰³

Conclusiva é a definição de Maria da Conceição Ferreira da Cunha¹⁰⁴, que assim conceitua bem jurídico: “Bem fundamental para determinada comunidade que só possa ser eficazmente protegido através de intervenção penal.”

Na realidade, bem jurídico-penal é apenas o padrão crítico insubstituível e irrenunciável com o qual se deve aferir a legitimação da função do Direito Penal no caso concreto.¹⁰⁵

Com efeito, a natureza constitucional do bem jurídico é que vai definir a possibilidade ou não de sua tutela. Nesse passo, a Constituição de 1988, promulgada em plena sociedade de risco, no poente do século XX, foi pródiga em elencar Bens Jurídicos que merecem adequada proteção.

¹⁰³ COBO DEL ROSAL, Manoel; VIVES ANTÓN, Tomás, S. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

¹⁰⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Porto, 1995, p. 65.

¹⁰⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Oportuna, nesse sentido, a referência ao pensamento de Franz von Liszt¹⁰⁶, para quem o direito existe para o homem e tem por objeto a defesa dos interesses da vida humana. E assim o é, que o Estado, a comunidade e todas as Instituições foram criadas e aperfeiçoadas em função do ser humano, devendo ser este o ponto de partida e de chegada.¹⁰⁷

Ratificando a assertiva realizada, relevante é a menção de Maria da Conceição Ferreira da Cunha¹⁰⁸:

O fato de o atual Código Penal começar com os crimes contra as pessoas esta sistematização exprime uma opção valorativa: 'Ela é reveladora, entre outras coisas, do lugar que se concede ao homem no mundo normativo, princípio que obteve clara consagração constitucional [...] ela representa a dignidade da pessoa, mas não significa o menoscabo dos interesses e valores que o Estado assume e sintetiza em determinado momento histórico'.¹⁰⁹

Consoante anteriormente afirmado, o pensamento predominante na sociedade contemporânea, que se define como democrática e plural e que por opção escolheu o Estado Democrático de Direito, é ser o Direito Penal *ultima ratio*, cabendo-lhe a proteção dos Bens Jurídicos fundamentais, que digam respeito à personalidade do ser humano, atendendo desta feita ao comando constitucional.

Percebe-se assim que a intervenção via Direito Penal só deverá ocorrer quando absolutamente indispensável, quando inexistente outra forma eficaz de proteção do bem jurídico violado, devendo aludida intervenção apresentar-se idônea e apta a proteger àquele.

¹⁰⁶ VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. 2 v.

¹⁰⁷ CORREIA, Eduardo. Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal: parte geral. Lisboa: Ministério da Justiça, 1966, v. 2 apud CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Porto, 1995.

¹⁰⁸ Ibid., p. 24.

¹⁰⁹ Preâmbulo do Código, ponto 19, *in fine*; salientando também este aspecto com referência às mesmas passagens. ROCHA, Manuel António Lopes. A parte especial do novo Código Penal: alguns aspectos inovadores. In: *O novo Código Penal português e legislação complementar*. Lisboa: Petrony, 1993 apud Ibid.

Dessa forma, vai se delineando a ideia de que o bem jurídico deve obrigatoriamente envolver valores e bens importantes para uma sociedade e implicar conseqüente danosidade social.

Interessante ainda mencionar que, para alguns autores, a verificação do que vem a ser bem jurídico passa pela análise da relação de disponibilidade entre um objeto e seu titular, sendo que o direito penal vem a tutelar algumas condutas que violam tal relação.

Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹¹⁰ conceituam bem jurídico penalmente tutelado como sendo “[...] a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.”

Continuando suas explanações, os autores trazem exemplos dizendo que o bem jurídico não seria propriamente a honra, e sim o direito de dispor da própria honra; não seria propriamente a propriedade, mas o direito de dispor dos direitos patrimoniais.

Assim, o direito penal sanciona o indivíduo que queira impedir o titular de dispor de sua honra ou de seu patrimônio, ou seja, a ordem jurídica penal protege não a coisa em si mesma, e sim a relação de disponibilidade entre a coisa e seu titular. Dessa forma, vem a ser os “[...] direitos que temos a dispor de certos objetos.”¹¹¹

Importante ainda ressaltar as considerações efetivadas pelos autores no sentido de que as concepções de bem jurídico dizem respeito às teorias do tipo e do delito e que correspondem à forma de Estado adotada, se de um Estado autoritário ou de Estado de Direito.

Na concepção de Estado Democrático de Direito, há a vigência de um direito personalista, afastando-se a concepção jurídica transpersonalista.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIRANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 462.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 463.

Essa formulação sofre crítica no sentido de que da maneira como é formulada há uma redução da definição de bem jurídico, restringindo-se apenas à disponibilidade, a que os autores mencionados respondem que a busca é pela garantia de “condições externas de liberdade”.¹¹²

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli¹¹³ ainda ressaltam que não se pode confundir disposição com “faculdade de destruição”. Explicam os autores que a disponibilidade deve ser entendida como faculdade de usar de uma coisa e, dessa forma, afastam crítica muito frequente de que há bens jurídicos que não são “disponíveis”, como a vida e o Estado.

Assim, um bem jurídico é afetado toda vez que essa relação de disponibilidade entre a coisa e seu titular é atingida por uma conduta, sendo que o direito penal proíbe algumas dessas condutas.

De grande valia trazer o conceito de bem jurídico formulado por Luís Filipe Maksoud Greco¹¹⁴: “Definimos bem jurídico como dado necessário para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência de um sistema social [...]”.

A tutela dos Direitos Humanos ocorre, na maioria das vezes, por meio do Direito Penal. André de Carvalho Ramos¹¹⁵ explica que isso acontece porque estes correspondem a um conjunto de regras que objetivam a satisfação de direitos subjetivos voltados aos indivíduos.

André de Carvalho Ramos¹¹⁶ sustenta posição de que a proteção jurídico-penal dos Direitos Humanos impõe-se como corolário lógico do caráter emancipatório e universal destes:

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIRANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 464.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ GRECO, Luís Filipe Maksoud. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004, p. 111.

¹¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 62, p. 9-55, 2006.

¹¹⁶ Ibid., p. 23.

Não é vingança ou retribuição, mas sim o desejo de implementação dos Direitos Humanos como vetor de tolerância e respeito, uma vez que a tutela penal dos Direitos Humanos aplica-se diretamente no cotidiano de pessoas vulneráveis a inúmeros abusos e violações.

Nesse diapasão, invoca-se o precedente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que no conhecido caso sobre o aborto, datado de 28 de maio 1993 (BVerfGE 88, 203), reafirmou o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais por meio da tutela penal e seu apego à alegada tese da proibição de insuficiência.¹¹⁷

Em emblemática decisão, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha firmou posição no sentido de que o Estado deve usar medidas suficientes nos planos normativo e factual que levem a uma tutela adequada e efetiva, combinando elementos de tutela preventiva e repressiva.¹¹⁸

Comentando a respeito do raciocínio que se pôde extrair da supracitada decisão do Tribunal alemão, Luciano Feldens¹¹⁹ conclui:

[...] o espaço de atuação do legislador estaria estreitados por dois limites: pela proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, bem como pela proibição da proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado, sendo que se deve extrair da proibição da proteção excessiva a medida máxima e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se a zona da discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida mínima e a medida máxima. [grifado].

Nesse mesmo sentido são as palavras de Lenio Luiz Streck¹²⁰:

[...] Com efeito, a partir do papel assumido pelo Estado e pelo direito no Estado Democrático de Direito, o direito penal deve (sempre) ser examinado também a partir de um garantismo positivo, isto é,

¹¹⁷ MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 110.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. O Seu Portal Jurídico, 2007a. Disponível em <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=66&Itemid=40>. Acesso: 23 mar. 2011, p. 5.

devemos nos indagar acerca do dever de proteção de determinados bens fundamentais através do direito penal.

Isto significa dizer que, quando o legislador não realiza essa proteção via direito penal, é cabível a utilização da cláusula “proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) [...]”.

Por ser a proteção da vida humana uma tarefa elementar do Estado, a proibição de insuficiência também não permite que simplesmente se desista do uso do meio Direito Penal e do efeito que dele parte (Bverfge 88, 203, decisão de 28.05.1993).¹²¹

3.3 BEM JURÍDICO DIFUSO E COLETIVO

Do modelo constitucional brasileiro, adotado a partir de 1988, é possível extrair um novo perfil para o Direito Penal, sendo facilmente perceptível ante a referência constitucional da necessidade de proteção de certos bens e valores.

A Constituição Federal, além de impor limites ao legislador ordinário na escolha dos bens jurídicos penais, impõe ao legislador penal a obrigação de incriminar a ofensa de determinados bens jurídicos ou determina a exclusão de benefícios, ou até mesmo a espécie de pena a ser aplicada em certos crimes. Os comandos de criminalização inseridos na Carta Constitucional de 1988 são extremamente fartos.¹²²

Do estudo dos indícios formais axiológico-normativos constitucionalizados surge evidente a ampliação da esfera de intervenção estatal penal, não só pela recorrente presença de indicações do direito penal expressas na Carta Magna, bem como pela ampliação de rol de bens que foram colocados no plano constitucional e que, em razão disso, podem, com legitimação constitucional, ser tutelados penalmente.

¹²¹ MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

¹²² LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

Basta ver, por exemplo, nesse sentido, as disposições contidas nos seguintes incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: XLI (prevê punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais); XLII (prevê a criminalização do racismo e veda a fiança e a prescrição a este crime); XLIII (dispõe sobre a inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia a uma série de crimes); XLIV (prevê a inafiançabilidade e a imprescritibilidade de crime de ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

As normas mencionadas traduzem uma opção da Constituição, antecipando-se ao legislador ordinário ao valorar determinados bens jurídicos, encargo tradicionalmente realizado pelo legislador infraconstitucional.

Tal aconteceu em razão do momento histórico vivenciado durante a elaboração da Constituição, quando o Brasil saía de duas décadas de ditadura militar, havendo o desejo da sociedade de evitar a volta do período de exceção e soprando os ares da redemocratização sobre a Assembleia Nacional Constituinte. Assim, os constituintes elaboraram a Constituição com comandos que determinavam a punição criminal de condutas que atentassem contra direitos e garantias individuais e contra o regime democrático.

Outra opção dos deputados constituintes, quando da elaboração da atual Constituição, foi a estrutura da sociedade e a economia do nosso País, culminando em fazer com que a Constituição determinasse punição rigorosa à prática do racismo, do tráfico de entorpecentes e dos crimes hediondos como forma de ressaltar a resposta que a nossa sociedade democrática deve dar a tais condutas.

O quadro daquele momento da história brasileira, calcado em uma avassaladora desigualdade social e econômica, também é a razão para as determinações constantes dos artigos 225, § 3º, e 227, § 4º, da Constituição Federal vigente, com a seguinte redação:

Art. 225.

§ 3.º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 227.

§ 4.º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

A proteção ao meio ambiente, à infância e juventude é considerada interesse difuso, que merece atenção especial em face dos abusos do poder econômico e dos desequilíbrios sociais de nossa atualidade. Também o futuro da sociedade é protegido, com a preservação ambiental para as gerações vindouras e com a tutela da criança e do adolescente vistos como pessoas em desenvolvimento e que serão os futuros cidadãos do País. Então, a importância desses interesses para a sociedade fez com que a Constituição determinasse a proteção criminal.

Importante mencionar o conceito de interesses difusos e coletivos trazido por José Marcelo Menezes Vigliar¹²³:

Pode-se afirmar, então, que difusos são os interesses em que os titulares não são passíveis de, previamente, ser determinados, tampouco podem ser determináveis; encontram-se unidos por meras circunstâncias de fato, ainda que não muito precisas.

Coletivos, ao seu turno, são os interesses que compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos determinável de pessoas, dizendo respeito a um grupo, classe ou categoria de indivíduos ligados por uma mesma relação jurídica-base e não apenas por meras circunstâncias fáticas.

O critério pelo qual são impostas as obrigações constitucionais não é outro senão a relevância do bem jurídico, que se traduz na necessidade da sua tutela penal.

Ratificando a relevância de se assegurar valores coletivos pela Constituição Federal, José Marcelo Menezes Vigliar¹²⁴ afirma que, desse modo, tais interesses “podem receber uma tutela mais eficaz”.

É preciso considerar, ainda, que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol de bens elevados a tal categoria em relação aos textos constitucionais anteriores, especialmente no referente à ordem social, o qual praticamente somente abriga disposições tutelares de bens não individuais.

¹²³ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: 2001, p. 71 e 76.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 186.

Claus Roxin¹²⁵ sustenta que a defesa dos bens jurídicos não pode se restringir aos de caráter individual, mas abranger os de caráter geral, sendo que estes somente serão resguardados quando universais e com amplo reconhecimento social.

A tutela desses interesses não individuais garante a proteção de bens jurídicos difusos, que devem ter adequada proteção penal, pois encontram mandados de criminalização explícitos ou implícitos na Constituição Federal.

Tornando a sociedade de risco, momento atual que vivenciamos, é forçoso reconhecer que a modernidade das relações humanas implica necessidade da proteção de interesses difusos e coletivos, visando coibir, por exemplo, os denominados crimes de plástico.

Como leciona Antonio Carlos da Ponte¹²⁶, ao explicar o que seriam crimes de plástico:

São condutas que apresentam um particular interesse em determinada época ou estágio da sociedade organizada, de acordo com as necessidades políticas do momento, tal como ocorre atualmente nos crimes contra as relações de consumo, os crimes contra o meio ambiente, os delitos informáticos, etc. A criminalidade que atenta contra interesses difusos e coletivos, que exige atuação de um Direito Penal supra-individual, é o grande desafio do Mundo Contemporâneo.

A modernidade da sociedade, com sua complexidade e o incremento dos riscos, acarreta a necessidade de o Direito Penal, com assento na Constituição, transcender ao individualismo para reconhecer a importância da tutela do sistema social, pois, no tecido social, os membros de uma sociedade se desenvolvem e se realizam como indivíduos, considerados na sua plenitude e respeitada sua dignidade.

¹²⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹²⁶ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

A mudança do Direito Penal se dá em função das transformações pelas quais passa o mundo, cujo desenvolvimento propiciou o surgimento de novos riscos advindos dos avanços tecnológicos, acarretando um inexorável aumento do direito repressivo, para o fim de fazer frente a esses novos riscos.

Dessa forma, surgem os interesses difusos, cuja tutela não pode ser negada pelo Direito Penal e que, devido às singularidades que os caracterizam, merecem uma forma diferenciada de proteção, com regras distintas das até então adotadas pela doutrina tradicional para a defesa dos direitos individuais abarcada por um Direito Penal contemporâneo com novas fórmulas penais, como por exemplo, normas penais em branco e a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Nem todos os riscos advindos da modernização são conhecidos, pois à medida que esta avança, outros vão se apresentando e, de conformidade com o princípio da intervenção mínima, nem sempre o Direito Penal se apresenta como a solução ideal, razão pela qual, mesmo nas hipóteses dos bens difusos e coletivos ou supra-individuais, o Direito Penal deve incidir quando estritamente necessário, não se olvidando da defesa dos direitos fundamentais.

Importa ainda destacar que a sociedade contemporânea apresenta diversas formas de novas lesões, produzindo vítimas coletivas ou difusas, as quais não se confundem necessariamente com o prejudicado, e que a complexidade dessa nova sociedade produz insegurança, constituindo-se em seu traço mais marcante.

Questão de relevo nessa conjuntura é a dos crimes de perigo, antes uma exceção. Entrementes, surge a indagação de como tutelar os direitos difusos ou coletivos se a tipificação de perigo abstrato não se apresenta satisfatória.

A reflexão de Winfried Hassener¹²⁷ é oportuna no sentido de que

¹²⁷ HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*. Traducción de Patricia S. Ziffer. *Doctrina Penal*, 1989 apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3), p. 31-32.

[...] quem pugna pela aceitação da necessidade de proteção ampla de bens coletivos corre o risco de aceitar o Direito Penal, não como última, senão como a primeira ou *unica ratio* de proteção dos bens jurídicos.

Se esse não é o caminho que se deseja perfilhar, a proteção dos interesses difusos e coletivos deve ser efetivada, quando realmente necessária, sem se olvidar dos limites impostos de respeito aos direitos e garantias individuais, quando incidente o Direito Penal.

Conclui Renato de Mello Jorge Silveira¹²⁸:

É preciso um olhar em direção à problemática dos interesses difusos perante o Direito Penal, avaliando-se, ainda, a questão constitucional, sua reprovabilidade, sua relevância criminal, bem como os caminhos de um Direito do porvir. Com isso, há de pretender-se melhor entendimento sobre a forma pela qual os interessados difusos serão protegidos na sociedade do amanhã.

Não se trata de abandonar a tutela dos interesses individuais, mas apenas que o Direito Penal deve estender sua proteção a interesses menos individuais, porém de grande importância para amplos setores da população, para uma efetiva tutela dos denominados bem jurídicos universais.¹²⁹

Necessário, ademais, haver uma ponderação entre os direitos fundamentais individuais e os interesses transindividuais que se quer proteger, a fim de se encontrar o equilíbrio e a plausibilidade, ainda que isto acarrete certa limitação de direitos fundamentais ante a necessidade de proteção do interesse de toda a sociedade, a exemplo da minimização do direito à intimidade mediante a realização de interceptações telefônicas diante dos crimes organizados.

Reafirmando a necessidade desse equilíbrio, Luiz Regis Prado e Bruna Azevedo de Castro¹³⁰ afirmam:

¹²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3), p. 34.

¹²⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte geral*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

¹³⁰ PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo. O crime organizado no ordenamento jurídico brasileiro: algumas considerações críticas. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 17., Brasília, DF, 2008. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 1.467-1.496. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/07_1414.pdf>. Acesso em 12 ago. 2011, p. 1.482.

Não obstante, a substituição do sistema clássico de responsabilização deve ser analisada com cautela, pois pode implicar desnecessário rechaço a garantias individuais e um recrudescimento exacerbado e muitas vezes ineficaz do Direito Penal.

Oportuno mencionar o pensamento de Winfried Hassemer¹³¹, que defende a existência de uma segurança pública pragmática, que envolve garantias penais e constitucionais, voltada para os problemas internos da população, efetuando as correções que se mostrarem necessárias e levando em conta os efeitos colaterais não desejados, porém necessariamente causados, a fim de que, diante das mitigações de direitos fundamentais, estas estejam legitimadas mediante a comprovação das contraprestações positivas para a sociedade.

Nesse sentido, pontua-se a necessidade de uma intervenção equilibrada na tutela penal dos interesses difusos:

Socialmente necessária, a penalização de condutas ofensivas a interesses difusos deve abranger áreas onde outras modalidades de trato jurídico se mostrem ineficazes. Deve ser ela necessária, mostrando-se funcional e imprescindível. Assim, todo cuidado deve ser tomado quanto à semelhante tutela.

A regra geral a ser seguida deverá ser sempre a de se evitar, ao máximo, a difusão de delitos de perigo abstrato, à exceção de momento em que isso seja preciso.¹³²

Nesse ponto, por necessário, retorna-se à ideia da imprescindibilidade do Direito Penal para proteção dos valores fundamentais para o homem conviver em sociedade.

Defende-se, por conseguinte, a concepção dualista de bem jurídico (entre os adeptos estão Klaus Tiedemann¹³³ e Jorge de Figueiredo Dias¹³⁴), que reconhece a existência de bens jurídicos tantos individuais como coletivos. Refuta-se, pois, a

¹³¹ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, 1994.

¹³² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3), p. 205-206.

¹³³ TIEDEMANN, Klaus. *Temas de derecho penal econômico y ambiental*. Lima: Idemsa, 1999.

¹³⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

concepção monista, encabeçada por autores como Winfried Hassemer¹³⁵, que prega a existência de bem jurídico tutelável tão somente do ponto de vista individual e a inexistência de bem jurídico quando se referir à coletividade de forma abstrata.¹³⁶ Por esta última concepção, haveria dificuldade em reconhecer o meio ambiente como bem jurídico coletivo e tutelável.

O Direito Penal deve servir a um modelo de Estado. A legitimidade criminalizadora está ligada à proteção de valores constitucionais, porém a modernidade acabou por trazer a necessidade de a tutela jurisdicional não mais ser condizente com modelos arcaicos, que acabam por trazer frustração à sociedade, pois desvinculados com a preocupação constitucional, deságuam em profunda desilusão com a Justiça. Isso pode trazer, como consequência final, o nascimento de um Estado paralelo, com a criminalidade organizada como viés principal.¹³⁷

E, havendo previsão constitucional para a proteção do homem, considerado na sua dignidade, evidente que a proteção adequada ao homem deve abranger condutas de elevado status constitucional, capazes de atingir os interesses difusos que são protegidos pela Constituição, os quais necessitam da proteção do Direito Penal.

Por consequência, nesta sociedade de risco em que se vive, o Direito Penal simbólico já não é mais eficiente e necessita ser rediscutido.¹³⁸

¹³⁵ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, 1994.

¹³⁶ “Veremos que, ao contrário do que defende a teoria monista pessoal, quanto menos um bem jurídico se deixar referir a indivíduos, menos problemático ele será. Pouco importa que nenhum interesse individual seja afetado pela conduta do particular que em segredo gratifica o funcionário público para que este realize, já depois do expediente, ato vinculado a que o particular tinha de qualquer forma direito, mas que só seria praticado bem depois. Ou seja: temos de partir de uma teoria dualista do bem jurídico.” GRECO, Luís Filipe Maksoud. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004, p. 369.

¹³⁷ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

¹³⁸ “A mera construção de novos tipos penais, ou ainda, um simples endurecer penal, além de propiciar uma falsa ilusão de resolução dos problemas sociais, acaba por desvirtuar o sistema por completo. Não é compatível nem com a dogmática moderna, nem com os princípios e garantias assegurados pelo Estado Democrático de Direito.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 170.

3.4 BEM JURÍDICO-PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A análise do bem jurídico-penal passa necessariamente pela compreensão da ciência do Direito Penal e de sua função em um estado democrático de direito, que é bem diversa da que se tem em um estado autoritário ou policial, como modernamente se denomina.

Assim, Direito Penal é hodiernamente conceituado como

[...] Ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito.¹³⁹

O elemento diferenciador do Estado de Direito é a submissão de todos à lei, enquanto o Estado de polícia é a subordinação dos cidadãos àqueles que estão no poder.

Existe divergência na doutrina, uma vez que há aqueles que sustentam a inexistência de estado de direito perfeito, mas de estados de direito que são eficientes em conter os estados de polícia nele inseridos.¹⁴⁰

Registra-se que existência de imperfeições é que possibilita a ausência de vínculo substancial, diferentemente do que ocorre no Estado Absoluto, em que as normas são geradas sem contrariedade.

A par da controvérsia, constata-se que um Estado de Direito é mais ou menos eficiente na medida de sua capacidade em promover a paz social e solucionar os conflitos e, para tanto, necessita selecionar as condutas penalizantes através de processo que se denomina de criminalização e que se desenvolve em duas etapas, primária e secundária.

¹³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

¹⁴⁰ *ibid.*

A criminalização primária é efetivada pelas denominadas agências políticas (parlamentos) e pela secundária, que nada mais é do que um programa definido por aquela e que é executado por pessoas que compõem as estruturas do sistema penal (policiais, promotores, juízes, advogados, agentes penitenciários).

Há uma crítica formulada a ser mencionada, ainda que superficialmente, pela pertinência, no sentido de que hodiernamente a outrora ideologia da segurança nacional foi substituída pela da segurança cidadã, na qual predomina um poder das agências policiais sobre as agências políticas, com um perigoso discurso vindicativo e ameaça o estado de direito, haja vista o risco em transformá-lo em estado de polícia.

O predomínio da ideologia da segurança conduz a um inexorável “[...] aprofundar sem limite algum o que o poder punitivo provoca inexoravelmente, que é a debilitação dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia) e o reforço dos verticais (autoridade, disciplina) [...]”¹⁴¹

Essa visão possibilita um discurso político de cunho populista, que induz a um equivocado enfrentamento da problemática de forma simplista e emotiva que se utiliza da repressão e do sistema penal como instrumento para solução dos graves problemas sociais.

É a legitimação do denominado discurso de lei e ordem que expõe as contradições do sistema penal, e que induz a um enfraquecimento do estado de direito e fortalecimento do estado policial. Assim:

Do ponto de vista do saber (ou da ciência jurídica) é inegável que uma disciplina que se nutre de dados falsos, de ficções e, particularmente, de uma causalidade social inverídica, demonstra estar sofrendo uma grave crise, que é muito mais patente quando o exercício do poder, cujo discurso pretende legitimar, caiu em insolúveis contradições com a ordem de coexistência à qual aspiram os discursos político-jurídicos. Um saber em crise e politicamente perigoso e não tem muito futuro. Numa perspectiva de política específica da área jurídica, não existem razões para sustentar um discurso que não é útil ao exercício direto do poder por parte dos operadores jurídicos e cuja estratégia de poder (através do próprio discurso) vai, celeremente, sofrendo erosão devido ao seu próprio

¹⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

artificialismo (que alimenta o ceticismo a seu respeito) e também devido à concorrência que lhe impõe outro discurso, intensamente veiculado, de baixíssimo nível de elaboração (proselitista e midiático).¹⁴²

Consoante anteriormente mencionado, estado de polícia é aquele cujo fator determinante é a decisão do governante, por ele incorporar o saber, enquanto que no estado de direito predomina o acatamento da lei, pressupondo princípio de igualdade e o interesse da maioria, sem descurar da minoria, a par de sofrer evolução e retrocesso.

Importante ressaltar que o estado de direito e de polícia coexistem, embora nas ditas sociedades formalmente democráticas, sendo determinante a forma como se encara o exercício do poder, se objetiva deter e reforçar o poder arbitrário ou se busca limitar aludido poder, em especial, o punitivo.

Dessa forma, a função do Direito Penal em um estado de direito será a de impor maior limite ao poder punitivo, enquanto no estado de polícia a função é de amplitude deste, correspondente a uma visão de direito penal autoritário.

Para Claus Roxin¹⁴³, a intervenção penal só se justifica se proceder de uma função social, haja vista que a função do Direito Penal “[...] consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura [...]”.

É certo que, desde a elaboração do contrato social, os integrantes da sociedade relegam para o legislador o mister da intervenção penal quando não for possível a solução por outros meios, com o objetivo de obter a proteção do Estado para fins de convivência pacífica e livre, constituindo-se esta a base do Estado Democrático de Direito, que busca ainda resguardar os direitos humanos.

A internacionalização dos Direitos Humanos e sua inserção no ordenamento jurídico tem sido um exemplo positivo da consolidação do estado de direito.

¹⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1, p. 76.

¹⁴³ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 16.

O Direito Penal pode ser uma função garantidora ou supressora de limites e isto é o que vai caracterizar um estado como de direito ou de polícia.

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara¹⁴⁴, ao fazer referência ao jurista espanhol Ignacio Berdugo Gomes de La Torre, menciona que os direitos humanos se constituem em “[...] critério político-criminal fundamental, no âmbito de um Estado Democrático de Direito [...]”.

Outro elemento importante para tal distinção de modelos de estado é o conceito de segurança que pode vir a considerar o direito das pessoas ou apenas a autoridade do estado, fortalecendo ou enfraquecendo o estado de direito.

Exemplo histórico da utilização do direito penal em um estado de polícia foi o oriundo da Escola de Kiel, nacional-socialismo, para o qual o direito penal representava uma decisão política.

A Constituição Federal de 1988 fez clara opção pelo estado de direito, de modo que se pode afirmar que esta influenciou de forma determinante a incidência do direito penal.

Para Luciano Feldeman¹⁴⁵, perfaz-se uma migração do Estado abstencionista para o Estado Social e Democrático de Direito, de forma a operar “[...] a incorporação constitucional de normas que estabelecem um dever de prestação normativa em matéria penal [...]”.

Reproduz aludido doutrinador a ideia compartilhada com o jurista espanhol Antonio Enrique Pérez Luño¹⁴⁶ de que os direitos fundamentais se constituem em elementos estruturantes de toda sociedade democrática.

¹⁴⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153-194, p. 158.

¹⁴⁵ FELDENS, Luciano. A conformação Constitucional do Direito Penal. In: WÜNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229, p. 209.

¹⁴⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 51.

Nesse diapasão, a supremacia da Constituição tem como reflexo a expansão de sua normatividade a todos os órgãos do Estado, o que viria a relativizar visão até então predominante da lei como diretriz maior, uma vez que esta não se constituiu obstáculo para o surgimento e consolidação de Estados autoritários fundados que, embora amparados na legalidade, foram violadores da dignidade humana e supressores de direitos e garantias individuais.

Escorreito afirmar que toda lei encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal e no Direito Penal, assim como todas as demais ciências devem ter uma atuação de “conformação formal e material à Constituição”.¹⁴⁷

Os limites do Direito Penal são evidentes no que concerne a restrição de criminalização de condutas, face o caráter fragmentário e subsidiário deste e ao entendimento prevalente em um Estado Democrático de Direito de sua incidência como a *ultima ratio*.

Claus Roxin¹⁴⁸ entende que bem jurídico engloba as condições para uma igual e livre convivência, incluindo-se nesta as instituições estatais que objetivem esse fim, tais como uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção.

Acrescenta ainda que o bem jurídico não requer “realidade material”, a exemplo dos direitos fundamentais e humanos e da liberdade religiosa, conceituando-o na seguinte formulação:

Podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.¹⁴⁹

¹⁴⁷ FELDENS, Luciano. A conformação Constitucional do Direito Penal. In: WÜNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229, p. 211.

¹⁴⁸ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 18-19.

Dessa forma, a Constituição se funda no elemento determinante na escolha de bens jurídicos, vinculando, de forma indissociável, a Constituição e o Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Nesse modelo de Estado, o princípio que o orienta é o da Centralidade da Pessoa Humana, o primeiro e último fim, um Direito Penal garantidor da dignidade humana.¹⁵⁰

3.5 BEM JURÍDICO-PENAL E CONSTITUIÇÃO

Firma-se a posição de que a conduta para ser incriminada deve obrigatoriamente atingir, de forma grave, um bem jurídico-penal, cuja exigência de tipificação constitui-se corolário lógico.

A questão que se apresenta é qual o parâmetro utilizado para se definir que bem seja imprescindível.

Numa concepção de Estado Democrático de Direito, a referência é a Constituição Federal, instrumento jurídico máximo a reger as relações jurídico-político e social de uma determinada comunidade, devendo orientar quais os bens merecedores da tutela penal. Nesse sentido:

Somente tendo como ponto de partida a concepção representada pelas teorias constitucionais, pode-se aspirar à individualização, ainda que aproximada, dos concretos objetos de tutela que efetivamente constituem os fundamentos de uma estrutura social em um momento histórico determinado.¹⁵¹

Lenio Luiz Streck¹⁵² sustenta importante ideia de que a compreensão que se tem da noção de Constituição é que vai conferir a orientação do processo de

¹⁵⁰ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

¹⁵¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. O Seu Portal Jurídico, 2007a. Disponível em <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=66&Itemid=40>. Acesso: 23 mar. 2011, p. 1.

interpretação dos textos que compõem o sistema constitucional, uma vez que aquela se constitui em “fundamento de validade de todo o sistema jurídico” e que, de acordo com a interpretação, se adequada ou não, é que advirá uma consequência efetiva:

[...] Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca-nos à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que poderemos dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo. Mais do que isso, é do sentido que temos de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema.

Prossegue Lenio Luiz Streck¹⁵³:

[...] E sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica -, de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) é que exsurgirá a sua (in) efetividade.

A Constituição na qual estão insertas as questões mais relevantes, postas de forma consensual, parece ser o instrumento mais adequado para orientar o legislador penal dos fatos a criminalizar. Nesse sentido:

[...] Surgiu nestes últimos decênios o que se pode definir como um processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais. É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes [...].¹⁵⁴

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. O Seu Portal Jurídico, 2007a. Disponível em <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=66&Itemid=40>. Acesso: 23 mar. 2011, p. 3.

¹⁵⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, p. 172.

Para Jesús María Silva Sánchez¹⁵⁵, o bem jurídico para receber a proteção do Direito Penal deve sofrer uma danosidade social tal que atinja sua importância, que decorre de uma “construção constitucional”.

No Brasil, predominam as teorias constitucionalistas de bem jurídico. Objetivam estas a imposição de limites ao legislador ordinário no tocante à criação do ilícito penal, tendo a norma Constitucional como parâmetro. Não obstante, não há uma satisfatória definição de bens jurídicos penais, sendo que para tanto devem ser respondidas questões fundamentais: Qual o fim da pena e qual a legitimação do poder punitivo do Estado? As respostas a tais indagações estão umbilicalmente ligadas com o tipo de sociedade, a forma de Estado e as finalidades que este eleja a luz dos dispositivos constitucionais em vigor.

A legitimação do poder punitivo do Estado já permeou discussão no âmbito tanto filosófico, quanto no jurídico, buscando-se razão plausível que pudesse servir de justificativa moral para sua imposição.

Dessa busca, debatem-se duas principais correntes, a utilitarista e a retributiva.

Para a primeira, sua finalidade é ordenada para futuro, constituindo-se em mal menor do que os prejuízos sociais decorrentes da ação delituosa:

[...] Para o utilitarismo, uma pena é justificada se e somente se: a) ela é um meio eficaz para evitar a ocorrência de certos males; b) ela é um necessário, no sentido de que não há outra forma menos prejudicial para evitar esses males; e c) o prejuízo que ela acarreta ao seu destinatário (e, por ser esse um membro da sociedade, à sociedade em conjunto) é menor que os prejuízos que a sociedade sofreria se a pena não fosse aplicada.¹⁵⁶

¹⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 7), p. 432.

¹⁵⁶ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 2010, p. 504.

Já para a corrente retributiva, representada por Immanuel Kant, em *Principios Metafísicos del Derecho* (1873), segundo Cezar Roberto Bitencourt¹⁵⁷, a pena tem sua justificativa na prática de um delito, que se constitui em uma afronta à ordem jurídica constituída, de tal sorte que o Direito Penal deve ser utilizado para a proteção da pessoa humana, quando essa afronta atinge bens mais graves que digam respeito ao ser humano, à coletividade e às Instituições.

Compartilha-se do entendimento da doutrina que sustenta que são os bens jurídicos que vão definir a vinculação entre a Constituição e o Direito Penal e a ideia da Constituição como limite material ao Direito Penal. Nesse sentido:

[...] São os bens jurídicos, portanto, muito especialmente quando atraídos pela nota de fundamentalidade, a realidade prático-normativa que estabelece as pontes de vinculação entre a Constituição e o Direito Penal.¹⁵⁸

Portanto, não há como dissociar a ideia de bem jurídico-penal e Constituição, pois é nela que estão previstos e assegurados os direitos fundamentais, dentre eles, os Direitos Humanos, os quais limitam a escolha do bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.¹⁵⁹

É a Constituição que servirá de parâmetro para a criminalização de condutas, devendo esta ocorrer somente quando houver violação a um bem jurídico de referência constitucional de modo a merecer a tutela penal.¹⁶⁰

¹⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁵⁸ FELDENS, Luciano. A conformação Constitucional do Direito Penal. In: WÜNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229, p. 212.

¹⁵⁹ “A estreita ligação ocorre a partir do momento em que os direitos fundamentais passam a ser o limite para a escolha dos bens jurídicos penais protegidos pelo Estado Democrático de direito, tornando-se paradigma para o mínimo abrigo constitucional [...]”. STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

¹⁶⁰ “É indiscutível a tendência, tanto quanto sedutora a ideia, de visualizar a Constituição como fonte exclusiva de validade das normas penais incriminadoras. Importante parcela da doutrina internacional vem aderindo a essa concepção para sustentar que a incidência do Direito Penal haveria de verificar-se ali, e tão-somente ali, onde se pudesse vislumbrar ofensa a um bem jurídico de referência constitucional. FELDENS, Luciano, op. cit., 2008, p. 218.

Defende-se a ideia de que os tratados internacionais dos quais o Estado Brasileiro é signatário, inseridos no ordenamento jurídico, em consonância com os ditames da Constituição, aprovados ou não pelo procedimento previsto no artigo 5º, § 3º¹⁶¹, da Constituição Federal de 1988, ao prever a defesa de novos direitos fundamentais, também servem de parâmetro para a eleição e proteção de um bem jurídico individual ou coletivo, mediante a tutela proporcional do Direito Penal.

Tal ocorre porque, independentemente da origem e da hierarquia, ao tratar sobre a temática de Direitos Humanos, a norma deve servir de parâmetro para a tutela penal, já que o fim maior é a defesa da dignidade da pessoa humana e, nesse norte, devem ser superadas barreiras meramente formais, procedimentais, tudo para se alcançar o bem maior e interesse da sociedade.

O sistema jurídico deve evoluir nesse sentido, desde que respeitados os princípios constitucionais e penais e garantida a proteção da dignidade da pessoa humana, a qual se configura núcleo essencial que informa e estrutura o Estado Democrático de Direito, como seu fundamento.¹⁶²

Por outro lado, em sendo direito fundamental, resta vedada ao Estado a proteção deficiente da dignidade da pessoa humana, da liberdade e todos os direitos fundamentais previstos expressa e implicitamente na Constituição Federal vigente.

Acerca da proibição da proteção deficiente, Luciano Feldens¹⁶³ ensina:

As medidas tutelares tomadas pelo legislador no cumprimento de seu dever prestacional no campo dos direitos fundamentais deveriam ser suficientes para oportunizar proteção adequada e eficaz, bem como estar assentadas em averiguações cuidados dos fatos relevantes e avaliações argumentativamente justificáveis.

¹⁶¹ “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

¹⁶² Maria Luiza Schäfer Streck, explicitando a respeito do que denominou “face oculta dos direitos fundamentais”, diz que ao lado da proteção “negativa” do cidadão acusado do delito, deve o órgão julgador se atentar também para a necessidade de tutela do direito fundamental da vítima, tanto aquele previsto na Constituição quanto nos Tratados Internacionais, do contrário ocorrerá o que ela denomina de “proteção deficiente”. STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁶³ FELDENS, Luciano. A conformação Constitucional do Direito Penal. In: WÜNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229, p. 108.

Reconhece-se, portanto, nas normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, uma ordem de atuação ativa do Estado para sua proteção eficaz e adequada, em conformidade ao mandado da proporcionalidade¹⁶⁴, seja no campo das políticas públicas, seja no dever de prestação legislativa, significando a proibição da proteção deficiente, verdadeiro padrão mínimo, inclusive para o legislador penal.¹⁶⁵

Importante mencionar que os bens jurídicos são mutáveis, acompanhando o compasso dos denominados “fundamentos jurídicos constitucionais e das relações sociais” no dizer de Claus Roxin¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Neste mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet afirma: “Tudo somado, salta aos olhos que entre o extremo do abolicionismo desenfreado e um sistema de intervenção máxima na esfera penal, há de se lembrar constantemente que também o Estado Democrático de Direito (e, portanto, o sistema jurídico estatal) haverá de atuar nos limites do necessário à consecução dos seus fins primordiais, entre os quais assume destaque a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana de todos os integrantes da comunidade.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência*. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza Nucci (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 99-151, p. 151.

¹⁶⁵ FELDENS, Luciano. *A conformação Constitucional do Direito Penal*. In: WÜNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229.

¹⁶⁶ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.

4 TEMAS CONTROVERSOS NO DIREITO PENAL

O presente trabalho visa abordar alguns temas passíveis de reflexões, dada à complexidade, especificidade e de grande relevância do Direito Penal. A proposta é fazer uma abordagem clara, crítica, polêmica de alguns dos principais e mais controvertidos assuntos da dogmática penal moderna.

Os temas aqui tratados foram escolhidos dentre aqueles que se consideram de maior relevância no Direito Penal, objetivando oferecer uma visão organizada dos mencionados assuntos.

4.1 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

A doutrina diverge sobre a possibilidade de responsabilização penal das pessoas jurídicas. A discussão reside na interpretação dos artigos 175, § 5º, e 225, § 3º, da vigente Constituição Federal com enfoque, especialmente, nos princípios da personalidade da pena e culpabilidade sob o paradigma da responsabilidade individual.

O artigo 175, § 5º, dispõe que:

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

E o mencionado artigo 225, § 3º:

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Os que advogam a responsabilidade penal da pessoa jurídica afirmam que o comando advém de uma opção política expressa no artigo 225, § 3º, sendo

que uma interpretação lógica e sistemática do artigo 175, § 5º, também permite concluir pela permissibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, em especial, quando se constata a realidade da “sociedade de risco” e da “produção em massa” em que vivemos, na qual se sobressai a criminalidade diferenciada, como delitos contra a ordem econômica, contra as relações de consumo etc.

Ademais, há que se considerar a existência de uma consciência social da pessoa jurídica levando em conta as consequências da realidade social da empresa e suas obrigações, o que permite aferir sua culpabilidade. Afastam-se, assim, argumentos do direito clássico, em especial aquele decorrente da Teoria da Ficção criada por Friedrich Carl von Savigny, em que a pessoa jurídica não possui personalidade real, sendo um ser irreal, puramente abstrato, não podendo praticar delitos.¹⁶⁷

Argumentos contrários à responsabilidade penal das pessoas jurídicas são encontrados entre diversos doutrinadores, com raízes romano-germânicas, afirmando a possibilidade de aplicação de sanções tão somente de caráter civil ou administrativo, dentre eles: Luiz Luisi¹⁶⁸, Luis Gracia Martín¹⁶⁹, Luiz Regis Prado¹⁷⁰, Cezar Roberto Bittencourt¹⁷¹, René Ariel Dotti¹⁷² e Antonio Carlos da Ponte¹⁷³, tendo como fundamento vários argumentos, como: ausência, para as pessoas jurídicas, das capacidades de ação, de culpabilidade e da personalidade da pena.

¹⁶⁷ TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 21-35, 1995.

¹⁶⁸ LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29-45.

¹⁶⁹ MARTÍN, Luis Gracia. La cuestion de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91-128.

¹⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 129-162..

¹⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁷² DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 163-201.

¹⁷³ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Sobre a capacidade de ação, afirma-se que a pessoa coletiva não tem consciência e vontade para autodeterminar sua conduta, o que advém obrigatoriamente do homem, faltando, portanto, o primeiro elemento do fato típico: incapacidade de culpabilidade na medida em que somente o homem possui juízo de censura, de reprovação de sua conduta. E por fim, incapacidade da personalidade da pena já que a pessoa jurídica não pode sentir a finalidade preventiva e repressiva da pena aplicada.

Sobre a incapacidade criminal da pessoa jurídica, René Ariel Dotti¹⁷⁴ afirma:

A pretensão de se incriminar as pessoas coletivas esbarra na impossibilidade de se conceber que uma empresa comercial, por exemplo, tenha possibilidade de forma a “consciência da ilicitude” da atividade que é desenvolvida pelos seus prepostos e servidores. Nem seria razoável formular-se um juízo de reprovabilidade penal pelo desempenho de uma instituição financeira.

É grande o número de doutrinadores contrários à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, apoiados na visão clássica da responsabilização individual. Nessa vertente, importa mencionar ainda o entendimento de Luiz Luisi¹⁷⁵:

Conclusivamente se pode afirmar não ser possível sustentar-se que a Constituição vigente tenha consagrado inquestionavelmente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, com o disposto da forma ‘obscura’ no parágrafo 3º do artigo 225. E, ainda, se se pudesse sustentar ser inequívoca a linguagem do texto legal acima mencionado, a presença na Constituição, como cláusula pétrea, dos princípios da pessoalidade da pena e da culpabilidade, tornariam [sic] sem possibilidade de eficácia o parágrafo referido do artigo 225 da Constituição Federal.

A par de tais ponderações que são importantes, nota-se, porém, que nos termos dos artigos supracitados, os Constituintes optaram por aceitar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o que, atualmente, torna-se indispensável dado o grande número de delitos cometidos em nome de empresas.

¹⁷⁴ DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 163-201, p. 185.

¹⁷⁵ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, p. 167-168.

Assim, autores como Paulo Affonso Lemes Machado¹⁷⁶, Édis Milaré¹⁷⁷, Fernando Antônio Nogueira Galvão¹⁷⁸, Roberto Moreira de Almeida¹⁷⁹ e José Afonso da Silva¹⁸⁰ reconhecem que a legislação brasileira estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Pela relevância das palavras, traz-se a afirmação de Édis Milaré¹⁸¹:

[...] não cabe mais, diante da expressa determinação legal, entrar no mérito da velha polêmica sobre a pertinência da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Melhor será exercitar e buscar os meios mais adequados para a efetiva implementação dos desígnios do legislador, pois, segundo advertência de Sctark, o jurista não pode esperar por um direito ideal. Ele deve trabalhar com o direito existente, em busca de soluções melhores.

A própria jurisprudência diverge quanto à temática, sendo que a questão de fundo discutida é o alargamento de conceitos tradicionais no direito penal, como por exemplo, a culpabilidade, para se admitir ou não a responsabilidade penal às pessoas jurídicas.

Contrária à responsabilidade tem-se: “O direito penal não acolhe a tese da responsabilidade penal da pessoa jurídica.”¹⁸²

O artigo 225, §3º, da Constituição da República de 1988 prevê esta responsabilidade. Contudo, não é suficiente a disciplina prevista nos artigos 21 a 24 da Lei n. 9.605/98. Tratando-se de uma nova modalidade de imputação de responsabilidade, seria preciso que normas materiais e processuais fossem dispostas, para que se efetivasse o devido processo legal.¹⁸³

¹⁷⁶ MACHADO, Paulo Affonso Lemes. *Direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁷⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina – jurisprudência – glossário*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁷⁸ ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁷⁹ ALMEIDA, Roberto Moreira. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: ROCHA, José Carlos de Carvalho; PARREIRAS FILHO, Tarcísio Humberto Henrique; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Política nacional do meio ambiente: 25 anos da Lei n. 6.938/1981*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 409-449.

¹⁸⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

¹⁸¹ MILARÉ, Édis, op. cit., 2011, p. 651.

¹⁸² TRF, 2ª Região, Ap. n. 200004010298319, 7ª Turma, rel. des. Fábio Bittencourt da Rosa, DJ 17/04/2002.

¹⁸³ TRF, 2ª Região, SER n. 201151090003241, 1ª Turma, rel. juiz Abel Gomes, DJ 24/11/2005.

Noutro norte, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA.

1. Admitida a responsabilização penal da pessoa jurídica, por força de sua previsão constitucional, requisita a *actio poenalis*, para a sua possibilidade, a imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato-crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*.
2. Excluída a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, o trancamento da ação penal, relativamente à pessoa jurídica, é de rigor.
3. Recurso provido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício.¹⁸⁴

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio.¹⁸⁵

Não obstante as críticas por parte de alguns doutrinadores nacionais, não se pode ignorar que o ordenamento jurídico brasileiro rompeu com o dogma que imperava no Direito Penal, segundo o qual só o ser humano poderia ser sujeito ativo de crime. Renato de Mello Jorge Silveira¹⁸⁶ bem elucida a questão:

Os problemas da moderna criminalidade, bem como as alterações por que tem passado o mundo nos últimos anos, impõem uma reflexão profunda. As criminalidades econômica e ecológica, o contrabando de drogas, as lesões constatadas em diversos consumidores por falhas em produtos industrializados são apenas algumas facetas da nova criminalidade relativa aos interesses difusos, a qual necessita de respostas outras, que não somente as tradicionais.

¹⁸⁴ STJ, REsp. n. 16.696/PR, rel. min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 09/02/2006, DJU 13/03/2006.

¹⁸⁵ STJ, REsp n. 889.528/SC, rel. min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 18/06/2007.

¹⁸⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3), p. 168.

No dizer de Sérgio Salomão Shecaira¹⁸⁷, deve-se reavaliar o conceito penal de ação e culpabilidade de forma a possibilitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. São suas as seguintes palavras:

Bem é de se lembrar que o conceito de culpabilidade é produto da correlação de forças existentes em um determinado momento histórico, o que faz com se possa definir o que é culpável e não culpável, e quem deva ser punido em face de sua culpa.

Afirmando que a necessidade de se aceitar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ganha terreno diante da necessidade urgente de respostas à nova criminalidade, cujo Direito Penal tradicional não consegue combater:

Ao se aceitar uma proteção penal aos interesses difusos, ainda que observador os atuais desenvolvimentos atingidos pela ciência penal, parece justificável uma aceitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Diversos países do mundo caminham nesse sentido.

A questão, assim, é se esta será a maneira mais acertada para a proteção dos novos interesses.¹⁸⁸

As alegadas barreiras que impedem a imputação penal às pessoas jurídicas como a incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades devem ser ultrapassadas por um Direito Penal contemporâneo que se ajuste à finalidade do texto constitucional, combatendo com eficácia os crimes socialmente relevantes como aqueles contrários à ordem econômica e ao meio ambiente.

4.2 TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional foi o último mecanismo jurídico surgido no campo do Direito Internacional Público, mais especificadamente no campo do Direito Internacional Penal.

¹⁸⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2002, p. 140.

¹⁸⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3), p. 168.

Sua criação em 1988 veio atender um reclamo da comunidade internacional no sentido de sancionar atos que violem a dignidade humana. Há um entendimento assente de que, nessas hipóteses, há um interesse maior que refoge ao âmbito da soberania dos Estados.

Posteriormente, Estados Unidos e Israel decidiram, na data de 31 de dezembro de 2000, assinar o tratado. Com a ocorrência dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos notificaram o Secretário-Geral das Nações Unidas da intenção de não mais tornar-se Parte no Tratado, no que foram seguidos por Israel.

É importante assinalar que não foram admitidas reservas ao Estatuto e que, de conformidade com o estatuído no artigo 123, o Secretário-Geral da ONU está autorizado a convocar uma Conferência de Revisão, que terá como principal incumbência a alteração de qualquer dispositivo do Estatuto.

O Estatuto de Roma, fonte normativa do Tribunal Penal Internacional, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Algumas disposições do Estatuto provocam indagações maiores, pelas suas consequências jurídicas, razão pela qual merecem uma abordagem mais específica.

A regra geral que predomina e orienta é da aceitação plena da jurisdição do Tribunal, quando o Estado se torna Parte.

Ainda que não seja parte no Estatuto, um Estado pode aceitar a jurisdição do Tribunal, conforme previsão do artigo 123:

A todo o momento ulterior, a requerimento de um Estado Parte e para os fins enunciados no parágrafo 1o, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, mediante aprovação da maioria dos Estados Partes, convocará uma Conferência de Revisão.

A jurisdição do Tribunal é restrita, pois o Tribunal Penal Internacional somente poderá exercer sua restrição nas hipóteses em que o Estado no qual tenha sido praticado o crime ou o Estado de que seja nacional a pessoa acusada de cometê-lo, seja parte no Estatuto, ou tenha a ele aderido.

Exceção dessa regra é a hipótese de o Conselho de Segurança da ONU, conforme previsão contida no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, tomar a iniciativa de pedir ao Procurador que instaure inquérito sobre fato definido como crime pelo Estatuto.¹⁸⁹

A jurisdição do Tribunal é complementar, ou seja, é imprescindível que seja demonstrado de forma preliminar que o Estado com jurisdição direta sobre o caso deixou de atuar ou, se atuou, o fez somente para dar um caráter de legitimidade a um resultado direcionado na fase inquisitorial ou judicial.

No tocante à retroatividade, vigoram as regras processuais atinentes de que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional somente atinge os casos ocorridos após a vigência do Estatuto em relação a esses Estados, excepcionando-se a situação em que o Estado expressamente consentir o exercício da jurisdição de forma retroativa.

O julgamento em que for proferida decisão de mérito, condenação ou absolvição, faz coisa julgada em relação ao próprio Tribunal e perante qualquer outro tribunal de Estado que for parte no Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388/2002).

É competente o Tribunal Penal Internacional para julgar os crimes que se caracterizarem ameaça à paz, à segurança e ao bem estar da humanidade: crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Consoante se constata, os crimes relacionados são aqueles cujos bens jurídicos tutelados são de grande magnitude, por atingirem de forma difusa a própria coletividade. No tocante ao crime de genocídio, aludido diploma menciona a figura da incitação direta e pública. Ressalta-se que nos crimes contra a humanidade, além dos definidos, resta a possibilidade de discricção pela Assembleia dos Estados Partes.

¹⁸⁹ NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. San Francisco, 1945. Não paginado. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2007.

Quanto ao extermínio, este é a sujeição intencional da vítima a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população. Ainda que a destruição seja parcial, responde o agente pela prática de crime consumado contra a humanidade.

Os elementos constitutivos do crime são os motivos políticos, raciais, nacionais, éticos, culturais, religiosos ou de gênero. Necessário pontuar a questão da insubmissão de determinados países à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o que constitui grande entrave do mecanismo deste ramo do direito internacional. Isso ocorre em decorrência de alguns fatos a seguir especificados:

Primeiro, a incompatibilidade de legislações nacionais com o Estatuto do Tribunal. Segundo, a não exclusão dos titulares de cargos políticos da jurisdição do Tribunal preterindo as imunidades do Presidente da República, dos Deputados, Senadores e dos membros do Governo. Terceiro, a possibilidade de entrega de pessoas, incluindo cidadãos, ao Tribunal, sendo certo que pelo menos a Constituição brasileira proíbe a extradição de brasileiros natos.

Há, ainda, a previsão de prisão perpétua (art. 77, I, "b" do Estatuto): "Pena de prisão perpétua, e o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem."

Previendo tais questionamentos que, porventura, poderiam impedir a eficácia do Tribunal Penal Internacional é que o Estatuto de Roma proibiu expressamente a possibilidade de sua ratificação ou adesão com reservas, nos termos do seu artigo 120.

Nesse sentido, são as palavras de Valerio de Oliveira Mazzuoli¹⁹⁰:

Andou bem o Estatuto, pois a possibilidade de aposição de reservas ao seu texto viola o objeto e a própria finalidade do tratado, que consiste em entregar à jurisdição do Tribunal os responsáveis pelos piores e mais bárbaros crimes cometidos no planeta.

¹⁹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 3), p. 58.

Ora, a adesão ao Estatuto de Roma é ato soberano do Estado que, ao ser realizado, reflete seu consentimento em se submeter ao controle da comunidade internacional e com isso colaborar para a eficácia das normas do aludido Direito. E eventual descumprimento das regras em momento posterior, não obstante a adesão com prévio conhecimento, vem sendo compreendido como má-fé do signatário.

Deve-se revisar e relativizar a tradicional noção de soberania dos Estados frente à imperiosa necessidade de proteção dos direitos humanos, bem como, utilizar-se de hermenêutica voltada para a necessária colaboração internacional entre os Estados Partes, somente assim haverá o necessário cumprimento das normas do Estatuto de Roma.

Para Flávia Piovesan¹⁹¹,

O reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica a noção de que a negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização do Estado violador. Isto é, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania estatal, introduzindo formas de responsabilização do Estado na arena internacional, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos humanos internacionalmente assegurados.

Esse é o norte para a solução dos aparentes conflitos aqui mencionados. A exclusão das imunidades consta no artigo 27, § 2º, do Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388/2002):

As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

Observa-se assim que o Tratado de Roma tratou com rigidez tal questão, devendo cada Estado Parte atuar para o cumprimento de suas normas que, com boa-fé se obrigou a cumprir.

¹⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

No que se refere aos institutos da entrega e extradição, não se pode tratá-los como sinônimos, o que afasta o questionamento acima. A entrega ocorre para um organismo internacional (Tribunal Penal Internacional) e nos termos do Estatuto de Roma (cooperação entre Estado e o próprio Tribunal), já a extradição ocorre para outro Estado Parte e nos termos de um tratado ou convenção que não o Estatuto de Roma (cooperação entre dois Estados soberanos).

A extradição conforme regras dispostas em comando constitucional regem-se pelo Princípio da Não-extradição, salvo os casos presentes no artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal de 1988. O que não se duvida é que a extradição de brasileiro nato se mostra inadmissível, em razão da interpretação das regras constitucionais.

Já com relação ao instituto da entrega, o qual se diferencia da extradição, admite-se sua ocorrência com relação aos brasileiros natos e naturalizados, já que uma vez comprometido o Brasil em sede internacional, por meio de tratado internacional, clara está uma hipótese de jurisdição internacional a que o Brasil demonstra sua submissão, restando ainda, em todo caso a competência brasileira de efetuar o julgamento de seus cidadãos.

No que se refere à previsão de prisão perpétua que é prevista no Estatuto de Roma e é pena proibida pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”: “não haverá penas: b) de caráter perpétuo.”

Fundamenta-se a exigência do cumprimento de todas as regras do Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388/2002), sem exceção, não obstante expressa disposição da norma constitucional de vedação da prisão perpétua, sob o fundamento do princípio da boa-fé do Estado Parte e do prévio conhecimento deste de todas as regras do Estatuto. Aduz-se que a previsão desse tipo de prisão baseou-se no caráter cruel e nas atrocidades cometidas pelo sujeito ativo dos crimes contra a humanidade e que tais atos criminosos extrapolam o interesse de um determinado Estado Parte e tingindo proporção supranacional.

E mais:

O Supremo Tribunal Federal tem concedido extradição de acusados para Estados em que há pena de prisão perpétua, dentro do

raciocínio de que ‘a proibição constitucional da pena de caráter perpétuo restringe apenas o legislador interno brasileiro.’¹⁹²

A interpretação mais aceita é a de se conferir, nas hipóteses em que há conflito entre as normas da Constituição e o Tratado de Roma, a que deve ser seguida a diretriz inserta no artigo 5º, § 4º, da Carta Magna: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

A vedação das penas de prisão perpétua é uma tradicional constitucional do Brasil. Assim ocorreu desde a limitação desse tipo de prisão pela vez primeira na Constituição de 1934, artigo 113, inciso 24, prosseguindo na Constituição outorgada de 1937, mais precisamente no artigo 122, inciso XIII, e na Constituição de 1946, artigo 141, § 31, que manteve a restrição da pena de caráter perpétuo.

O mesmo ocorreu na Constituição de 1967, artigo 150, § 11, estando presente ainda na Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, artigo 153, § 11, excepcionando quase todos os textos normativos as hipóteses de guerra.

No atual texto constitucional em vigor, a restrição da pena de prisão perpétua se faz presente no artigo 50, inciso XLVII, numa clara opção do legislador constituinte de opção pelo direito penal liberal e humanitário, atento às diretrizes fixadas pelo Iluminismo.

Também há outro óbice ao cumprimento das disposições do Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388/2002), a existência no ordenamento jurídico brasileiro do princípio assente da individualização da pena, consoante disposição expressa contida no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Essa individualização é a que possibilita ao juiz, quando da aplicação da pena para o crime praticado, especificar a pena, graduando-a, levando em consideração os limites mínimos e máximos.

¹⁹² FURTADO, Márcio Medeiros. Algumas considerações acerca do Tribunal Penal Internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 783, p. 470-503, 2001, p. 493.

Aníbal Bruno¹⁹³ destaca a crueldade e injustiça da pena de prisão perpétua, pois, além de privar o ser humano da liberdade, priva-o da esperança desta, o que torna insuportável a prisão, impedindo a reinserção social do preso em tal caráter:

[...] É em geral excessiva e não atende à necessária determinação no tempo, por que [sic] não findará em uma data fixada na sentença, mas durará enquanto o homem exista. Pertence a um espírito punitivo já superado, de que as legislações ligadas a uma forte tradição ainda não conseguiram libertar-se.

Percebe-se que a instituição da pena de prisão perpétua não é consentânea com as diretrizes do Direito Penal contemporâneo, instituída com função marcadamente retribucionista, que não se coaduna com os princípios da legalidade e humanidade, por mais absurdos e graves os crimes que tenham sido praticados.

Inadmissível a instituição de uma corte internacional penal que tem como um dos seus objetivos a defesa dos direitos humanos no panorama internacional e que, sob tal argumento, venha a atentar contra os princípios norteadores da causa que se defende.

Ademais, a vedação da prisão perpétua está inserida na Constituição Federal dentro dos direitos e garantias individuais, que são consideradas cláusulas pétreas, cuja supressão deve efetivar-se somente pelo poder constituinte originário por meio de uma nova Constituição.

Não obstante a ratificação do presente Tratado pelo Estado Brasileiro no ano de 2002, tendo em vista a impossibilidade de reservas ao Estatuto de Roma e diante da restrição constitucional da prisão perpétua, bem como, da individualização da pena, também de caráter obrigatório por disposição constitucional, forçoso é reconhecer que a disposição do Tratado de Roma, que prevê a pena de prisão perpétua, não possui executoriedade no âmbito do Estado Brasileiro, por contrariar frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁹³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro : Forense, 1962. v. 3 apud LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, p. 253.

Dessa forma, ainda não concretizada a almejada Justiça Internacional Penal, muito embora se reconheçam os avanços que o Estatuto de Roma representa. Nesse sentido, a oportuna citação de Luiz Luisi¹⁹⁴:

Para que haja uma efetiva Justiça Penal Internacional, é absolutamente necessário o seu embasamento em um direito penal, onde as penas sejam, como já preconizava a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1889, - as estritas e evidentemente necessárias; onde estejam consagradas as garantias individuais e, onde não se permita nenhuma forma de desrespeito a dignidade essencial da pessoa humana. Ou seja: um direito penal mínimo, garantista e, sobretudo, humanitário.

Sob nenhum argumento, os princípios ordenadores da defesa dos direitos humanos devem ser desrespeitados, ainda que de forma institucionalizada.

O Tribunal Penal Internacional é o último instrumento a que se pode recorrer para a efetiva reação contra atos criminosos daqueles que praticaram os seguintes crimes internacionais: a) crime de genocídio; b) crimes contra a humanidade; c) crimes de guerra e d) crime de agressão.

O interesse internacional comum no efetivo combate a tais crimes é que deve guiar a ideia de soberania dos Estados. Nesse contexto, mostra-se adequado mencionar a manifestação de Jeffrey Robinson¹⁹⁵:

Enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX que ainda está tentando chegar a um acordo com a tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais.

A par da ressalva efetivada, manifesta-se a importância da colaboração do Estado Brasileiro no sentido de coibir os crimes sujeitos à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.¹⁹⁶

¹⁹⁴ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, p. 256.

¹⁹⁵ ROBINSON, Jeffrey. *A globalização do crime*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 19.

¹⁹⁶ Sobre o Tribunal Penal Internacional, Valerio de Oliveira Mazzuoli conclui: “[...] É o instrumentos único que reafirma a fé nos direitos humanos fundamentais protegidos e na dignidade e valor da pessoa humana.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 3), p. 108.

4.3 NORMA PENAL EM BRANCO

A norma penal em branco (*blankettstrafgeste*), cuja fórmula inicial foi na Alemanha com Karl Ludwig Lorenz Binding, surge como uma forma de tipificação que dá maior agilidade ao Direito Penal para se adequar aos novos riscos, adaptando-se à realidade, mediante fórmula que possibilita seu complemento para abranger novas condutas, em especial aquelas que ofendam os bens jurídicos difusos ou coletivos, chamados, como anteriormente explanado, de bens jurídicos universais, dado o número indeterminado dos titulares dos bens potencialmente ameaçados.

A norma penal em branco, segundo Luiz Regis Prado¹⁹⁷: “[...] é aquela que necessita de complementação de outro ato normativo que também passa a ter natureza penal [...]”.

Cezar Roberto Bitencourt¹⁹⁸ concorda com o uso de cláusulas gerais, as quais permitem de certa forma, uma melhor adequação da norma de proibição com o comportamento efetivado. No entanto o autor chama a atenção para o problema do uso exagerado dessas cláusulas gerais, sugerindo a necessidade de se buscar uma utilização equilibrada que permita a proteção dos bens jurídicos relevantes de um lado e o uso adequado das ditas cláusulas gerais de outro, sob pena de inconstitucionalidades.

Assim, para bem proteger bens jurídicos universais, como por exemplo, o meio ambiente ou a ordem econômica, muitas vezes é impossível e, mesmo, desaconselhável, realizar uma tipificação penal fechada, com descrição restritas de condutas.

Desse modo, a norma penal em branco descreve o comportamento proibido, porém, para sua integração, reporta-se a outras normas que podem ser provenientes de mesma fonte do Direito Penal, que é o Poder Legislativo da União

¹⁹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 45.

¹⁹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

(normas penais em branco homogênea) ou cujo complemento advém de fonte diferente da lei penal, como um ato administrativo (normas penais em branco heterogênea), permitindo assim um melhor enfrentamento de novos riscos a estes bens jurídicos universais decorrentes, especialmente, das consequências da globalização.

É nesses termos em que se insere a célebre afirmação de Binding no sentido de ser a norma penal em branco, sem a referida complementação, um corpo errante em busca de alma.

Exemplo disso são os casos de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 12, da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976) e a omissão de notificação de doença (art. 269, do Código Penal), que remetem à norma inferior a complementação do seu significado, determinando quais são as drogas ilícitas que produzem dependência física ou psíquica e quais são as doenças de notificação compulsória.

Segundo Luis Rodríguez Ramos¹⁹⁹, há condutas que não se podem descrever sem acudir a essa técnica, dada sua complexidade (no meio ambiente, por exemplo, o conceito conexo de contaminação só pode ser determinado mediante uma remissão a outras normas).

Para Antonio Carlos da Ponte²⁰⁰, justifica-se o uso de normas penais em branco para a preservação e proteção dos direitos difusos já que “[...] são necessários ainda tipos penais que não envelheçam com tempo.”

Relevante, ainda, trazer o comentário de Silva Sánchez²⁰¹:

As leis penais em branco, sempre que constituam figuras subsidiárias, necessárias por razões de proteção, carentes de alternativas preferenciais, e limitadas a uma remissão de aspectos não essenciais do tipo, tampouco vulneram o princípio da legalidade nem a competência exclusiva do Estado em matéria penal, [...] nelas, com efeito, o Estado faz uso de suas competências, limitando-se a

¹⁹⁹ RAMOS, Luiz Rodríguez. *Compendio de Derecho penal*. Madrid: Trivium, 1986 apud FREITAS, Vladimir Passos. A contribuição da lei dos crimes ambientais na defesa do meio ambiente. *Revista CEJ*, Brasília, v. 10, n. 33, p. 5-15, 2006.

²⁰⁰ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.

²⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Competencia indirecta de las comunidades autónomas em materia de derecho penal. *La Ley*, Madrid, n. 1, p. 964-982, 1993 apud BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115.

remeter as questões concretas para a instância que, por sua proximidade com o problema, está mais capacitada para valorá-lo e dar-lhe uma reposição satisfatória.

Pontuando pela necessidade de uma avaliação objetiva a respeito da intervenção penal para tutela dos interesses difusos, Renato de Mello Jorge Silveira²⁰² diz:

Dessa maneira, poder-se-á entender, como válida, uma intervenção criminal, em que não mesmo de se tolerar os empregos de crimes de perigo e leis penais em branco. Porém, todo cuidado deve ser tomado, pois, não obstante, pode-se, com isso, cair na antinomia que se pretende evitar.

Nesse sentido, oportuna e necessária a reflexão de que a técnica das normas penais em branco seja utilizada com comedimento, sob pena de prática de abusos e ofensa ao princípio da estrita legalidade. Aludida técnica viabiliza a proteção imediata a alguns bens jurídicos em atenção às situações concretas, diversificadas e com grande mutabilidade, cuja previsão se torna impossível na lei penal geral.

4.4 DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal moderno está a discutir questões acerca da gestão de riscos presentes na sociedade contemporânea, decorrentes de avanços tecnológicos e da globalização, que propiciou o surgimento de novas formas de criminalidade e ameaça a bens jurídicos supraindividuais. Buscando fazer frente a esta temática, a concepção doutrinária sustenta um Direito Penal secundário que traz íncita a ideia de diferentes velocidades.²⁰³

²⁰² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3), p. 211.

²⁰³ Segundo Eduardo Sanz de Oliveira e Silva, o autor espanhol Jesús-María Silva Sánchez criou a Teoria das Três Velocidades, afirmando haver um processo de diferenciação dos ritmos do Direito Penal quanto à agilidade, ausência de formalização e redução de garantias. OLIVEIRA E SILVA, Eduardo Sanz de. O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito penal econômico. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 181-214.

O Direito Penal de primeira velocidade corresponde à intervenção penal clássica, com previsão de penas privativas de liberdade mediante previsão de imputação e respeito aos direitos e garantias individuais.

O de segunda velocidade visa abranger os delitos decorrentes da sociedade globalizada, cuja pena não seria a privativa de liberdade, razão pela qual comportaria um afrouxamento dos aludidos pressupostos de imputação.

Admite-se ainda a existência do Direito Penal de terceira velocidade, sendo possível neste modelo, em face de seu caráter emergencial e excepcional, a pena privativa de liberdade, com flexibilização dos direitos e garantias processuais, características do Direito Penal liberal.

No âmbito do Direito Penal de terceira velocidade, estaria denominada a teoria “Direito Penal do Inimigo”, que, criada por Günther Jakobs, jurista alemão, desde 1985, corresponderia a um modelo político-criminal por meio do qual o Estado combate as condutas não de seus cidadãos, mas de pessoas consideradas seus “inimigos”.

Na citada teoria, consoante afirmado, há o resgate da pena de prisão por excelência e a diminuição de garantias penais e processuais com imposição de verdadeiro “procedimento de guerra”. Para Günther Jakobs, o conceito de pessoa está diretamente ligado à atuação e à postura do agente perante a sociedade e as normas que a regem.

Inimigo, sinteticamente, seria aquele que, por meio de seu comportamento, não oferece segurança à sociedade, não havendo expectativa de que ele obedecerá às normas, não podendo ser tratado pelo Estado como pessoa, mas sim como inimigo.

Antonio Carlos da Ponte²⁰⁴ explica o conceito de inimigo:

O indivíduo envolvido em práticas como o terrorismo, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, a macrocriminalidade financeira, dentre outras, ou que venha a participar de organizações criminosas, exercendo atividades que colocam em xeque a própria existência do

²⁰⁴ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

Estado, rompe definitivamente o aludido contrato social, devendo, portanto, a partir de então, ser tratado como inimigo, o que demanda a atuação de um Direito Penal peculiar, que se utiliza de ferramentas próprias.

A lógica na proposição de Günther Jakobs em criar um Direito Penal para os cidadãos e um outro para o “inimigo” é criticada por Paulo César Busato²⁰⁵ ao afirmar:

Assim, chega-se ao sacrifício de um princípio – de igualdade – em prol de uma segurança que é sabidamente artificial e serve de disfarce a interesses rasteiros de cunho neoliberal que reduzem a dimensão do Estado a um mera atividade polícialasca.

Paulo César Busato²⁰⁶ segue criticando a proposta de eliminação do inimigo:

Sendo assim, dita proposta constitui uma apologia contra o Estado, que terminaria por justificar a aplicação de um Direito penal do inimigo contra o próprio Estado! Vale dizer: a proposição de violação de direitos fundamentais rompe com a ideia de formação do próprio Estado.

Se permitirmos ao Estado, chamado a nos proteger, que desconsidere nossa condição fundamental de cidadãos, quem nos protegerá do Estado? Com base em que legitimidade o Estado punirá o inimigo?

Percebe-se aqui que a exclusão do indivíduo da condição de pessoa para incluí-lo na concepção de inimigo é realizada com base em sua postura perante o ordenamento jurídico, e não em razão de suas condutas externas. Assim, classifica-se pelo que ele é e não pelo que ele fez, em um nítido “direito penal do autor”.

A esse respeito, Manuel Cancio Meliá²⁰⁷ afirma que “O direito penal do inimigo não é compatível, portanto, com o direito penal do fato [...]”, explicitando ser este

²⁰⁵ BUSATO, Paulo Cesar; CONDE, Francisco Muñoz. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 200.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 202.

²⁰⁷ MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: “direito penal” do inimigo? *Panóptica*, Vitória, v. 3, n. 17, p. 214-240, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A12.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011, p. 235.

[...] o princípio do fato se entende como aquele princípio genuinamente liberal de acordo com o qual deve ficar excluída a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, isto é, como rechaço de um direito penal orientado com base na “atitude interna” do autor.

Eugenio Raul Zaffaroni²⁰⁸ reage ao Direito Penal do Inimigo dizendo:

Si se legitima esa lesión de lós derechos de todos lós ciudadanos, se concede al poder la facultad de establecer hasta qué medida será necesario limitar lós derechos para ejercer um poder que está em sus propias manos. De esse modo, el estado de derecho habrá sido abolido.

Aqui reside forte crítica à teoria “Direito Penal do Inimigo” criada por Günther Jakobs, afirmando os críticos que não se pode admitir um direito penal do autor em um Estado Democrático de Direito.

Vestígios dessa teoria podem ser verificados com maior vigor após o atentado às Torres Gêmeas americanas, em 11 de setembro de 2001.

Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato²⁰⁹ afirmam que o “Direito Penal do Inimigo” foi adotado, em alguns casos por

[...] países com arraigada tradição democrática, pressionados pelos meios de comunicação e por uma opinião pública alarmada, sobretudo a partir dos graves atentados terroristas dos últimos anos e especialmente o de 11 de setembro de 2001, na cidade de Nova York [...].

Os autores ainda dão como exemplo o

“Patriotic Act” dos Estados Unidos que permitem ao Estado, sem controle judicial, deter cidadãos, ou recolher das empresas dados sobre a intimidade de seus clientes e trabalhadores e outras muitas violações de direitos fundamentais e as medidas excepcionais de detenção por tempo indefinido de estrangeiros suspeitos de terrorismo na Inglaterra.²¹⁰

²⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El enemigo em el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006, p. 190.

²⁰⁹ BUSATO, Paulo Cesar; CONDE, Francisco Muñoz. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 11.

No ordenamento jurídico brasileiro, há vestígios desta Terceira Velocidade do Direito e do Direito Penal do Inimigo na imposição do Regime Disciplinar Diferenciado a presos perigosos no sistema de execução de pena por advento da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou o artigo 52²¹¹, da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984).

Na visão de Themis Maria Pacheco de Carvalho²¹², trata-se de

A imposição de sanção disciplinar por apresentar um preso de alto risco para o sistema penitenciário ou para a sociedade, além de expor ao arbítrio, é admitir punição pré-delitual, uma punição aplicada não ao fato típico e antijurídico, mas sim, pela figura do autor.

Insta salientar o seguinte posicionamento do rel. min. Ricardo Lewandowski²¹³:

Estipulação do cumprimento da pena em regime inicialmente fechado – Fundamentação baseada apenas nos aspectos inerentes ao tipo penal, no reconhecimento da gravidade objetiva do delito e na formulação de juízo negativo em torno da reprovabilidade da conduta delituosa – Constrangimento ilegal caracterizado – Pedido deferido. O discurso judicial, que se apoia, exclusivamente, no reconhecimento da gravidade objetiva do crime – e que se cinge, para efeito de exacerbação punitiva, a tópicos sentenciários meramente retóricos, eivados de pura generalidade, destituídos de qualquer fundamentação substancial e reveladores de linguagem típica dos partidários do ‘direito penal simbólico’ ou, até mesmo, do ‘direito penal do inimigo’ –, culmina por infringir os princípios liberais consagrados pela ordem democrática na qual se estrutura o Estado de Direito, expondo, com esse comportamento (em tudo colidente com os parâmetros delineados na Súmula 719/STF), uma visão autoritária e nulificadora do regime das liberdades públicas em nosso País.

²¹¹ “Art. 52 - A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado com as seguintes características: **I** - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; **II** - recolhimento em cela individual; **III** - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; **IV** - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.”

²¹² CARVALHO, Themis Maria Pacheco. A perspectiva ressocializadora na execução penal brasileira: o abandono do ideal ressocializador em direção a um direito penal do inimigo. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, São Luis, n. 1, p. 1-28, 1º maio 2004. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Themis%20ressocializa%20o%20e%20RDD%20para%20RECJ_.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2011, p. 15.

²¹³ STF, HC n. 100.678, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 04/05/2010, 1ª Turma, DJE 1º/07/2010.

Isso porque a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, sedimentada nas Súmulas n. 718 e n. 719, de 9 de outubro de 2003, é no sentido de não se admitir a imposição do regime de cumprimento mais gravoso do que a pena aplicada permitir sem motivação idônea ou baseada na opinião do julgador sobre a gravidade abstrata do crime.

Vê-se, pois, que o Regime Disciplinar Diferenciado inaugura um novo regime carcerário contendo rigorismo absoluto, estabelecido em resposta ao público como medida suficiente para a segurança e severidade requisitadas, porém, sem observar o caos do sistema prisional brasileiro.

E, por esse motivo, o Ministério da Justiça publicou, em 10 de agosto de 2001, o Parecer²¹⁴ sobre a Lei n. 10.792/2003, concluindo por sua incompatibilidade com as normas nacionais e internacionais acerca dos direitos humanos, dada a imposição de regime disciplinar extremamente rigoroso mediante requisitos legais vagos, causando efeitos negativos decorrente do excesso de sua duração, equiparando a medida à prática de tortura.

Essa formulação teórica sustenta ainda a necessidade de defesa de bens jurídicos por uma antecipação da tutela penal, abrangendo os crimes de Estado, aos praticados por organizações criminosas e crimes sexuais violentos, aos quais os institutos de Direito Penal tradicional não conseguem fazer o necessário enfrentamento.

Discorre sobre tal enfoque a doutrinadora Ana Elisa Liberatore Silva Bechara²¹⁵, para quem essa ideia não é nova, encontrando registro em um passado não muito distante, qual seja, no nacional-socialista alemão, tendo como teórico Edmund Mezger (1883-1962) ao analisar projeto de lei que versava sobre o tratamento a ser dispensado aos “estranhos” à comunidade.

²¹⁴ Ministério da Justiça, parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária sobre o Regime Disciplinar Especial, rel. Pedro Sergio dos Santos, de 4 de julho de 2005.

²¹⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153-194, p. 158.

Reporta-se aos comentários efetivados por Francisco Muñoz Conde²¹⁶ ao afirmar que o contexto em que estava inserido aquele era o de um Estado autoritário, sendo esta diretriz incabível em um Estado Democrático de Direito, que não comporta diferenciações entre os cidadãos, atribuindo níveis diferenciados de proteção jurídica.

A teoria do “Direito Penal do Inimigo”, sustentada por Ginter Jakobs, é a de duas vertentes do Direito Penal. Uma destinada aos cidadãos em que se aguarda a concretização de sua conduta para então o Estado reagir e fazer com que a norma penal se faça incidir. A outra, para aquele que é considerado inimigo, há um combate antecipado, motivado por sua elevada periculosidade, pelo fato de ele não atender à expectativa normativa, a quem se declara guerra.

Segundo Ana Elisa Liberatore Silva Bechara²¹⁷, o proceder de negar ao inimigo a condição de cidadão tem origem no Direito Romano, tendo tal formulação sido retomada por Carl Schmitt (1888-1985), em 1927, na esfera da teoria política e, atualmente, no campo jurídico, a exemplo da Alemanha, Estados Unidos e Espanha nestes dois últimos países, com atuação incisiva no combate ao terrorismo e ao crime organizado e, ao ver da citada doutrinadora, também na América Latina, mais precisamente no Brasil, no que concerne à presunção de periculosidade das pessoas consideradas suspeitas.

No tocante ao combate ao terrorismo e ao crime organizado, pela teoria do Direito Penal do Inimigo, há uma defesa da flexibilização dos direitos e garantias individuais em nome da segurança social, a exemplo da utilização da tortura pelo Estado, para proteger o conjunto social, como ocorreu nos Estados Unidos após os atentados de setembro de 2001.

²¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y derecho penal del enemigo. In: CAMPO MODERNO, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007. p. 9-50, p. 38-39.

²¹⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153-194.

Diversas críticas são formuladas à teoria do Direito Penal do Inimigo, dentre elas a que afirma que sua fundamentação está embasada na prevalência do interesse em se obter a confiança nas instituições e no sistema que compõe o corpo social a qualquer preço, sem se atentar para os pilares que constituem e norteiam o Estado Democrático de Direito, numa vertente manifestamente classista. Ainda critica-se que a mudança operada na ótica do Direito Penal liberal ao buscar maior eficácia da intervenção conduz a uma crise de legitimidade, uma vez que estaria a descaracterizar a função subsidiária do Direito Penal, convertendo-o a uma função promocional e simbólica, sem qualquer comprovação de seu resultado.

Günther Jakobs²¹⁸ reitera a necessidade de utilização do Direito Penal do inimigo para o eficiente combate ao terrorismo lançando o seguinte questionamento:

Os delitos seguem sendo delitos, ainda que cometam com intenções radicais e em grande escala. Porém, há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura- precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada.

São as graves consequências advindas do terrorismo e do crime organizado, enquanto modalidades de riscos presentes na sociedade contemporânea, que têm impingido insegurança a ponto de modificar o panorama político-econômico-social.

A questão nodal que se apresenta consiste na indagação de, sem desprezar os princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, como fazer o enfrentamento da criminalidade organizada, que atinge bens de extrema relevância para a sociedade, que possui características próprias.

É certo que se faz necessária a criação de novos institutos e corpo normativo diferenciado para prevenir e reprimir esse tipo de atividade criminosa, revelando-se o Direito Penal clássico inadequado.

²¹⁸ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 36.

Há os que sustentam a utilização de um Direito Penal de exceção, que viria a ser o denominado Direito Penal do inimigo, com a flexibilização dos direitos e garantias individuais.

Formulação oportuna e ideal é proposta por Luiz Luisi²¹⁹, com a qual se compactua:

Entendo, como um jurista que vem pregando um direito penal mínimo, respeitoso dos direitos humanos, que necessário se faz achar a forma de conciliação entre o enfrentamento real, e não meramente simbólico, do crime organizado, e o respeito aos postulados constitucionais em que se expressam as garantias dos cidadãos.

Francisco Muñoz Conde e Paulo César Busato²²⁰ não toleram essa postura político-criminal do “Direito Penal do Inimigo” e concluem:

O discurso político-criminal da intolerância que grassa hoje no Brasil vem embalado pela importação descuidada de argumentos de autoridade, impulso midiático permanente e confiança nas instituições em que a sociedade é capaz de divisar a farsa do uso simbólico do Direito Penal, mais além da fumaça que este mesmo promove.

É preocupante a mitigação de conquistas tão importantes e constituidoras dos pilares da democracia e do Estado Democrático de Direito.

²¹⁹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003, p. 201.

²²⁰ BUSATO, Paulo Cesar; CONDE, Francisco Muñoz. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 206.

5 MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

5.1 DEFINIÇÃO

Antes de adentrar na abordagem de Mandados de Criminalização existentes no ordenamento jurídico nacional e internacional, dos quais o Brasil seja signatário, importa trazer a definição de tal instituto e seus reflexos jurídicos.

Não cabe aqui percorrer todos os mandados de criminalização trazidos pelo direito internacional penal, os quais, ainda que de modo oblíquo, acabam por atingir os Direitos Humanos, como acontece, por exemplo, com a Convenção de Palermo²²¹, pois, apesar de conter mandados de criminalização, não se trata de tratado tradicional de Direitos Humanos, objeto deste estudo.

Os mandados de criminalização buscam a proteção de certos bens e valores, e os advindos dos tratados de Direitos Humanos consistem em tratados típicos do direito internacional penal, que têm por objeto a promoção do direito nele contido.

No presente trabalho, enfatizam-se os mandados de criminalização voltados para a defesa dos Direitos Humanos, a exemplo do que prevê a criminalização do genocídio.

A normatividade internacional visa proteger direitos fundamentais como a vida e outros mais, todos com a vertente essencial de proteção dos Direitos Humanos através da tutela penal.

Assim, aludidos mandados de criminalização, além de impor limites ao legislador ordinário na escolha dos bens jurídicos penais, impõe ao Estado, no caso, o Brasil, a obrigação de criminalizar certas condutas ofensivas a determinados bens jurídicos com a imposição de sanção.

²²¹ Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004.

Assim, parece correta a assertiva de que os mandados de criminalização visam vincular o legislador penal à obrigação de legislar em face dos bens jurídicos positivados. Nesse contexto, não têm o condão de definir a conduta incriminada, nem tampouco dizer sobre o conteúdo da sanção; mas sim, promover a definição da conduta que se pretende criminalizar, ofensiva aos bens jurídicos eleitos.

Reclamam, pois, a aplicação do Direito Penal para a proteção do bem jurídico que lhe é objeto, no caso, os Direitos Humanos.²²²

Importante mencionar que a omissão por parte do legislador ordinário, independente da existência de um mandado de criminalização, não gera qualquer tipo de sanção, a não ser o reconhecimento da inércia legislativa, o que pode ensejar a ação mediante instrumentos idôneos para tanto, como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, o que se constitui em grande problema²²³ para a efetivação da tutela.

O critério pelo qual são impostas as obrigações não é outro senão a relevância do bem jurídico, que se traduz na necessidade da sua tutela penal.

Merece destaque o entendimento contrário à possibilidade de criminalização de condutas mediante mandado advindo de tratado internacional assinado pelo Estado. Os defensores desta corrente afirmam que, nesse caso, haveria ofensa ao princípio da reserva legal, pois somente a lei, em sentido estrito, poderia criminalizar condutas e impor sanções.

José Afonso Silva²²⁴ afirma que

²²² Maria Luiza Schäfer Streck (2009) inclui os mandados de criminalização previstos na Constituição como sendo uma exigência da evolução dos direitos, que exigem um atuar mais positivo pelo Estado para sua proteção. STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

²²³ “Alguns mandados de criminalização já foram atendidos pelo legislador ordinário de modo satisfatório; outros de forma insuficiente; vários simplesmente ignorados.” PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 152.

²²⁴ SILVA, José Afonso. *Comentários contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 138.

[...] em matéria penal que incrimina condutas, o princípio da reserva legal adquire dimensão de destaque inserido no inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal, exige que a conduta, para ser crime, deve subsumir-se ao tipo legal definido por lei. Mas ainda há que se perguntar: que lei? A resposta é: a lei formal, a lei produzida pelo Congresso Nacional segundo o procedimento constitucionalmente estabelecido.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Rogério Greco²²⁵, que afirma que o modelo penal garantista do Estado Constitucional de Direito deve obedecer à legalidade formal e material para a criminalização das condutas.

Outrossim, há aqueles, como Dimitri Dimoulis²²⁶, que criticam o que acreditar ser o “castigar em nome dos Direitos Humanos”, já que para o citado doutrinador tal atitude é repreensível por responder à violência exercida contra os Direitos Humanos com outra violência, com a criminalização de condutas, o que seria forma equivocada de se tutelar efetivamente os bens jurídicos.

Entende-se que, nessas hipóteses, não seria o emprego de violência para combater outra violência, representando a banalização do Direito Penal, mas sim, o Estado adotar uma resposta mais contundente para a violação de direitos que atingem a essência da natureza humana, comprometendo o desenvolvimento da pessoa, violando sua dignidade, tais como o trabalho escravo e o trabalho infantil.

A resposta, por óbvio, deveria ser proporcional, entretanto, eficiente, haja vista os compromissos que o país assume quando se torna signatário de tratados que visam à defesa de bens e valores que são caros ao indivíduo e à comunidade internacional como um todo.

Maria Lúcia Karam²²⁷ também combate o que ela denomina de “supostas obrigações criminalizadoras” que afirma serem extraídas de uma leitura distorcida da

²²⁵ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

²²⁶ DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, § 4º, da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 107-119.

²²⁷ KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1. Assim fala este autor na apresentação de sua obra: “O desejo da liberdade, a concretização dos direitos fundamentais de cada indivíduo, o aprofundamento dos ideais democráticos, na realidade, não se harmonizam com a existência de um poder punitivo, agigantado ou mais controlado.”

Constituição e das declarações internacionais de direitos, servindo apenas para encobrir perversos desejos punitivos sob a pretensão de renovar compromissos com os fins do Estado Democrático de Direito. Para ela, tais instrumentos normativos não implicam necessidade de intervenção do sistema penal, mas sim uma atuação positiva do Estado, criando condições materiais, econômicas, sociais e políticas para efetiva realização dos direitos fundamentais.

Discorda-se de tal entendimento, pois assegurar a efetividade dos mandados de criminalização, com a conseqüente punição dos violadores dos Direitos Humanos mediante a tutela penal, não é forma de vingança, mas sim a utilização dos meios necessários para o respeito de relevantes bens jurídicos e diminuição dos abusos.²²⁸ A impunidade gerada pela não punição de condutas violadoras de Direitos Humanos é que efetivamente seria perigosa para a vida em sociedade, inspirando comportamentos assemelhados, trazendo uma desordem sem tamanho.

Deve-se ter em mente que o sistema interno e o sistema internacional não se excluem, mas se complementam mediante a utilização do método proposto pela teoria do diálogo das fontes e do princípio da norma mais favorável.²²⁹ Essa é a nova tendência do Estado de Direito Constitucional e Transnacional, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Fábio Konder Comparato²³⁰ afirma que

[...] na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, em matéria de Direitos Humanos, vai-se se firmando hoje, na doutrina e jurisprudência, o princípio da prevalência da regra mais favorável à dignidade dos sujeitos de direito.

²²⁸ Não é outro o entendimento de André de Carvalho Ramos: “Assim, na esteira de ser o direito penal um instrumento de *ultima ratio* invocado para proteger os bens jurídicos essenciais, justifica-se o uso da sanção penal para proteger direitos fundamentais.” RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 62, p. 9-55, 2006, p. 24.

²²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese*, Aracajú, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 jan. 2011.

²³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 480.

Havendo norma de Direito Interno e norma de Direito Internacional deve se utilizar aquela mais favorável ao indivíduo, independente da origem do dispositivo.²³¹

O que se sustenta é que a violação de alguns direitos não compromete apenas o Estado ao evidenciar sua inoperância e ineficácia no combate a tais formas de conduta, mas que tais violações atingem sobremaneira a pessoa humana, representando um atraso social e atingindo de tal forma a dignidade humana que necessitam de resposta mais contundente sem que isto signifique desrespeito aos direitos e garantias constitucionais.

Desta feita, necessário se faz relativizar alguns direitos individuais previstos na Constituição a fim de que o combate a certas formas de criminalidades se torne mais eficaz, em busca do interesse maior da sociedade, em especial quando se referem às violações de Direitos Humanos.²³²

Não é outro o pensamento de Antonio Carlos da Ponte²³³:

A eleição dos mandados de criminalização está muito mais ligada à Justiça Social, do que a proteção absoluta a direitos e garantias individuais, em face de uma justificativa que nos parece simples: sem proteção aos direitos e garantias individuais, considerados de forma ampla, não há Justiça Social, ainda que seja possível o respeito absoluto aos direitos e garantias individuais sem Justiça Social.

Como acentuado por Flávia Piovesan²³⁴:

A reprodução de disposições de tratados internacionais de Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira não apenas reflete o fato de o legislador nacional buscar orientação e inspiração nesse instrumento, mas ainda revela a preocupação do legislador em equacionar o

²³¹ RAMOS, André de Carvalho. O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, DF, v. 1, n. 4, p. 51-71, 2002.

²³² Ana Lucia Sabadell, Dimitri Dimoulis e Dias Minhoto assim disseram: "A solução do problema de violação de um bem mediante a aplicação de pena criminal implica a suspensão de outros bens individuais garantidos pela Constituição." E dessa forma, pregam a extrema cautela para a intervenção penal. SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 50.

²³³ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 164-165.

²³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006a, p. 92.

direito interno, de modo a ajustá-lo, com harmonia e consonância, às obrigações assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, os tratados internacionais de Direitos Humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação de direito importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional.

Assim, o mandado de criminalização deve ser visualizado como um instrumento do Direito Penal para proteção de bens jurídicos relevantes, entre os quais, os que dizem respeito aos Direitos Humanos, que advêm não só da Constituição Federal como também dos tratados e convenção internacionais.²³⁵

Nesse mesmo norte segue a ideia de Luciano Feldens²³⁶ ao afirmar:

Ainda que por um lado se repila veementemente a ideia de um Direito Penal a funcionar como instrumento, mesmo que auxiliar, na realização (perspectiva positiva) de políticas públicas e sociais, ao veraz argumento de que outros instrumentos mais apropriados, e menos invasivos, se projetam a tal finalidade, por outro, deposita-se nessa disciplina jurídica, hialina e inegavelmente, a missão de coibir (perspectiva negativa) aquelas condutas que revelem hipótese de dano- ou mesmo ameaça de sua ocorrência – a bens ou interesses que se mostram vitais à sociedade como tal.

Não obstante se tenha aludido entendimento, é necessário ressaltar que a criminalização de condutas em razão dos mandados de criminalização advindos da Constituição Federal e dos tratados internacionais deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, no sentido de que não haja excessos nem proteção deficiente.

No tocante aos excessos, o Estado deve abster-se de fazer intervenções indevidas, mesmo advindas de mandado de criminalização, já que não há como olvidar que o fim maior é a proteção do próprio indivíduo que vive em sociedade.

²³⁵ Conforme ensinam Flávia Piovesan e Luis Carlos Rocha Guimarães, não há um elenco exaustivo de Convenções Internacionais voltadas à proteção dos Direitos Humanos, o qual vai se renovando de acordo com a evolução e com a exigência de proteção à dignidade da pessoa humana. PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. Disponível em: <http://200.144.0.24/resources/profissional/aceso_rapido/gtae/saude_pop_negra/convencao_sobr_e_a_eliminacao_de_todas_as_formas_de_discriminacao_racial.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

²³⁶ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 31.

A existência dos mandados de criminalização não isenta a proteção do bem jurídico que se pretende tutelar por meio do Direito Penal de passar pelos filtros da proporcionalidade, intervenção mínima²³⁷, ofensividade²³⁸ e fragmentariedade.

Tem-se que, em havendo mandado de criminalização, significa que já foi ultrapassado o filtro da intervenção mínima, visto que a previsão de obrigação de criminalizar uma conduta implica o reconhecimento de que os outros ramos do direito foram insuficientes de proteger devidamente determinado bem jurídico.

Cezar Roberto Bitencourt e Luiz Régis Prado²³⁹ ensinam que

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

No que concerne à intervenção mínima, a fragmentariedade²⁴⁰ é um corolário lógico de sua aplicação, assim como da lesividade e adequação social, fazendo com que o Direito Penal não se interesse por todo e qualquer bem jurídico, mas tão somente por aqueles bens mais importantes e necessários para o convívio em sociedade.

²³⁷ Sobre o princípio da Intervenção Mínima, Cezar Roberto Bittencourt ensina: “O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária.” BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004 apud GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 51.

²³⁸ Nesse contexto Antonio Carlos da Ponte de que: “Para que se possa cogitar da adoção do princípio, ora discutido, deve restar demonstrado, no caso concreto a mínima ofensividade da conduta do agente; a inexpressividade da lesão jurídica provocada; a inexistência de periculosidade social da ação; o reduzido grau de reprovabilidade da conduta.” PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 79.

²³⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza Nucci (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 345-354, p. 347.

²⁴⁰ Em interessante explicação, Rogério Greco diz: “Depois da escolha das condutas que serão reprimidas, a fim de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez criado o tipo penal, aquele bem por ele protegido passará a fazer parte do pequeno mundo do Direito Penal.” GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 58.

Sobre o caráter fragmentário do Direito Penal, Cezar Roberto Bitencourt²⁴¹ explica: “Significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, não tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.”

Confira-se o que diz Jesús-María Silva Sánchez²⁴² sobre o princípio da fragmentariedade na proteção dos bens jurídicos-penais: “[...] só podem constituir fatos penalmente relevantes as modalidades de ataque mais graves contra tais bens jurídico-penais.”

Importa ainda mencionar o princípio da ofensividade, seja como meio de orientação para o legislador seja como meio de critério interpretativo, haja vista se constituir em importante freio à intervenção do Direito Penal já que, para a criminalização, exige a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado (*nullum crimen sine iniuria*).

Os reflexos do princípio da ofensividade no Direito Penal, tanto no plano político-criminal como no interpretativo, são explicados por Cezar Roberto Bitencourt²⁴³:

O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto a indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.

²⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 15.

²⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 7), p. 438.

²⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., 2008, p. 22.

No entanto a obediência a todos esses princípios, ainda que se acolha a tese do Direito Penal mínimo, não obsta a ideia de que a Constituição, embora seja limitadora, constitui-se em fundamento para o Direito Penal.²⁴⁴

Nesse sentido, afirma Lenio Luiz Streck²⁴⁵:

Nesse (novo) contexto, a teoria do bem jurídico, que sustenta a ideia de tipos penais no direito penal, igualmente passa a depender da materialidade da Constituição. Não pode restar qualquer dúvida no sentido de que o bem jurídico tem estrita relação com a materialidade constitucional, representado pelos preceitos e princípios que encerram a noção de Estado democrático e Social de Direito. Não há dúvida, pois, que as baterias do direito penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas para o combate dos crimes que impedem a concretização dos direitos fundamentais nas suas diversas dimensões. Neste ponto, aliás, entendo que é neste espaço que reside até mesmo uma obrigação implícita de criminalização, ao lado dos deveres explícitos de criminalizar constantes no texto constitucional.

Ressalte-se, porém, que há entendimentos contrários, a exemplo do sustentado por Janaína Conceição Paschoal²⁴⁶, que espousa o entendimento de que, ao se utilizar a Constituição Federal como fundamento do poder punitivo estatal, está se alargando a tutela através do Direito Penal, ensejando ofensa ao princípio do Direito Penal mínimo, num verdadeiro “círculo vicioso”.

Para Janaína Conceição Paschoal²⁴⁷, a Constituição deve ser unicamente limitadora do Direito Penal, autorizando o uso do Direito Penal apenas quando outros recursos hajam falhado, sendo que o uso da Carta Política como fundamento para incriminar condutas é, muitas vezes, menos útil e eficaz que a proteção por

²⁴⁴ Nesse sentido também lecionam, segundo Janaína Conceição Paschoal (2003), Heloísa Estellita Salomão, em *A Tutela Penal e as Obrigações Tributárias na Constituição Federal* (2001) e Paulo de Souza Queiroz, em *As Funções do Direito Penal* (2001). PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. O Seu Portal Jurídico, 2007a. Disponível em <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=66&Itemid=40>. Acesso: 23 mar. 2011, p. 6.

²⁴⁶ PASCHOAL, Janaína Conceição, op. cit., 2003.

²⁴⁷ Ibid.

outros ramos do direito.²⁴⁸ Afirma ainda que os mandados não se referem à necessidade de tutela penal, mas a fatores históricos e reclamos sociais que predominaram quando do advento da Constituição, reforçando com isso seu entendimento de que não há obrigatoriedade advinda dos mandados de criminalização expressos na Carta Maior.

Nesse mesmo sentido, afirma Janaína Conceição Paschoal²⁴⁹, defendendo a tese de que a elevação de certo bem jurídico ao nível constitucional não basta para obrigar a criminalizar condutas lesivas. Aludida tese, afirma a autora, encontra respaldo em parte da doutrina, conforme os ensinamentos de alguns doutrinadores: José de Sousa Brito, em *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional* (1999), e Jorge de Figueiredo Dias, em *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas* (1999).

Este, porém, é o entendimento com o qual não se comunga.

O uso de mandados de criminalização foi uma opção adotada pelo Brasil, neles já foi consignada a necessidade da tutela penal dada a relevância de certo bem jurídico, não havendo margem de liberdade para o legislador no sentido de não criminalizar tal conduta, apenas há que se ater aos filtros constitucionais, em especial ao princípio da proporcionalidade,²⁵⁰ a fim de que a tutela possa ser exercida de forma adequada e que atenda às necessidades.

Assim, o exame da proporcionalidade de uma medida adotada para proteger direitos fundamentais será necessariamente realizado a partir da análise da adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade em sentido estrito da medida submetida a controle.

²⁴⁸ “A busca de um Direito Penal mínimo não pode conviver com uma Constituição que traz, em seu bojo, necessidades automáticas (e não concretas) de criminalização.” PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Interessante a conclusão de Luciano Feldens sobre este princípio, quando não catalogado expressamente na Constituição. Para ele, tal princípio poderia ser derivado: I) das normas de direito fundamentais que vinculam o legislador quanto a seu núcleo essencial; II) do princípio do devido processo legal em sua perspectiva substancial, como operacionalizado pelo STF; III) da fórmula política do Estado de Direito. FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

No caso dos mandados de criminalização, esse exame prévio já foi realizado pelo constituinte que verificou, em momento anterior, a adequação e necessidade, restando ao legislador ordinário apenas o exame da proporcionalidade em sentido estrito, visando à proibição do excesso e à proibição da proteção insuficiente pelo legislador ordinário.²⁵¹

Nesse contexto, Luciano Feldens²⁵² afirma que:

O espaço *de* atuação do legislador estaria estreitado por dois limites: pela proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, bem como pela proibição da proteção deficiente em prol do indivíduo a ser tutelado, sendo que se deve extrair da proibição da proteção excessiva a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se a zona *de* discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida mínima e a medida máxima.

Outrossim, Nilo Batista²⁵³ defende que a Constituição Federal é limite e fundamento para o Direito Penal, sendo que o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal.

Assim, a obediência a tais filtros constitucionais não afasta a obrigação de legislar em matéria penal em havendo o mandado de criminalização, sob pena de omissão no dever de tutela de dado direito fundamental, erigido a bem jurídico-penal.²⁵⁴

No caso dos mandados expressos de criminalização contidos na Constituição Federal, como dito por Luciano Feldens²⁵⁵, afastou-se o campo de liberdade do legislador no que se refere à decisão sobre os bens ou interesses violados por essas condutas merecerem, ou não, a tutela jurídico-penal.

²⁵¹ FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

²⁵² *Ibid.*, p. 160.

²⁵³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

²⁵⁴ Assim anota Luciano Feldens: “A obrigação de legislar em matéria penal atinge o legislador justamente pela via do imperativo de tutela (ou, caso se prefira, pela dimensão objetiva) dos direitos fundamentais, o que de resto se conforma a um modelo teórico próprio do Estado Social e do Estado Democrático de Direito.” FELDENS, Luciano, *op. cit.*, 2005, p. 137.

²⁵⁵ FELDENS, Luciano. A conformação Constitucional do Direito Penal. In: WÜNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229.

É certo que as previsões constitucionais com a vertente criminalizadora provocam celeumas e discussões teóricas, haja vista que a Constituição é costumeiramente vista como um fator de limitação do poder punitivo e não como um “[...] ‘propulsor’ do direito penal para novas matérias em novas fronteiras integrativas do Estado social [...]”.²⁵⁶

Justamente por não atender aos anseios da perspectiva atual do direito constitucional é que manifesta a dificuldade em sua implementação, mormente no campo das decisões judiciais, olvidando-se que a nova abordagem evidencia um Estado atuante na defesa dos direitos coletivos e possuidores de magnitude constitucional, revelando ainda um proceder consentâneo com a nova faceta do Estado contemporâneo:

As obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infrequentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas [...].²⁵⁷

Os mandados de criminalização são consequências de um novo panorama de valores constitucionais, que evidencia um Estado aberto para a defesa de interesses de relevância social.

Os mandados constitucionais de criminalização podem ser subdivididos em explícitos e implícitos. A primeira modalidade (explícitos ou expressos) é definida de forma clara pelo legislador constituinte, ao passo que os mandados implícitos devem ser extraídos de uma interpretação sistemática aferido na Constituição Federal, a partir de uma avaliação de valores.

²⁵⁶ PALAZZO. Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989, p. 78.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 103.

Existindo um mandado expresso de criminalização, está o legislador penal obrigado a tutelar referido bem jurídico pela via do Direito Penal, dada a sua essencialidade e relevância para a preservação da dignidade da pessoa humana. Do contrário, restaria sem sentido a opção pelo mandado de criminalização.²⁵⁸

Com percuciência, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves²⁵⁹ corrobora:

A situação dos mandados expressos de criminalização não é parelha. Neles a Constituição priva o legislador ordinário da discussão sobre se haverá criminalização, avança no detalhamento do tratamento penal do assunto e não deixa qualquer opção sobre quando deverá ocorrer a tipificação.

Desta feita, em relação aos mandados de criminalização expressos, o referido autor conclui enfatizando que estes trazem decisões constitucionais sobre a maneira como direitos fundamentais deverão ser protegidos. A atuação do legislador nesse sentido de promover a proteção desses direitos recebe um elemento de vinculação. Ele pode até valer-se de outros instrumentos, mas a previsão de sanções penais perde seu caráter de subsidiariedade e torna-se obrigatória.²⁶⁰

Já no tocante aos mandados implícitos de criminalização, caberá ao legislador penal verificar a necessidade ou não de criminalização de condutas que ofendam bens jurídicos apontados pelo nosso ordenamento jurídico, aplicando-se, neste caso, os filtros constitucionais acima elencados (princípios da ofensividade, fragmentariedade, proporcionalidade e outros), bem como, de acordo com a política criminal que se pretenda adotar.

É nesse ponto que reside a diferenciação entre os mandados expressos e implícitos de criminalização contidos em nossa Constituição, ou seja,

[...] para os primeiros cabe sindicar a presença da dignidade penal, [de forma que] a obrigação tácita de criminalizar envolve um juízo de

²⁵⁸ “Os mandados constitucionais de penalização promovem um evidente estreitamento dessa liberdade de conformação, precisamente no momento em que vedam ao legislador deixar a descoberto o bem jurídico cuja proteção penal é constitucionalmente requerida.” FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 80.

²⁵⁹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 138.

²⁶⁰ *Ibid.*

proporcionalidade, levando a um arranjo entre dois princípios: proibição de excesso e a proibição da proteção insuficiente [...].²⁶¹

Afirmando a existência dos mandados implícitos de criminalização na Constituição Federal de 1988, Luciano Feldens²⁶² afirma: “Desta feita, não há negar que imposições criminalizantes implícitas existem e se fazem esparramadas pelo corpo constitucional [...]”.

Assim, sempre que as normas dos outros ramos do direito se mostrarem insuficientes para a proteção de determinado bem jurídico, deve-se reconhecer a existência de um mandado implícito de criminalização, sob pena de se ofender o postulado que veda a proibição da proteção insuficiente.

Não é outro o pensamento de Luciano Feldens²⁶³:

Devemos reconhecer que a penalização de determinada conduta – sob a perspectiva do bem jurídico tutelado- agregará tanto mais em seu favor a presunção da legitimidade constitucional quanto mais referente mostrar-se instituída à proteção de um bem jurídico de residência constitucional. Essa uma razão suficiente para não mais se duvidar, da legitimidade da penalização de condutas atentatórias a bens jurídicos transindividuais que, enquanto tais, receberam incorporação constitucional, circunstância a já denotar sua essencialidade (v.g., ordem econômica, sistema financeiro).

Antonio Carlos da Ponte²⁶⁴ compartilha do mesmo entendimento ao dizer que “O reconhecimento aos mandados implícitos de criminalização sempre dependerá de uma análise contextual da Carta Magna [...]”.

Francesco C. Palazzo²⁶⁵ sustenta a possibilidade de declaração de forma abstrata ou genérica da obrigação da tutela, com fundamento na Constituição de

²⁶¹ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 136-137.

²⁶² FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, 97.

²⁶³ FELDENS, Luciano. A conformação Constitucional do Direito Penal. In: WÜNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229, p. 220.

²⁶⁴ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 166.

²⁶⁵ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989, p. 106.

bens ou valores, que necessitam de tutela ou de ampliação desta “[...] num trabalho de contínua explicitação do conteúdo normativo da Constituição.”

Questão relevante colocada pelo aludido autor consiste na reflexão sobre as consequências jurídicas advindas de tal reconhecimento: Pode a Suprema Corte além de proceder a esta declaração de forma genérica, apontar obrigações específicas de incriminação de fato determinado? Por outro lado, pode ser uma norma declarada inconstitucional por não tutelar de forma suficiente determinado bem ou valor?

Posiciona-se Francesco C. Palazzo²⁶⁶ no sentido de que, em apresentando o Direito Penal uma tutela fragmentária na modalidade de lesão, a valoração, seja ela no aspecto da insuficiência ou suficiência, “não pode ter por objeto específico hipótese criminosa”.

Outra questão colocada, de forma pertinente por esse mesmo autor, refere-se à hipótese de inadimplemento do legislador de agir para o fim de propor de forma adequada, por meio da tutela penal, a defesa de determinados bens, para fim de dar atendimento ao comando exarado da ordem constitucional. Estaria a ocorrer uma inconstitucionalidade por omissão?

Considera o autor que, na ocorrência de omissão absoluta, a questão de formulação de hipóteses e fixação do objeto da constitucionalidade é de difícil resolução.

Quanto à omissão relativa, que acarreta o reconhecimento de tutela insuficiente, o autor propõe algumas alternativas. A primeira consiste na eliminação da norma, em face da insuficiência da tutela, tendo por referência direta a Constituição, ou indireta dos parâmetros da razoabilidade, o que não conduz a aprovação de norma com o fim de suprir a omissão, cabendo ao legislador assim proceder de maneira adequada e oportuna.

²⁶⁶ PALAZZO. Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989, p. 107.

A segunda admite a possibilidade de em existindo mais de uma norma disciplinadora sobre a mesma matéria, concluir pela ampliação da tutela do bem jurídico. Para tanto, considera a hipótese de uma situação

[...] precedente de insuficiência 'estrutural' de tutela, se a estrutura do tipo for tal que permita 'coibir' uma área de comportamentos mais restrita ou, de qualquer maneira, não correspondente às exigências da tutela, simplesmente por insuficiência "sancionatória" ou porque evidente a impropriedade das penas acaso cominadas.²⁶⁷

Conclui o autor que as possibilidades levantadas não são adequadas aos sistemas em que existem previsões para a Corte, e diante do efeito reclamado, cabe proceder a uma mudança da matéria no âmbito legislativo, ou, mediante a eficácia *erga omnes*, agir de forma a condicionar o trabalho a ser realizado pelo legislador.

Já no sistema brasileiro, em que inexistente essa previsão, a declaração da Corte do reconhecimento da necessidade de expandir a punibilidade encontra limite bem definidos no princípio constitucional da legalidade, impondo uma aferição da situação concreta.

Reflexão oportuna realiza Francesco C. Palazzo²⁶⁸ no tocante às decisões da Corte e aos efeitos vinculantes destas, ante a obrigação de tutelar alguns bens ou valores. Conclui que sim, desde que presentes as mesmas indicações.

Indica ainda o autor três valores que devem necessariamente ser efetivados pela Corte Constitucional.

O primeiro deles, aqui explicitado em três apontamentos: a) a tutela penal deve se restringir a bens ou valores que têm definição constitucional e os bens já penalmente tutelados, tendo por diretriz a intervenção mínima do Direito Penal; b) as decisões da Corte podem adquirir "concretude" se instada a se manifestar quanto à tipicidade de alguns comportamentos, que são considerados lesivos do bem colocado em apreciação e que se considera merecedor da tutela penal; c) considerada a tipicidade e necessidade de sancionar penalmente a conduta lesiva,

²⁶⁷ PALAZZO. Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989, p. 108.

²⁶⁸ *Ibid.*

assim deve-se proceder aferindo-se previamente de forma prática a eficácia de forma presumida, da sanção nas diversas áreas, penal, administrativa e civil, descartando-se a penal, quando esta se mostrar de plano não funcional.

A segunda valoração deve ser efetivada avaliando-se a eficácia da penalidade criminal em relação às penalidades extrapenais e a ponderação mediante o critério de proporcionalidade para justificar a escolha pela aplicação da sanção criminal, considerando seu maior custo humano e social.

A terceira valoração diz respeito à decisão a ser tomada após a ponderação no que se refere à quantidade da penalidade criminal a ser aplicada, o que deve ser avaliado levando-se em conta a função pedagógica, moralizadora e preventiva da pena.

Ao final de seu estudo, Francesco C. Palazzo²⁶⁹ afirma que a influência dos valores constitucionais no sistema penal vem crescendo pouco a pouco, constando que, de um lado, o direito penal vem codificando situações para atender movimentos constitucionais e, de outro, os próprios movimentos constitucionais por vezes se acomodam sob condições político-criminais, propiciando a reforma das codificações criminais mediante a transformação da própria estrutura estatal superior.

Conclui ainda o referido autor que a força de determinados valores constitucionais para influenciar o direito penal depende dos fatores culturais de cada sociedade, sendo que há manifestação tanto por meio de princípios clássicos do Estado Liberal, como o princípio da legalidade, como mediante aqueles advindos da concepção de Estado Social, como por exemplo, surgimento de novos interesses que justifiquem a tutela penal.

E finalizando suas ideias sobre o tema, Francesco C. Palazzo²⁷⁰ disse naquele ano de 1988:

²⁶⁹ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 120.

Assiste-se, em nossos dias, a uma redescoberta, a uma recuperação e a um arrojo constitucional de valores, princípios, exigências coerentes e funcionais na preparação de um direito penal mais eficiente e, em consequência, mais eficaz, de logo. Isto não somente na direção de uma mais ampla tutela penal para estender-se aos novos interesses, coerentes talvez, na instância solidarística, mas, também, na direção conservadora de uma mais penetrante e rigorosa tutela de valores tradicionais, assegurando-os plenamente, sem quaisquer exceções ou concessões, em face das contrapostas exigências semelhantemente constitucionais.

Portanto, diante dos valores constitucionais, das mudanças sociais em que se justifica o surgimento de novos interesses, frente a bens jurídicos de grande relevo social, como a vida, a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente, agredidos de forma tão intolerável, não pode o Estado deixar de tutelá-los também na esfera penal, de forma mais eficaz e rigorosa, acolhendo às ordens de criminalização emanadas de forma expressa e implícita em todo o corpo constitucional.

5.2 CRITÉRIO PARA ABORDAGEM DE ALGUNS MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO

Diante da grande gama de mandados de criminalização existentes, necessário se faz estipular um critério para eleição deste ou daquele para análise mais aprofundada para desenvolvimento do presente trabalho.

Nesse sentido, foram eleitos temas os quais se considera de maior relevância diante da fragilidade dos sujeitos de direitos envolvidos, bem como, por se referirem ao denominado mínimo ético irreduzível dos Direitos Humanos, ou seja, direitos mínimos a serem resguardados pelo Estado para garantia da dignidade, considerado o sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos.

Conceituando mínimo ético irreduzível, Flávia Piovesan²⁷¹ diz ser:

²⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Caderno do currículo permanente: Direito Constitucional – módulo V*. Porto Alegre: EMAGIS, 2006b. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_flavia_piovesan.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2011, p. 9.

O processo de universalização dos Direitos Humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Esse sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea, compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca dos parâmetros protetivos mínimos relativos aos Direitos Humanos (o “mínimo ético irredutível”).

Portanto serão abordados mandados de criminalização que protegem os denominados “grupos sociais vulneráveis”, cuja inexistência ou insuficiência da proteção penal afeta diretamente a dignidade destes sujeitos, por implicar a redução da própria condição humana.

Assim, tratar-se-á a seguir sobre os mandados de criminalização da homofobia, do trabalho infantil e do trabalho escravo, tendo em vista a ampliação constante da proteção dos Direitos Humanos, eleitos tais mandados a partir do critério acima explicitado.

Convém esclarecer que não se está aqui a afirmar que a busca da efetiva igualdade e inclusão social desses sujeitos que compõem o denominado “grupo social vulnerável” faz-se unicamente mediante a criminalização de atos discriminatórios utilizando-se do chamado “modelo repressor”, o qual, nas palavras de José Cláudio Monteiro Brito Filho²⁷² pode ser assim conceituado:

[...] o Estado cuida de editar normas que vedem a prática discriminatória, via de regra criminalizando esses atos e, em alguns casos, impondo, também, sanções de natureza administrativa, civil e trabalhista.

Entende-se que, conjuntamente ao modelo repressor, deve o Estado utilizar o modelo “ação afirmativa”²⁷³ mediante a utilização de mecanismos de integração social através de uma postura positiva e atuante, impulsionando a

²⁷² BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Ações afirmativas: fundamentos e critérios para sua utilização. In: ARRUDA, Paula (Coord.). *Direitos humanos: questões em debate*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p. 183-193, p. 185.

²⁷³ Bastante esclarecedor o conceito de ação afirmativa oferecido por Joaquim B. Barbosa Gomes: “Trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidas por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido- o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.” GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Renovar, 2001, p. 41.

igualdade entre as pessoas e grupos discriminados em cumprimento a um dos objetivos fundamentais da República, previsto no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, qual seja: promover o bem de todos, sem qualquer discriminação.

É preciso garantir a proteção da dignidade desses sujeitos mediante a criminalização de condutas que ferem frontalmente seus direitos. São direitos que reafirmam o valor da pessoa humana como núcleo da ordem jurídica, tanto no âmbito interno como no cenário internacional dos Direitos Humanos.

A República Federativa do Brasil, por ser um Estado Democrático de Direito, comprometido com os direitos e garantias fundamentais de seu povo, não pode admitir atos que importem em perseguições e discriminações, seja em razão da origem, sexo, raça ou orientação sexual.

Defendendo novos tipos penais, Silvia Pimentel e Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra²⁷⁴ asseveram:

Assim sendo, embora seja louvável, a posição teórico-crítica ao direito penal estritamente repressor, importa reconhecermos que, fechar-se à criação de certos novos tipos penais, poderia significar grave negligência quanto à garantia das liberdades de muitos, só agora conscientes e politizados acerca de seus direitos.

Sim, é verdade, apenas a lei penal, não é suficiente, todavia, esta constatação não significa que ela seja desprovida de potencialidades coibidoras de condutas discriminatórias. Inclusive, não há como negar a sua função simbólica, fato extremamente relevante quando se visa à modificação de mentalidades.

Nesse mesmo sentido são as palavras de Fábio Freitas Dias²⁷⁵:

Não é possível, portanto, desconectar o direito penal do modelo de Estado assumido, pensá-lo isoladamente, muito menos pretender discutir qualquer temática jurídico-penal sem a percepção exata da

²⁷⁴ PIMENTEL, Silvia; GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. Em busca da (re) afirmação da dignidade humana: processo longo, paulatino, difícil, complexo. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 449-471, p. 466.

²⁷⁵ DIAS, Fábio Freitas. Intervenção mínima-infrações tributárias. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 113-146, p. 116.

influência e reflexos daquela vinculação de legitimidade formal e material.

Segue Fábio Freitas Dias²⁷⁶ com seu ensinamento:

A correta visualização do direito penal só é possível, portanto, no horizonte do modelo do Estado Social e Democrático de Direito. Esse o próprio paradigma de sustentação do direito punitivo: o modelo de Estado referido, em que “Estado de Direito está associado ao princípio da legalidade, Estado Social está associado à necessidade social de intervenção penal e Estado Democrático se identifica com a ideia de pôr o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão.

Essa orientação política do Estado é que deve nortear o espaço político criminal brasileiro, fundado nos princípios constitucionais da racionalidade e ofensividade²⁷⁷ a fim de conferir limites para o processo da criminalização aqui defendido.

Repita-se que ao se sustentar a criminalização da homofobia, do trabalho infantil e escravo não se está se buscando a utilização do Direito Penal numa vertente irracional e autoritária, mas sim a proteção de bens jurídicos de manifesta relevância social, que está sendo objeto de concreta lesão ou a perigo, o que é perfeitamente factível e desejável, respeitados os princípios norteadores do bem jurídico-penal, em especial, da legalidade e da proporcionalidade.

O princípio da legalidade fundado na máxima *nullum crimen nulla pena sine lege* faz com que a incidência do Direito Penal se efetive às condutas expressamente previstas em lei, açambarcando todos as fases da política criminal, desde a criação do delito, aplicação e execução da pena, impedindo ou minimizando a violação a direitos fundamentais.

²⁷⁶ DIAS, Fábio Freitas. Intervenção mínima-infrações tributárias. In: D’AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 113-146, p. 120.

²⁷⁷ Nesse sentido, as palavras de Fábio Roberto D’Avila: “Toda incriminação que vá além dos limites da ofensividade não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador.” D’AVILA, Fábio Roberto. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In: D’AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 71-96, p. 86.

Por sua vez, o princípio proporcionalidade vincula o legislador e o aplicador da norma penal à imposição de uma pena adequada e correspondente à agressão efetivada ao bem jurídico protegido.

Assim, sustenta-se que condutas ofensivas ao direito à livre orientação sexual, à liberdade, à dignidade da pessoa humana, ao trabalho e ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, merecem uma especial reprovação já que lesam, de forma concreta, valores ou interesses de especial relevância social e atentam contra os objetivos e os fundamentos do Estado Democrático de Direito, o que justifica e legitima a intervenção jurídico-penal.

5.3 DISCRIMINAÇÃO PELA ORIENTAÇÃO SEXUAL

“A homossexualidade é uma ilha cercada de ignorância por todos os lados [...]”²⁷⁸

Da *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*²⁷⁹, adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965 e ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968 (Decreto n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969), decorre um mandado de criminalização, com a obrigação do Estado Parte criminalizar condutas discriminatórias em razão da raça, cor ou origem nacional e étnica.²⁸⁰ Assim:

²⁷⁸ VARELLA, Draúzio. *Violência contra homossexuais*. Não paginado. Disponível em: <<http://www.drauziovarella.com.br/ExibirConteudo/6375/violencia-contra-homossexuais>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

²⁷⁹ Flávia Piovesan e Luis Carlos Rocha Guimarães afirmam que tal Convenção integra o chamado Sistema Especial de proteção dos Direitos Humanos em que a tutela está endereçada a um sujeito concreto, considerado suas particularidades e não, o sistema geral de proteção em que o destinatário é toda e qualquer pessoa abstrata. PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. Disponível em: <http://200.144.0.24/resources/profissional/aceso_rapido/gtae/saude_pop_negra/convencao_sobre_a_eliminao_de_todas_as_formas_de_discriminacao_racial.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

²⁸⁰ PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. Disponível em: <http://200.144.0.24/resources/profissional/aceso_rapido/gtae/saude_pop_negra/convencao_sobre_a_eliminao_de_todas_as_formas_de_discriminacao_racial.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

Art. 4. Os Estados membros devem declarar, como delitos puníveis por lei, qualquer difusão das ideias baseadas na superioridade ou ódios raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento.

Nessa Convenção, a expressão discriminação racial significa que

[...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que têm por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de Direitos Humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública (artigo 1º).

Esse documento também estabelece a criação de um comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial com competência para receber relatórios, denúncias de outros Estados e relatórios ou comunicados elaborados por indivíduo ou grupo de pessoas (desde que o Estado Parte declare a competência do comitê para receber e examinar tais comunicações).

O mandado de criminalização, ora tratado, também foi inserido na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena.

O Brasil, atendendo a determinação do mencionado mandado de criminalização editou as seguintes Leis: n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, que alterou o artigo 140 do Código Penal e ampliou as formas de discriminação acrescentados ao lado de cor e raça, os critérios etnia e procedência nacional, incluindo também o critério da religião, ultrapassando os termos da Convenção que não previu esta última modalidade; e a Lei n. 10.74, de 1º de outubro de 2003, que alterou novamente o artigo 140, do aludido Código, fazendo constar no § 3º, outros valores, com vistas a combater o preconceito.

Ressalte-se, porém, relevante omissão desse mandado de criminalização já que não há menção à discriminação decorrente de orientação sexual, fruto também de intolerância por grupos que compõem a sociedade, culminando, muitas vezes, em violência verbal e física, absolutamente gratuita, que por vezes culminam

em homicídios, tendo como vítima aqueles pertencentes ao denominado grupo GLBT (acrônimo de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros – o 's' se refere aos simpatizantes).

Exemplos chocantes de violência física ocorrem diuturnamente e motivada pela intolerância à orientação sexual. Segundo notícia veiculada na mídia estadual, na madrugada do dia 15 de abril do corrente ano, no centro de Campo Grande, capital do Estado de Mato Grosso do Sul, rapaz de 21 anos foi brutalmente espancado por um grupo de jovens que avistaram a vítima e seu amigo e, por o considerarem “veado”, iniciaram perseguição e perpetraram a violência física.²⁸¹

Outro caso noticiado pela mídia local foi o assassinato da jovem Adriele Camacho de Almeida, de 16 anos, natural de Cassilândia, região nordeste de Mato Grosso do Sul, morta pelo pai e irmãos da namorada, que não aceitavam a relação homossexual entre aquela e respectivamente a filha e irmã destes últimos. O crime ocorreu em Itarumã, Estado de Goiás, sendo que a vítima, desaparecida desde 13 de março de 2011, foi encontrada enterrada com a cabeça para baixo na fazenda da família de sua namorada, tendo sido morta a facadas.²⁸²

Esses delitos, agressão e morte foram motivados pela orientação sexual das vítimas, sendo que, no primeiro caso, um dos agressores chegou a quebrar a mão, e o outro necessitou andar de muleta, em virtude da violência e intensidade com que perpetrou a agressão contra a vítima.

Inexiste no ordenamento jurídico pátrio dispositivo de lei em que possam ser enquadradas condutas como as acima descritas, que, além da agressão e homicídio, tiveram como razão determinante a opção sexual da vítima. Assim, vê-se clara omissão legislativa que deixa à mercê de proteção esse grupo socialmente vulnerável.

²⁸¹ MACIULEVICIUS, Paula; FERNANDES, Paulo. Rapaz sofre agressão motivada por homofobia no centro da Capital. *Campo Grande News*, Campo Grande, 16 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/rapaz-sofre-agressao-motivada-por-homofobia-no-centro-da-capital>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

²⁸² ALMOAS, Jorge; CASTRO, Nadyenka. Jovem de Cassilândia é assassinada por família da namorada em Goiás. *Campo Grande News*, Campo Grande, 6 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/jovem-de-cassilandia-e-assassinada-por-familia-de-namorada-em-goias>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

Considerando a concepção contemporânea de direito humanos, à luz do sistema internacional, não se pode admitir tal omissão legislativa, o que deve ser minimizado com a implantação de Políticas Públicas positivas com objetivo de tutelar os grupos discriminados por tal motivo²⁸³ e o acréscimo da criminalização de tais condutas.

Inimaginável excluir tais indivíduos da proteção eficiente do Estado, em especial quando a Constituição Federal inclui, entre seus direitos fundamentais, o direito à igualdade, à liberdade, à dignidade, acrescido do valor da diversidade, ou seja, o direito à diferença.

Compartilhando do mesmo entendimento, confira-se o posicionamento de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves²⁸⁴:

A situação de maior gravidade, de omissão constitucional no sentido de proteger penalmente vítimas de discriminações atentatórias aos direitos e liberdades e liberdades fundamentais, é a referente à orientação sexual. Embora a ocorrência de crimes de ódio relacionados à opção sexual no Brasil tenha crescido, a necessidade da legislação penal protetora ainda não foi reconhecida pelo legislador. Homossexuais, bissexuais, transexuais têm tolhido seu espaço de liberdade e escolha porque graves condutas de intolerância ainda não receberam a diferenciada descrição típica penal que a Constituição, no artigo 5º, XLI, exige. Trata-se de omissão constitucional.

Não é outro o entendimento de Fábio Freitas Dias²⁸⁵:

Acentue-se mais uma vez, a sociedade constitucionalmente estruturada e fundada no valor democracia deve fixar raízes na

²⁸³ Não obstante, o Governo Federal do Brasil implantou política pública de combate à discriminação sexual, mediante o Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLBT (Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais) e de Promoção da Cidadania de Homossexuais “Brasil sem Homofobia” lançado no ano de 2004 visando garantir o respeito à dignidade deste grupo e a mudança de comportamento de gestores públicos. BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil sem homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual*. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/004_1_3.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2011.

²⁸⁴ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 285.

²⁸⁵ DIAS, Fábio Freitas. Intervenção mínima infrações tributárias. In: D’AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 113-146, p. 127.

pluralidade e no princípio da liberdade, “ligado à exigência de respeito pela dignidade da pessoa humana”.

Em palestra realizada no *I Fórum SEMIRA pela Igualdade*, promovido pela Secretaria de Estado de Políticas para Mulheres e Promoção da Igualdade Racial (SEMIRA), em 5 de dezembro de 2007, em Goiânia, GO, Maria Berenice Dias²⁸⁶, conceituada profissional que tem atuação marcante contra a homofobia, ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, utilizou-se das palavras de José Carlos Teixeira Giorgis, em a *Natureza Jurídica da Relação Homoerótica* (2002), para afirmar a relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso 3º, da Constituição, e o Estado Democrático de Direito promete aos indivíduos, muito mais que a abstenção de invasões ilegítimas de suas esferas pessoais, a promoção positiva de suas liberdades.

Uma visão plural está ínsita ao conceito de democracia, que deve cultivar como valor o respeito à diversidade. Confirmando a necessidade de proteção especial a determinados sujeitos de direito, Flávia Piovesan²⁸⁷ afirma: “[...] determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direito, exigem uma resposta específica e diferenciada.”

Prossegue Flávia Piovesan²⁸⁸: “[...] Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial [...]”.

²⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. Liberdade de orientação sexual na sociedade atual. In: FÓRUM SEMIRA PELA IGUALDADE, 1., 2007, Goiânia. Palestra. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53_-_liberdade_de_orienta%E7%E3o_sexual_na_sociedade_atual.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011, p. 4.

²⁸⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e relações internacionais: desafios e perspectivas contemporâneas. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tarcio José (Coords.). *Trabalho infantil e Direitos Humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 176-198, p. 195.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 197.

Relevante ainda trazer as palavras de Boaventura de Souza Santos²⁸⁹:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, não alimente ou reproduza desigualdades.

A ausência de mandado de criminalização específico para a homofobia não impede e mesmo justifica uma atuação mais positiva do Estado mediante uma Administração Pública voltada para a proteção do bem jurídico que é a dignidade da pessoa humana.²⁹⁰

Para suprir essa omissão, espera-se a aprovação do Projeto de Lei n. 122, apresentado em 12 de dezembro de 2006, que tramita na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa do Senado, cujo objeto é a criminalização da homofobia, bem como de outros tantos direitos a que fazem jus casais que vivem em uniões estáveis homoafetivas. O texto prevê a punição com pena de um a três anos de prisão, pela discriminação contra pessoa idosa ou com deficiência e ainda em razão da orientação sexual.

Relevante ainda mencionar que se encontra na relatoria da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o Projeto de Lei do Senado n. 31, apresentado em 23 de fevereiro de 2010, de autoria do senador José Nery, que altera o artigo 121, § 4º, do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940), para considerar como causa de aumento de pena do crime de homicídio doloso a prática do delito motivado por discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, orientação sexual ou procedência nacional, o qual foi apresentado em fevereiro daquele ano e que se constitui em mais um importante passo para a necessária

²⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 427-463 apud PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e relações internacionais: desafios e perspectivas contemporâneas. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tarcio José (Coords.). *Trabalho infantil e Direitos Humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 176-198, p. 195-196, p. 197.

²⁹⁰ Nesse sentido, insta anotar que o Governo Federal instituiu, mediante o Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009, o terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3.

adaptação das leis aos novos segmentos da sociedade e ao combate à intolerância em suas mais diversas facetas.

Ressalta-se que já existem leis estaduais ou municipais antidiscriminação por orientação sexual como, por exemplo: Lei Municipal n. 9.809, de 21 de julho de 1998, do município de Campinas; Lei Estadual n. 3.406, de 15 de maio de 2000, do Estado de São Paulo; Lei Estadual n. 14.170, de 15 de janeiro de 2002, do Estado de Minas Gerais, Lei Estadual n. 3.406, de 15 de maio de 2000, do Estado do Rio de Janeiro; Lei Estadual n. 3.157, de 27 de dezembro de 2005, do Estado de Mato Grosso do Sul, dentre outras.²⁹¹

Por fim, pontua-se a existência de um projeto do Estatuto da Diversidade Sexual desenvolvido pela Ordem dos Advogados do Brasil, que foi objeto de discussão no *II Seminário de Diversidade Sexual e Combate à Homofobia*, no dia 18 de junho do corrente ano. O evento aconteceu na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo e foi promovido pela Comissão de Diversidade Sexual e Combate à Homofobia da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo, com o objetivo de fomentar a discussão sobre o tema entre especialistas do Direito.²⁹²

Dentre diversos temas, o Estatuto da Diversidade Sexual prevê o oferecimento de iguais oportunidades de trabalho e a criminalização da homofobia.

O estatuto precisa ser aprovado pelo pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, antes de ser levado ao Congresso. Naquela casa, não há elementos que garantam a aprovação do Congresso Nacional, no entanto, provocará, ao menos, intensas discussões que, com certeza, serão favoráveis para o desenvolvimento da tolerância à diversidade sexual.

²⁹¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Legislação*. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/index.php#>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

²⁹² INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Seminário discute a diversidade sexual e o combate à homofobia*. Belo Horizonte, 2 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=4565>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

Observa-se, dessa maneira, que a omissão de um mandado de criminalização para condutas discriminatórias em razão da orientação sexual não se constitui em obstáculo para que estados e municípios brasileiros legislem sobre o assunto, porém, a tipificação penal não pode ser efetivada por tais entes públicos já que é sabido que a competência para legislar sobre Direito Penal é privativa da União.

Não obstante, tais leis estaduais e municipais refletem a relevância do assunto e significam um pequeno avanço na tutela da dignidade humana das pessoas pertencentes a grupo denominado LGBT.

No Direito Internacional, faz-se relevante mencionar a evolução experimentada quanto à superação dos preconceitos diante da homossexualidade: I) na União Europeia, além da Resolução do Conselho da Europa de 1º de outubro de 1981 (exortando os países membros à discriminação da homossexualidade e à instituição de direitos iguais), editou-se a Resolução do Parlamento Europeu, de 13 de março de 1984, o qual propõe, dentre outras medidas: 1) discriminação das relações sexuais homossexuais; 2) igualdade na idade de consentimento sexual entre heterossexuais e homossexuais; 3) realização de campanhas contra a discriminação por orientação sexual. Registre-se, ainda, a legislação aprovada pelo Parlamento Francês em 7 de abril de 1999, alterando o Código Civil mediante a instituição do “Pacto Civil de Solidariedade”.²⁹³

A implementação do direito à igualdade exige medidas normativas bem como políticas públicas de combate à discriminação, um atuar conjunto e harmônico do Estado em total respeito à diversidade existente entre os diversos sujeitos de direito que compõem o conjunto social.

O Governo Federal Brasileiro, no ano de 2004, deu importante passo na luta contra a discriminação pela orientação sexual com a elaboração do Programa de Combate à Violência e Discriminação contra GLBT e Promoção da Cidadania Homossexual: Brasil sem Homofobia, com colaboração de entes não-

²⁹³ RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

governamentais, cujo objetivo é promover a educação a respeito do tema e mudanças no comportamento dos gestores públicos.²⁹⁴

A Portaria n. 513, de 9 de dezembro de 2010, do Ministério da Previdência, ao determinar que os benefícios do Instituto Nacional do Seguro Social, como pensão por morte, devam incluir parceiros do mesmo sexo em união estável constitui mais um avanço no reconhecimento dos direitos dos gays, frente à enorme intolerância existente na sociedade.

Segundo pesquisa realizada na Parada do Orgulho LGBT de São Paulo em 2006, 85% das trans (travestis e transexuais), já sofreram agressão verbal ou ameaça de agressão. Em relação à violência física, 60% das trans responderam que já foram agredidas (seguidas de 16% dos homossexuais masculinos). Os dados apontam ainda para os locais dessas agressões, os quais se concentram (72%) nos espaços públicos.²⁹⁵

De acordo com o antropólogo e professor emérito da Universidade Federal da Bahia, fundador do Grupo Gay da Bahia, Luiz Mott²⁹⁶, o registro de violência contra a população GLBT vem aumentando ao longo dos anos.

²⁹⁴ Confira-se um trecho do Programa: “O Plano Plurianual – PPA 2004-2007 definiu, no âmbito do Programa Direitos Humanos, Direitos de Todos, a ação denominada Elaboração do Plano de Combate à Discriminação contra Homossexuais. Com vistas em efetivar este compromisso, a Secretaria Especial de Direitos Humanos lança o Brasil Sem Homofobia - Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual, com o objetivo de promover a cidadania de gays, lésbicas, travestis, transgêneros e bissexuais, a partir da equiparação de direitos e do combate à violência e à discriminação homofóbicas, respeitando a especificidade de cada um desses grupos populacionais.” BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil sem homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual*. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/004_1_3.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2011, p. 11.

²⁹⁵ DUQUE, Tiago. *Sexualidade, gênero e abjeção: uma reflexão sobre Direitos Humanos e LGBTs no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/duque%2C_tiago_-_sexualidade%2C_g%EAnero_e_abje%E7%E3o.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2011.

²⁹⁶ “Tenho 62 anos, professor de Antropologia aposentado da Universidade Federal da Bahia. Há 30 anos luto pelos Direitos Humanos. Fundei o Grupo Gay da Bahia, o Centro Baiano Anti-Aids, o Grupo Lésbico e Associação de Travestis de Salvador, sou co-fundador da ABGLT, Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais. Fui por mais de uma década membro da Comissão Nacional de Aids do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação, atualmente participo do Grupo de Trabalho da Diversidade do Ministério da Cultura. Recebi duas Comendas do Governo Federal e diversos prêmios de Direitos Humanos, nacionais e internacionais. Nada consta contra minha pessoa e idoneidade.” MOTT, Luiz. *Declarações de Luiz Mott*. Disponível em: <<http://www.oocities.org/br/luizmottbr/>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

Complementa Maria Neves²⁹⁷: “Nunca se matou tanto homossexual no Brasil quanto agora.”

Em levantamento realizado pelo Grupo Gay Bahia, com base em notícias de jornais, foi constatado que, de janeiro a novembro de 2010, foram contabilizados 205 assassinatos entre a população GLBT no país.²⁹⁸

No Rio de Janeiro, único Estado com estatística oficial de agressão contra gays, foram 378 casos de homofobia em 2010, mais de um por dia e nove assassinatos.²⁹⁹

Por considerar apenas os casos de repercussão na mídia, deve-se ter em mente que os números não refletem a realidade, já que muitos deles não são levados ao conhecimento das autoridades, o que aumenta mais a perplexidade daqueles que não comungam com a prática de atitudes homofóbicas.

Em entrevista, Luiz Mott³⁰⁰ apontou o paradoxo que há no Brasil:

O Brasil tem um lado cor de rosa, que é representado pelas paradas gays, tem mais de 200 paradas e a maior parada gay do mundo; tem a maior associação LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais) da América Latina; tem o Programa Brasil Sem Homofobia, ou seja, conquistou muitos avanços, mas tem um lado vermelho sangue. O Brasil é o país líder em assassinatos de homossexuais. Não é o país mais homofóbico do mundo, porque não temos leis, como no Egito ou no Iraque, onde os homossexuais podem ser executados, mas, a cada dois dias, um gay, uma travesti ou, em número muito menor, uma lésbica é vítima de crimes de ódio. São crimes praticados com requintes de crueldade.

²⁹⁷ NEVES, Maria. *Homofobia: pesquisas mostram aumento da violência contra homossexuais*. EcoDebate, 2010. Reportagem. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2010/11/25/homofobia-pesquisas-mostram-aumento-da-violencia-contra-homossexuais/>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

²⁹⁸ Ibid.

²⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. *Direito dos homossexuais*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/programa-fantastico---09-01-2011.cont>>. Acesso em: 12 jan. 2011a.

³⁰⁰ MOTT, Luiz. Mott sobre ataques a gays: Igrejas têm mãos sujas de sangue. *Terra Magazine*, 17 nov. 2010. Entrevista de Ana Cláudia Barros. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4796310-EI6578,00-Mott+sobre+ataques+a+gays+Igrejas+tem+maos+sujas+de+sangue.html>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

Esses dados estatísticos revelam que as metas lançadas no *Programa Brasil sem Homofobia* ainda estão longe de serem cumpridas, necessitando de maior divulgação e trabalho em conjunto com entidades não-governamentais e, imprescindivelmente, no âmbito legislativo, é preciso suprir a omissão contida no artigo 140, do Código Penal, para incluir a homofobia.

Em pesquisa realizada e divulgada pelo site do Senado Federal em 1º de dezembro de 2009, constou a lamentável informação de 51,54% contrários à proposta do projeto de lei que criminaliza a homofobia e de 48,46% a favor, o que reforça ainda mais a necessidade de uma atuação positiva pelo Estado a fim de garantir os direitos fundamentais dos homossexuais diante de tamanha intolerância que ainda predomina na sociedade brasileira.³⁰¹

A questão recentemente voltou ao cenário nacional com enfoque moralista e religioso, no qual as igrejas católicas e protestantes se uniram³⁰² em manifestações públicas para pressionar o Poder Legislativo a não criminalizar a homofobia, procurando prevalecer a visão religiosa em um Estado que constitucionalmente é definido como laico (artigo 19, inciso I, da Constituição Federal)³⁰³, a par do pedido de criminalização com cem mil assinaturas.³⁰⁴

³⁰¹ BRASIL. Senado Federal. *Pesquisa nacional: criminalização do preconceito ou discriminação contra homossexuais*. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-PLC_122.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

³⁰² O ESTADO DE S. PAULO. *Ato contra PL que criminaliza homofobia reúne 15 mil*. São Paulo, 2 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,ato-contra-pl-que-criminaliza-homofobia-reune-15-mil,726928,0.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

³⁰³ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

³⁰⁴ FREITAS, Edmilson. *Congresso Nacional recebe 100 mil assinaturas pela criminalização da homofobia*. Brasília, DF, 17 maio 2011. Disponível em: <http://www.informes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7331:-congresso-nacional-recebe-100-mil-assinaturas-pela-criminalizacao-dahomofobia&catid=42:rokstories&Itemid=108>. Acesso em: 12 jan. 2011.

Ao tecer considerações sobre a atuação da bancada evangélica e católica entre os parlamentares, Sérgio Carrara³⁰⁵, antropólogo, coordenador do Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos, afirma:

[...] Tais bancadas atuam mais ou menos na mesma direção quando se trata de direitos LGBT. Nas atuais discussões sobre o projeto de lei que criminaliza a homofobia, por exemplo, representantes das duas bancadas levantam contra o projeto a tese de que ele cercearia a liberdade de expressão ou opinião, que, nesse caso, significa a “liberdade” de condenar publicamente a homossexualidade a partir de interpretações da Bíblia [...]

Há, porém, nesse entendimento das bancadas religiosas, um grave equívoco já que a pretendida criminalização da discriminação por orientação sexual não impedirá as manifestações proferidas no âmbito dos cultos religiosos, desde que, mediante tal conduta não haja ofensa ao bem jurídico protegido pelo tipo penal, qual seja, a inviolabilidade física e moral do homossexual.

No embate entre a liberdade de expressão ou opinião daquele que é contrário à homossexualidade e o direito à livre orientação sexual, deve haver o já reconhecido e utilizado critério da ponderação de interesses, a ser aplicado caso a caso, impedindo radicalismos extremos e desnecessários de ambos os lados.

A violência em razão da homofobia novamente ganhou espaço na mídia nacional quando em 24 de janeiro de 2011, um aluno de doutorado da Universidade de São Paulo, de 27 anos, levou uma garrafada no rosto ao sair de uma boate GLS na região da Paulista, e ainda, em 25 de fevereiro de 2011, quando duas homossexuais em Natal, RN, afirmam terem sido agredidas por um homem em uma festa de calouros da Universidade Federal do Rio Grande do Norte que as viu se beijando.³⁰⁶

³⁰⁵ CARRARA, Sérgio. Política e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. *Bagoas*, Natal, v. 4, n. 5, p. 131-147, 2010. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v04n05art08_carrara.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2011, p. 137.

³⁰⁶ MELLO, Kátia et al. Amor e ódio aos gays. *Época*, São Paulo, n. 668, p. 96-102, 7 mar. 2011.

Em Mato Grosso do Sul, o Centro de Referência em Direitos Humanos de Prevenção e Combate à Homofobia, ligado à Secretaria Estadual de Trabalho e Assistência Social, tem registro de 50 processos administrativos, abertos com base na Lei Estadual n. 3.157, de 27 de dezembro de 2005, sobre medidas de discriminação por conta da orientação sexual.³⁰⁷

A Lei Estadual n. 3.157/2005 prevê medidas como advertência e multa de 80 a 150 Uferms³⁰⁸. No caso, quem for processado fica impossibilitado de assumir concurso público (no caso de pessoa física) ou participar de licitação pública (sendo pessoa jurídica), punições estas extremamente brandas e que justificam o pequeno número de processos abertos pelas vítimas que procuraram o Centro.

A proteção aos Direitos Humanos não mais permite tal omissão, já que tais indivíduos sofrem constantemente por serem considerados “diferentes” por uma sociedade que se manifesta como intolerante, sendo violados em sua dignidade tanto moral como fisicamente, ofendidos em seu direito à diversidade e impedidos de ter uma vida plena, enquanto cidadãos.

A aprovação do projeto de lei que criminalizará a homofobia é um importante passo para despertar a conscientização da sociedade para a aceitação da pluralidade e estabelecimento do imprescindível respeito às diferentes formas de viver e de amar, despertando a necessidade de uma convivência harmônica e pacífica, em total consonância ao princípio da alteridade.

Tal princípio aborda a necessidade de respeito ao próximo, às diferenças entre os indivíduos já que se vive em uma sociedade diversificada. Alteridade, segundo Wellington Gonçalves Nery³⁰⁹, é:

[...] o caráter do que é outro, a diversidade, a diferença. Sim, o antônimo de identidade. É preciso contemplar a diferença em todas

³⁰⁷ ALMOAS, Jorge; SANTOS, Aline dos. Em MS, 50 processos administrativos por homofobia aguardam julgamento. *Campo Grande News*, Campo Grande, 24 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/em-ms-50-processos-administrativos-por-homofobia-aguardam-julgamento>>. Acesso em: 1º jun. 2011.

³⁰⁸ Unidade Fiscal de Referência de Mato Grosso do Sul, valor de março e abril de 2011 = R\$ 15,56.

³⁰⁹ NERY, Wellington Gonçalves. *O princípio da alteridade*. Falando na Lata, Jequié, 2 nov. 2010. Disponível em: <<http://jornalistanery.blogspot.com/2010/11/o-principio-da-alteridade.html>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

as suas nuances. Para isso, busquemos entender que “quando eu nomeio, eu me nomeio” e sem o outro eu não sei quem sou, pois só sou em sociedade. E as sociedades devem ser múltiplas como a vida o é [...].

Em um Estado Democrático de Direito, garantidor dos direitos fundamentais, não se admite a intolerância, o desrespeito com as diferenças, gerando comportamento muitas vezes violento, seja em razão da raça, da etnia, religião ou orientação sexual.

Reforçando o papel de garantidor dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, Gustavo Justino de Oliveira³¹⁰ afirma:

Importa evidenciar que o Estado não pode desobrigar-se do seu papel de indutor, promotor e garantidor dos direitos fundamentais. Ao contrário, cumpre à organização estatal – mormente por meio de seu aparato administrativo – exercer ações em número, extensão e profundidade suficientes para bem desincumbir-se da obrigação constitucional de realizar um dos valores que fundamentam a República Federal do Brasil: a dignidade da pessoa humana.

O artigo 5º da Carta Constitucional, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Dessa forma, enquanto houver categoria de indivíduos excluídos, como os homossexuais, não se pode falar em democracia plena.

Os Poderes constituídos, mormente o Legislativo e o Judiciário, devem estar atentos às mudanças da sociedade, às novas “classes” de indivíduos, a fim de que sejam efetivamente protegidos enquanto titulares de direitos fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana. É nessa esteira que se deve fundamentar a indispensabilidade de criminalizar a homofobia em seus diversos comportamentos.

³¹⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIANI, Alexandre Coutinho (Coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 307-329, p. 321-322.

Atento à necessidade de conferir respostas decisivas para o tratamento jurídico às uniões homoafetivas e compelido a se manifestar dada a inércia do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, em julgamento emblemático, no dia 5 de maio de 2011, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.277-DF, analisada em conjunto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132-RJ (convertida em ADI), rel. min. Carlos Ayres Britto, em junho de 2008, a união estável entre casais do mesmo sexo como sendo entidade familiar.

Na primeira ação (ADI n. 4.277-DF/2005), o pedido foi o reconhecimento dos direitos civis de pessoas do mesmo sexo, ou seja, uma “interpretação conforme à Constituição” do artigo 1.723³¹¹, do Código Civil vigente, e na segunda, ADPF n. 132-RJ/2008, transformada na ADI, o governo do Rio de Janeiro queria que o regime jurídico das uniões estáveis fosse aplicado aos casais homossexuais, para que servidores do Estado tivessem assegurados benefícios previdenciários.

O emblemático voto, de ambas as ações, do rel. min. Carlos Ayres Britto, julgadas em conjunto por se tratar do mesmo pedido, há que ser considerado verdadeiro libelo a favor da dignidade da pessoa humana dada a percuciente e lúcida análise dos pedidos e da temática que os envolve, de forma que imprescindível a menção, ainda que sintética do mencionado voto.

O rel. min. Carlos Ayres Britto inicia o exame do mérito asseverando que:

[...] é na própria Constituição que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizam por sua durabilidade, conhecimento do público e continuidade, além do propósito ou verdadeiro de constituição de uma família.

Prossegue afirmando:

[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional (inciso IV, do artigo

³¹¹ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos.

Complementa rel. min. Carlos Ayres Britto:

[...] nessa altaneira posição de direito fundamental a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoa. De auto-estima [sic] no mais elevado ponto da consciência.

Assevera ainda o Relator Ministro que, afinal,

[...] se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

Norteados pela técnica de normação, o relator reconheceu que o concreto uso da sexualidade humana faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais, configurando-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa e, mais a seguir, afirmou que às pessoas heteroafetivas não assiste o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos, ao contrário, o que existe é o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos.

Dando seguimento ao voto, rel. min. Carlos Ayres Britto sustentou que:

[...] a ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que ‘tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido (inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque nada é de maior intimidade ou de mais entranha privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana.

A seguir, asseverou que não se pode interpretar que a Constituição Federal de 1988 sonega, intencionalmente, aos parceiros homoafetivos, a união estável que favorece os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace

igualmente caracterizado pela estabilidade e, em mais de uma oportunidade, frisou que a Constituição “[...] não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva.”

Dessa forma, o rel. min. Carlos Ayres Britto refutou interpretação reducionista do conceito de família no que foi acompanhado pelos seus pares, esposando o entendimento de que

[...] somente assim seria mantida a coerência da Constituição, pois, entender o contrário implicaria forçar o texto magno a incorrer em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico, bem como, consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos.

Ressaltou que não se pode alegar que os heterossexuais perdem se os casais homoafetivos ganham o direito ao reconhecimento jurídico de suas relações e que só se restringe um direito para garantir outro.

Finalizou reafirmando, que a interpretação, conforme a Constituição Federal de 1988, a ser dada ao artigo 1.123 do Código Civil vigente, deve

[...] excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’. Reconhecimento este que deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetivas.

Oportuno ainda transcrever algumas palavras do rel. min. Joaquim Barbosa, proferida durante o paradigmático julgamento:

Estamos aqui diante de uma situação de descompasso em que o Direito não foi capaz de acompanhar as profundas mudanças sociais. Essas uniões sempre existiram e sempre existirão. O que muda é a forma como as sociedades as enxergam e vão enxergar em cada parte do mundo. Houve uma significativa mudança de paradigmas nas últimas décadas.³¹²

³¹² SANTOS, Débora. Maioria dos ministros do STF reconhece união homossexual. *G1*, São Paulo, 5 maio 2011. Disponível em: <[HTTP://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/supremo-reconhece-uniao-estavel-de-homossexuais.html](http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/supremo-reconhece-uniao-estavel-de-homossexuais.html)>. Acesso em: 20 maio 2011.

Percebe-se, então, que esse histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união estável entre homossexuais foi proferida em decorrência da inércia do Poder Legislativo em reconhecer essa realidade existente na sociedade brasileira, num verdadeiro ativismo judicial³¹³, fixando interpretação conforme a Constituição Federal de dispositivo do Código Civil e, conseqüentemente, reconhecendo outros direitos provenientes da união estável, como o direito à pensão alimentícia, a pensões do INSS, a planos de saúde, direitos sucessórios, direito à adoção, entre outros.

A respeito do fenômeno do ativismo judicial, Luis Roberto Barroso³¹⁴, explica:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Luis Roberto Barroso³¹⁵, em estudo realizado em 2007, pontuou os fundamentos para o reconhecimento da união estável homoafetiva por ele defendida:

[...] Nessa linha, cabe declinar, ao início, que o presente estudo se funda nas seguintes visões de mundo:

- a) a homossexualidade é um fato da vida;
- b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um;
- c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais;

³¹³ Pedro Lenza, em defesa do ativismo judicial, assevera: “É preciso identificar os mecanismos de sua concretização e, nisso, além do papel da sociedade, parece-nos que o Judiciário tem uma importante missão, realizando a implementação da efetividade das normas constitucionais.” LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

³¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Migalhas, 2011. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 31 maio 2011.

³¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, p. 1-32, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2011.

d) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

Com essa decisão do Supremo, ao contrário do que entendem alguns estudiosos, como Lenio Luiz Streck³¹⁶, procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, afirmou-se que não houve exercício abusivo de competência legislativa pelo Supremo, mas tão somente, fixação de interpretação conforme a Constituição com base nos argumentos já transcritos de Luis Roberto Barroso, com os quais se partilha.

Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira³¹⁷ manifestam preocupação com o que denomina de “ativismo judicial” do Supremo Tribunal Federal, em especial, no reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, chegando estes à seguinte conclusão:

E, numa palavra final: quando a Constituição não diz o que gente quer, não podemos “alterá-la” ou “esticá-la” a partir de princípios construídos *ad hoc*. Não se altera a Constituição por intermédio de ativismos judiciais. Quem sabe deixemos isso ao parlamento? Ou isso, ou entreguemos tudo às demandas judiciais! Mas, depois, não nos queixemos do “excesso de judicialização” ou de “ativismos”...! Isso, às vezes, é “bom”; e, às vezes, é “ruim”...!

Discorda-se de tal opinião, uma vez que as situações fáticas não podem deixar de ser reguladas juridicamente pela manifesta omissão do Órgão encarregado de assim proceder, o Poder Legislativo, quaisquer que sejam as razões pelas quais não esteja a cumprir sua função.

³¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. O limite entre o Judiciário e a lei. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 8 maio 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1123555&tit=O-limite-entre-o-Judiciario-e-a-lei>>. Acesso em: 20 maio 2011.

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, 2009. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2011, p. 83.

O dinamismo da vida requer do Poder Judiciário, em especial, da Corte Constitucional, atitude para o fim de açambarcar relações até então excluídas e marginalizadas, fazendo valer a máxima contida na Constituição da construção de uma sociedade justa e solidária, sem preconceito de qualquer natureza.³¹⁸

Ademais, essa decisão do Supremo tem como consequência jurídica criar a obrigação ao Poder Legislativo de expedir regulamentação normativa acerca da questão, reforçando o fato de que o Estado não pode deixar de garantir os direitos desses cidadãos, utilizando-se do Direito Penal inclusive no que se refere à tutela penal.

Direitos estes ameaçados por condutas discriminatórias, homofóbicas, intoleráveis em um Estado Democrático de Direito regido por uma Constituição que erigiu dentre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, que possui dentre seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e que eleva, como um de seus direitos fundamentais, a igualdade entre homens e mulheres, independente de suas preferências sexuais; preferência sexual cuja escolha está inserida dentro de sua liberdade individual e protegida pela inviolabilidade a sua intimidade e vida privada.

Discordando da opinião dos autores acima transcrita e elogiando a emblemática decisão do Supremo, George Marmelstein³¹⁹ assim exterioriza seu pensamento:

No caso da ADPF 132/RJ, a solução do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de incluir uma categoria de pessoas que até então não estava inserida no contexto das preocupações morais de muitos membros da sociedade brasileira. Por isso, ela merece todos os aplausos de qualquer ser humano que se preocupa com o outro e atende com perfeição ao mandamento constitucional de construção de uma sociedade justa e solidária, sem preconceito de qualquer natureza.

³¹⁸ MARMELSTEIN, George. *Jurisprudência Arco-Íris*: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas. Scribd, 24 maio 2011. p. 1-37. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/56183523/arcoiris-versao-completa>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 36.

Realçando a relevância dessa decisão do Supremo Tribunal Federal trazem-se aqui as palavras de Maria Berenice Dias³²⁰:

Assim, o Supremo Tribunal Federal, com coragem, sensibilidade e sabedoria, em histórica decisão, reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar, assegurando aos parceiros homossexuais os mesmos direitos e deveres dos companheiros das uniões estáveis.

Para o reconhecimento de direitos, ninguém pode ficar à mercê do legislador, quando este se nega a legislar, quer alegando motivos de natureza religiosa, quer por temer ser rotulado de homossexuais, ou, quem sabe, por medo de comprometer sua reeleição.

Mas a ausência de lei não significa ausência de direito e nenhum juiz pode se omitir do dever de julgar. Daí os avanços em sede jurisprudencial.

No mesmo sentido são as ideias de Luiz Edson Fachin e Melina Girardi Fachin³²¹:

Nota-se, portanto, clara imbricação entre o princípio alicerce da dignidade da pessoa humana e a faculdade de livre desenvolvimento das potencialidades da personalidade individual, o que per se engloba o direito à autodeterminação sexual e seu consequente respeito.

Para o fim de reforçar a necessidade de dar efetividade às normas constitucionais, em especial, o preceito que constitui a dignidade da pessoa humana como verdadeiro direito público subjetivo do indivíduo, ressalta-se ainda, o pensamento de Paulo Hamilton Siqueira Júnior³²²:

A Constituição Federal, como toda norma jurídica, traz verdadeiros direitos subjetivos públicos. O texto constitucional, por exemplo, quando estatui o direito à saúde e educação, cria verdadeiro direito subjetivo público, podendo o particular, dentro dos critérios de razoabilidade, exigir a atuação positiva do Estado para fazer valer seu direito a prestações existenciais mínimas.

³²⁰ DIAS, Maria Berenice. *O reconhecimento do direito à diferença*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/o_reconhecimento_do_direito_%E0__diferen%E7a.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2011b.

³²¹ FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 116-127, p. 121.

³²² SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade: o direito do século XXI é tolerância, bom senso e cidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 252-276, p. 273.

A efetividade da Constituição e do seu ponto fulcral, que é a dignidade da pessoa humana é colocada em xeque no contexto contemporâneo, que podemos denominar pós-modernidade, cujo desafio é a concreta realização desses direitos.

O Supremo Tribunal Federal, numa manifestação de compreensão da necessidade de adequar o Direito à realidade social, manifesta-se instando o Poder Legislativo a assim proceder, acelerando seus passos mediante tais decisões, já que as mudanças frenéticas e complexas da sociedade não podem ficar à mercê do lento caminhar das alterações legislativas.

A mais alta corte do Poder Judiciário agiu com acerto ao reconhecer a união estável, no entanto, a maioria dos brasileiros é contra essa decisão, conforme pesquisa nacional realizada pelo Ibope³²³, cujos números obtidos, em síntese, foram os seguintes:

De acordo com o levantamento, 55% dos brasileiros são contrários à decisão e 45% são favoráveis. O levantamento também aponta que 63% dos homens são contra a decisão do STF, enquanto apenas 48% das mulheres são da mesma opinião. Entre os jovens de 16 a 24 anos, 60% são favoráveis. Já os maiores de 50 anos são majoritariamente contrários (73%). Entre as pessoas com formação até a quarta série do ensino fundamental, 68% são contrários. Na parcela da população com nível superior, apenas 40% não são favoráveis à medida.

Sobre a aprovação à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, os resultados seguem a mesma tendência, segundo o instituto. A pesquisa aponta que 55% dos brasileiros se declaram contrários. Entre os homens, o indicador é mais alto, com 62% de opositores. O mesmo ocorre entre as pessoas com mais de 50 anos (70%). Entre os brasileiros com escolaridade até a quarta série do ensino fundamental, 67% são contra. Outros 60% se declaram contrários no Nordeste, 57% no Norte e no Centro-Oeste, 55% no Sul e 52% no Sudeste.

Para 73% dos pesquisados, a revelação de que suas amizades são homossexuais não interferiria em nada no relacionamento. Outros 24% disseram que afastariam muito ou pouco e 2% não souberam responder. Embora com menor intensidade, o mesmo padrão de opinião nas respostas anteriores se repete no comparativo por faixa etária, nível de escolaridade, sexo e região do país.

³²³ G1. 55% das pessoas são contra união estável gay, diz pesquisa do Ibope. São Paulo, 28 jul. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/07/55-das-pessoas-sao-contrario-união-estavel-gay-diz-pesquisa-do-ibope.html>>. Acesso em: 2 ago. 2011.

Entre as mulheres, 80% não se afastariam dos amigos homossexuais. Entre jovens de 16 a 24 anos, 81% dos jovens não se afastariam e 85% das pessoas com nível superior de escolaridade também defendem que não haveria mudança na amizade. No Sudeste, 79% das pessoas disseram que não se afastariam. No Norte e Centro-Oeste, 72% têm a mesma opinião. No Sul, são 70% e, no Nordeste, 66%.

A pesquisa do Ibope permite aferir que a elevação do nível cultural do pesquisado é fator preponderante no aumento de sua tolerância, permitindo aferir mais uma vez, a importância fundamental da educação como fator de mudança de comportamento da população brasileira.

Para a pesquisa, Ednaldo Aparecido Ribeiro³²⁴ explicou que houve utilização das bases de dados produzidas pelo projeto World Values Survey (WVS) em sondagens conduzidas no Brasil nos anos de 1991, 1997 e 2006, sendo a WVS uma grande investigação sobre mudanças socioculturais e sociopolíticas nos países latino americanos. Na referida pesquisa, os entrevistados, nos anos de 1991, 1997 e 2006, tiveram que responder se evitariam ter como vizinhos pessoas pertencentes a certas minorias.

No Brasil, o trabalho revelou uma tendência de redução da rejeição de homossexuais como vizinhos, passando de 30,2% nos anos de 1991 para 21,5% no ano de 2006. Aspecto interessante foi o fato de que, entre os entrevistados, ser espírita reduziu em 88% a chance de fazer parte do grupo que rejeita homossexuais como vizinho e, a cada nível de escolaridade adicionado, houve redução de 14% da rejeição.

A mesma tendência foi percebida entre os entrevistados brasileiros no que se refere à rejeição de vizinhos com HIV, diminuindo de 23,6% (1991) para 14,85 (2006) e de vizinhos de outras raças cuja diminuição passou de 4,8% para 4,4%. Anota-se, no entanto, que não houve diminuição, mas sim, aumento da rejeição no que se refere a vizinhos imigrantes que subiu de 3,9% para 6,7%.

³²⁴ RIBEIRO, Ednaldo Aparecido. Mudança de valores e tolerância entre brasileiros. *Desarrollo Humano*, Santiago, n. 73, p. 1-26, 2011. Edición especial. Disponível em: <http://www.revistadesarrollohumano.org/descarga.php?archivo=iehfzgjHe03Brasil_73.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.

Recentemente, a Organização das Nações Unidas se mostra mais preocupada com a predominância da discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero, dado o crescente número da violência cometida contra os homossexuais em todo o mundo, razão pela qual editou o folheto denominado: *Combater a Discriminação com Base na Orientação Sexual e na Identidade de Gênero* (2010), preparado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.³²⁵

Nesse material, há diversas manifestações de autoridades da ONU bem como orientação de suas agências, visando ao combate a esse tipo de discriminação:

Peço a todos os governos que tomem medidas para eliminar o estigma e a discriminação enfrentados por homens que fazem sexo com homens, lésbicas e transgêneros. Eles devem criar também ambientes sociais e legais que assegurem o respeito aos direitos humanos e permitam o acesso universal à prevenção, tratamento, cuidado e ajuda contra a AIDS – Diretor Executivo da UNAIDS, Michel Sidibé. 17 de maio de 2010. [grifado].

Os órgãos da ONU que tratam dos direitos humanos, cujo papel é monitorar o cumprimento dos Estados com suas obrigações sob os direitos humanos internacionais, têm reiterado que os Estados têm obrigação, de acordo com as provisões existentes, de proteger pessoas da violência e da discriminação com base em sua orientação sexual – Alta Comissária de Direitos Humanos da ONU, Navi Pillay, 01 de fevereiro de 2011.³²⁶

Os Estados, entre eles o Brasil, devem envidar todos os esforços para a proteção das pessoas que sofrem com a violência e a discriminação com base em sua orientação sexual.

Em recente entrevista concedida ao jornal Folha de S. Paulo, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, em mais uma corajosa e lúcida tomada de posição, defendeu publicamente, pela primeira vez, a criminalização da homofobia. Ao ser questionado se era a favor, assim respondeu: “Tenho [para mim] que sim. O homofóbico exacerba tanto o seu preconceito que o faz chafurdar no

³²⁵ NAÇÕES UNIDAS. *Combater a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero*. Nova York, 2010. Folheto. 2 p. Disponível em: <http://www.onu.org.br/docs/discriminacao-onu-pt_br.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2011.

³²⁶ Ibid.

lamaçal do ódio. E o fato é que os crimes de ódio estão a meio palmo dos crimes de sangue.”³²⁷

O rel. min. Carlos Ayres mais uma vez antecipa o que é inevitável e manifesta pensamento de parte significativa da sociedade, que não tolera mais a opressão e a violência imposta a esse segmento social, por ser tal prática inaceitável e não condizente com as diretrizes fixadas por um Estado Democrático de Direito e que possui, dentre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, confira-se a assertiva realizada por Maria Berenice Dias³²⁸:

Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela Constituição Federal. Infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais que acabam por causar sentimento de rejeição e sofrimentos.

O Estado deve atuar na formação de uma consciência centrada no respeito à diversidade, reforçando a tolerância e concretizando a solidariedade, em compromisso contra todas as formas de discriminação, opressão e violência, formando pessoas capazes de construir novos valores, fundados no respeito integral à dignidade da pessoa humana e no reconhecimento das diferenças como elementos de construção da justiça.

Não é outro o entendimento de Paulo Hamilton Siqueira Júnior³²⁹, ao afirmar que a pós-modernidade e as mudanças sociais nela inseridas trazem para o direito a ideia de tolerância, bom senso e cidadania:

O direito ganha especial desafio na pós-modernidade. Se a modernidade exigiu a reafirmação dos valores liberdade, igualdade e

³²⁷ BRITTO, Carlos Ayres. Pela 1ª vez, ministro do STF defende criminalização da homofobia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 4 jul. 2011. Entrevistadores Felipe Seligman Johanna Nublat. Disponível em: <<http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2761572/preconceito-de-homofobico-o-faz-chafurdar-no-odio>>. Acesso em: 8 jan. 2011.

³²⁸ DIAS, Maria Berenice. Liberdade de orientação sexual na sociedade atual. In: FÓRUM SEMIRA PELA IGUALDADE, 1., 2007, Goiânia. Palestra. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53_-_liberdade_de_orienta%E7%E3o_sexual_na_sociedade_atual.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

³²⁹ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade: o direito do século XXI é tolerância, bom senso e cidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 252-276, p. 274.

fraternidade, a pós-modernidade deve caminhar para a consagração da tolerância, da diversidade e da cidadania. O direito contemporâneo é “tolerância e bom senso e cidadania”.

Paulo Hamilton Siqueira Júnior³³⁰ assim conceitua a tolerância:

A tolerância é o respeito à diversidade. A tolerância reafirma o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana passa pela dignificação do outro, do diferente, do antagônico. Tolerar é preservar o diferente, que pensa e age diferente.

A sociedade contemporânea não se preocupa com os excluídos e com as minorias, prefere rotulá-los.

O difícil é conviver com as diferenças, pois somos diferentes.

Sábias são as palavras de Roger Raupp Rios³³¹:

A concretização da proibição constitucional da discriminação por motivo de sexo reclama atenção para as diversas expressões e identidades sexuais e de gênero que se afirmam e se constroem nas sociedades democráticas contemporâneas.

O tema é atual, constituindo-se preocupação não somente do Direito, sendo abordado pela mídia em seus diversos segmentos, escrita, falada e televisionada, tendo sido título da capa da revista “Época”, n. 668, de 7 de março de 2011, e objeto de extensa matéria, na qual se chama atenção ao elevado número de agressões efetivadas contra homossexuais, nos diversos Estados da Federação e tal ocorrendo de forma gratuita, chocante e brutal.³³²

³³⁰ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade: o direito do século XXI é tolerância, bom senso e cidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 252-276, p. 266.

³³¹ RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; Piovesan, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 695-720, p. 696.

³³² “Dos 485 casos de homofobia registrados na cidade do Rio entre julho de 2009 e dezembro de 2010, a maior parte foi na Zona Sul, justamente a região de costumes mais liberais. A presença ostensiva dos gays na cena social pode contribuir, portanto, para a violência.” MELLO, Kátia et al. Amor e ódio aos gays. *Época*, São Paulo, n. 668, p. 96-102, 7 mar. 2011.

Segundo um dos entrevistados, uma das justificativas para o fenômeno é que os homossexuais atualmente não estariam mais confinados em guetos, mas sim, presentes nas mais diversas esferas sociais, deixando a reclusão a qual sempre lhes foi destinada. Tal comportamento estaria motivando uma resposta agressiva e por vezes, fatal, dos que se sentem incomodados com a presença dos “diferentes” a ponto de a intolerância se expandir em forma de inaceitáveis agressões físicas e morais.

Aborda ainda a oportuna matéria que as agressões têm gerado medo e traumas para as vítimas, comprometendo o desenvolvimento de suas potencialidades, enquanto pessoas humanas.

É dever do Estado, que tem como princípio fundante a dignidade da pessoa humana, agir positivamente criminalizando tal conduta. Não se diga que o Direito Penal não se presta a tal finalidade, uma vez que o bem jurídico tutelado é por demais relevante, em que se inclui a liberdade, a pluralidade, integridade física e, muitas vezes, a vida da pessoa humana.

É o entendimento esposado por Roger Raupp Rios³³³, membro do Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos/Instituto de Medicina Social/Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ao afirmar:

Neste quadro, as violações físicas diretas à vida e à integridade física de grupos contra os quais se dirige a discriminação heterossexista são realidades inadmissíveis, cuja superação é vital para a promoção dos direitos humanos e o combate à homofobia. Diante desses episódios, cuja frequência horroriza, não se deve exigir menos que a atuação dos órgãos estatais de persecução penal, extraindo-se do direito penal e do direito civil toda a responsabilização cabível.

A criminalização de condutas homofóbicas significa a concretização do direito fundamental à igualdade e à tolerância, numa visão pós-positivista, sedimentada na solidariedade, na dignidade da pessoa humana e na justiça social.

³³³ RIOS, Roger Raupp. Homofobia na perspectiva dos Direitos Humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (Org.). *Diversidade sexual na educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009. p. 53-83. Disponível em: <<http://portaldoprofessor.mec.gov.br/storage/materiais/0000015502.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2011, p. 79.

A recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, que reconheceu a união estável homoafetiva, demonstra mais uma vez a necessidade de uma maior e mais célere atuação do Poder Legislativo Brasileiro, na regulamentação de realidades existentes, provenientes das mais variadas mudanças sociais.

Nessa mesma linha, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha³³⁴ pontua:

Certamente, o advento de novas realidades e mutações sociais impõe a adoção de posturas inovadora. Se, porventura, a regulamentação legislativa não consegue acompanhá-las com a devida celeridade e presteza, deve o Poder Público valer-se dos mecanismos interpretativos para colmatar o vácuo normativo, não apenas em respeito ao dever de eficiência, como em observância às determinações contidas no *caput* do art. 5º da norma constitucional, que projeta a igualdade na lei e a igualdade perante a lei.

Trilhando o mesmo pensamento, Maria Berenice Dias³³⁵ afirma:

As relações sociais são dinâmicas. Totalmente descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, com conceitos fixados pelo conservadorismo do passado. Encharcados da ideologia machista e discriminatória, própria de um tempo já totalmente ultrapassado pela história da sociedade humana. Necessário é pensar com conceitos jurídicos atuais, que estejam à altura de nosso tempo.

Já em 4 de fevereiro de 2010, a ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, relatando o Recurso Especial n. 1.026.981-RJ, 3ª Turma, DJE 23/02/2010, compartilhava do mesmo entendimento acima mencionado, julgando procedente o pedido de pensão *post mortem* feito à entidade fechada de previdência privada complementar, com base na existência de união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo. São suas as seguintes palavras proferidas nesse julgamento:

[...] enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos tribunais devem ter sua tutela

³³⁴ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 160-176, p. 164.

³³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e o direito à diferença*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26_-_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%E7a.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2011c, p. 12-13.

jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam, não só o Direito Constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Destarte, especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

Sendo assim, é possível considerar que pessoas que têm opção sexual diversa da tradicional tiveram mais um de seus direitos fundamentais reconhecidos pela Suprema Corte Brasileira, o que reforça ainda mais a necessidade de sua tutela também no âmbito penal, em especial quando se constata que os demais ramos no Direito não estão sendo suficientes para evitar atos ilícitos discriminatórios, garantir a integridade e a vida dessas pessoas.

O legislador penal não pode mais ignorar as mudanças sociais advindas desse novo conceito de família homoafetiva, sob pena de instituir um enorme paradoxo, reconhecer e proteger as consequências civis desta, não obstante a ausência de tutela penal dos valores que alicerçam aludida relação tais como a tolerância, a diversidade, a dignidade e a igualdade, de forma a possibilitar e tolerar condutas discriminatórias e atentatórias de bens jurídicos como a integridade física e a vida de seus integrantes.

Esses bens são flagrantemente violados pelo ódio ao diferente, cujo proceder encontra precedente nos Estados totalitários e numa visão que não encontra amparo e nem guarida em uma sociedade que se pretenda democrática e que tenha assumido o compromisso constitucional e mediante tratados de defesa dos Direitos Humanos.

5.4 TRABALHO ESCRAVO

Na condição de escravo, a pessoa é comparada a um objeto, uma coisa, sendo que tal prática remonta à Antiguidade, época em que vários povos foram utilizados para a realização de tarefas, em geral, fisicamente pesadas e desgastantes. Hodiernamente, o trabalho forçado, realizado com cerceamento da liberdade, é exatamente o oposto do trabalho digno, denominado “trabalho decente”.

Ressalta-se que, em sendo considerada coisa, a pessoa não era sujeito de direitos, nem mesmo a própria vida que pertencia a seu senhor, não possuindo direito à dignidade e à liberdade.

A respeito da coisificação dos humanos pelo trabalho escravo, Flávia Piovesan³³⁶ afirma:

À luz da universalidade dos Direitos Humanos, o trabalho escravo viola sobretudo a ideia fundante dos direitos, baseada na dignidade humana, como um valor intrínseco à condição humana. O trabalho escravo surge como a negação absoluta do valor da dignidade humana, da autonomia e da liberdade. Neste perverso processo de coisificação dos humanos, o trabalho escravo alcança de forma desproporcional os grupos socialmente mais vulneráveis, como as mulheres, as meninas, as populações afro-descendentes e as populações socialmente excluídas.

Aquele que é submetido à escravidão é constantemente humilhado, tendo sua dignidade ferida gravemente e tolhida sua liberdade. Flávia Piovesan³³⁷ traz ainda os seguintes indicadores:

Estima-se que 12,3 milhões de pessoas sejam vítimas de trabalho escravo na ordem contemporânea, sendo que, deste universo, mais de 2,4 milhões são vítimas de tráfico; 9,8 milhões são exploradas por agentes privados; 2,5 milhões são forçadas a trabalhar pelo Estado ou por grupos rebeldes militares.

Na medida em que a sociedade evoluiu, foram sendo impostos limites à escravidão com o objetivo de eliminar essa prática abominável pelo ordenamento jurídico dos Estados.

³³⁶ PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos Direitos Humanos. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006c. p. 151-165, p. 164.

³³⁷ *Ibid.*, p. 151.

Internacionalmente, insta mencionar a Convenção sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório, de 28 de junho de 1930, a qual entrou em vigor em 1º de maio de 1932 e a Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado,³³⁸ de 26 de junho de 1957, em vigor a partir de 17 de janeiro de 1959³³⁹.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 proclama: “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas (artigo IV) [...]”.³⁴⁰

A Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) de 22 de novembro de 1969 dispõe que: “Ninguém pode ser submetido à escravidão ou à servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as formas (artigo 6.1) [...]”.³⁴¹

Tal proibição no âmbito internacional reforça a indissociável ligação entre a liberdade e a defesa dos Direitos Humanos. A própria essência dos Direitos Humanos é atacada ao se verificar a ocorrência de escravidão da pessoa humana, já que, nessa situação, a pessoa encontra-se desprovida do livre exercício do direito à liberdade e à sua dignidade. Ademais, o trabalho escravo significa “fincar os pés” em determinada classe social, sendo impossível a elevação social.

³³⁸ A Convenção de 1932 define trabalho forçado, para efeitos da lei internacional, como “[...] todo o trabalho ou serviço que seja exigido a qualquer pessoa, sob ameaça de qualquer penalidade, e para o qual a essa pessoa não se tenha oferecido voluntariamente.” ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório* [de 28 de junho de 1930]. Brasília, DF, 1932. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_29.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

³³⁹ A Convenção de 1959 especifica certos pressupostos perante os quais o trabalho forçado nunca deverá ser imposto, mas não altera a definição básica da lei internacional. Ibid.

³⁴⁰ NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Brasília, DF, 1948. Não paginado. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

³⁴¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica)*. San José de Costa Rica, 1969. Não paginado. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atualizacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/Pacto%20de%20San%20Jose%20da%20Costa%20Rica.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

Porém nota-se que, que apesar da evolução da sociedade, o trabalho escravo continuou a existir e permanece até os dias atuais, em especial, nos países pobres e em desenvolvimento.

Em 2002, a OIT iniciou no Brasil um projeto para ajudar as instituições nacionais a erradicar o problema do trabalho escravo, o que resultou na elaboração do Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, firmado em março de 2003.³⁴²

A promoção do trabalho decente passou a ser um compromisso assumido entre o governo brasileiro e a OIT a partir de junho de 2003, com a assinatura, pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, e pelo Diretor-Geral da OIT, Juan Somavia, do Memorando de Entendimento que prevê o estabelecimento de um Programa Especial de Cooperação Técnica para a Promoção de uma Agenda Nacional de Trabalho Decente, em consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores. Em maio de 2006 foi elaborada a Agenda Nacional de Trabalho Decente.

A partir de então, ocorreram diversos avanços no combate a este problema, os quais foram reconhecidos no Relatório Global da OIT – *Uma Aliança Global contra o Trabalho Forçado* (2005).³⁴³ A par disso, esses esforços não foram suficientes para disseminar esse problema, o que se comprova ao se deparar com notícias a respeito de trabalho escravo em pleno ano de 2011. Recente notícia de 1º de março de 2011 corrobora essa tão abominável prática no Estado de Mato Grosso do Sul:

Um grupo de 16 índios foi encontrado em situação análoga à escravidão na Fazenda Vargem Grande, que pertence à Agropecuária Rio Miranda Ltda e fica em Miranda (MS). Os trabalhadores eram responsáveis pela limpeza de área destinada à formação de pastos para criação de gado bovino. Os indígenas são da etnia Terena e vivem na Aldeia Lalima, em Miranda (MS), a 10 km da propriedade. A ação ocorreu em 25 de janeiro deste ano e contou com a participação do Ministério Público do Trabalho (MPT), do

³⁴² SAKAMOTO, Leonardo (Coord.). *Trabalho escravo no Brasil do século XXI*. Brasília, DF: Organização Internacional do Trabalho, 2007. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/download/sakamoto_final.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2011.

³⁴³ Ibid.

Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e da Polícia Federal (PF). Não havia fornecimento de água potável às vítimas, que utilizavam água de um córrego para consumir e tomar banho. Não havia instalações sanitárias no local. Durante a execução dos serviços, os empregados não utilizavam nenhum equipamento de proteção individual (EPI). Os próprios trabalhadores preparavam as refeições em um fogão a lenha improvisado.³⁴⁴

Segundo o Departamento de Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo, do Ministério do Trabalho e Emprego, no ano de 2009, no Estado de Mato Grosso do Sul, foram realizadas três operações³⁴⁵ de fiscalização para erradicação do trabalho escravo, cinco inspeções em estabelecimentos, sendo libertados vinte e dois trabalhadores.³⁴⁶

Esse mesmo Departamento disponibilizou um quadro das operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo do ano de 2010, em que se constata a realização de uma única operação com resgate de 8 trabalhadores no Estado de Mato Grosso do Sul, bem como, que o Estado do Pará apresenta o maior número de operações, totalizando 33, tendo sido resgatados ao todo, 559 trabalhadores.³⁴⁷

³⁴⁴ PYL, Bianca. *Indígenas são explorados em condições degradantes*. Repórter Brasil, 1º mar. 2011a. Não paginado. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1863&name=Indígenas-são-explorados-em-condições-degradantes>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

³⁴⁵ Operações: constitui-se na ação de uma equipe formada por auditores fiscais do trabalho, procurador do Ministério Público do Trabalho (MPT), agentes da polícia federal (eventualmente, delegado) e motoristas, com vistas a verificar in loco denúncia de prática de trabalho análogo a de escravo. A operação também pode ser impulsionada a partir do planejamento interno do MTE. Uma operação pode abranger a fiscalização de um ou mais estabelecimentos. BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo. *Resultados da fiscalização para erradicação do trabalho escravo por federação e anual – 2009*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/est_resultado_quadro_divulgacao2009.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011.

³⁴⁶ Os dados referentes a todo o Brasil podem ser encontrados no *Relatórios Específicos de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo*, no Anexo C deste trabalho.

³⁴⁷ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo. *Resultados da fiscalização para erradicação do trabalho escravo por federação e anual – 2010*. Brasília, DF, 2011f. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/est_resultado_quadro_trabescravo2010.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011.

Já em estatística nacional sobre o resultado das operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo – Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT)/Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (SRTE) referente ao ano de 2010, o Departamento de Fiscalização do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego informa que foram realizadas 141 operações, inspecionados 305 estabelecimentos, resultando no resgate de 2.617 trabalhadores e 3.926 Autos de Infração lavrados.³⁴⁸

Nos Estados em que há maior incidência de trabalho escravo, deve haver especial esforço no combate a isso mediante a utilização conjunta tanto das normas protetivas externas quanto de normas internas.

Defendendo também esta posição, José Cretella Neto³⁴⁹ afirma:

É preciso ter em mente que a questão da responsabilidade criminal individual assinala a convergência de elementos do Direito Internacional tradicional com os Direitos Humanos e o Direito Humanitário, devendo ser levados em consideração tanto os mecanismos nacionais quanto os internacionais de cumprimento.

No *Relatório Global sobre o Trabalho Escravo* elaborado pela OIT – referente ao ano de 2009, constam os seguintes dados que foram disponibilizados pelo Governo do Brasil, a respeito do número de pessoas libertadas de situações de trabalho forçado:

Em 2006, o Ministério do Trabalho e do Emprego libertou 3.266 indivíduos de condições laborais equivalentes ao trabalho forçado.

Em 2007, o Ministério anunciou um novo recorde de pouco menos de 6.000 pessoas libertadas só nesse ano, e um total de mais de 30.000 libertações, desde que os grupos de inspeção móveis iniciaram suas atividades em 1995.

³⁴⁸ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo. *Resultados da fiscalização – janeiro a dezembro de 2010*. Brasília, DF, 2011g. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DEC3B32012DECA21BCB04D0/Resultados%20da%20Fiscalização%20-%20Jan-Dezembro%202010.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2011.

³⁴⁹ CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijui, 2008.

Nos primeiros seis meses de 2008, foram inspecionadas separadamente 96 propriedades rurais, normalmente em áreas remotas, tendo sido libertadas 2.269 vítimas de “trabalho escravo” em 14 Estados.³⁵⁰

O direito à liberdade, mitigado no trabalho escravo, está inserido naquele rol de direito que se deve considerar pertencente a um mínimo ético na proteção dos Direitos Humanos e, dessa maneira, o Estado deve utilizar todos os mecanismos disponíveis para o efetivo combate.

Oportuno trazer a seguinte jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região do Estado de Mato Grosso do Sul a respeito do tema ora tratado:

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - TRABALHO ESCRAVO INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. O trabalho escravo contribui sobremaneira com o crescimento das assimetrias sociais e vem sendo coibido por diversos órgãos governamentais, num verdadeiro esforço conjunto para disseminá-lo. Assim, o simples indício da ocorrência desse tipo de trabalho atrai o interesse público justificador da intervenção do *parquet*, ante à amplitude e relevância da missão constitucional que lhe é reservada (art. 127). Recursos das reclamadas não providos.³⁵¹

Ainda, confira-se parte do voto do Desembargador João Carlos Brandes Garcia, da 2ª Turma Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, ao julgar o recurso de Apelação Criminal nº 2001.000508-8/0000-00 – Ribas do Rio Pardo:

Registre-se que o delito em tela reclama maior reprovação, pois a sociedade luta para alcançar a dignidade da pessoa humana, não sendo possível tolerar que, nos dias atuais, encontremos pessoas reduzidas à condição de escravo, fato proibido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 1969 e vigente desde 1978.

Deve-se levar em conta, ainda, que o *status libertatis* é de interesse do Estado e que é irrelevante a concordância da vítima com a situação, pois, na maior parte das vezes, senão em todas, age

³⁵⁰ SAKAMOTO, Leonardo (Coord.). *Trabalho escravo no Brasil do século XXI*. Brasília, DF: Organização Internacional do Trabalho, 2007. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/download/sakamoto_final.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2011, p. 536.

³⁵¹ TRT, 24ª Região, RO n. 00971-2002-071-24-00-6, juiz rel. Ricardo Geraldo Monteiro Zandona, j. 10/09/2009, DOE 26/09/2003.

premada por necessidades básicas, aproveitando-se o agente dessa situação.

Ademais, é de conhecimento geral a prática dos atos narrados na denúncia, na Comarca de Ribas do Rio Pardo, sendo a região alvo de várias campanhas de políticas públicas, tanto federais como estaduais, voltadas para a erradicação do trabalho infantil e, também, de casos como o presente. Correta, pois, a condenação.

Continuando com o levantamento de dados estatísticos, verifica-se, conforme Quadro Demonstrativo da Atuação das Procuradorias Regionais do Trabalho na Apuração de Denúncias de Trabalho Forçado/Escravo da Procuradoria Regional do Trabalho da 24ª Região do Estado de Mato Grosso do Sul (ANEXO C), que, neste ano de 2011, até o presente momento, foram apuradas 49 denúncias, resultando em 24 procedimentos administrativos em andamento, 15 procedimentos arquivados, 4 ações arquivadas e 10 Termos de Ajustamento de Conduta firmados.

A realidade aferida por meio dos dados acima induzem à necessária conclusão da relevância em tornar mais eficiente a criminalização já prevista no artigo 149³⁵², do Código Penal, a fim de combater as mais diversas formas de trabalho escravo contemporâneo, notadamente, nas zonas rurais³⁵³, mediante políticas públicas³⁵⁴ e ações afirmativas, de conformidade com o já explanado princípio da proibição da proteção eficiente.

³⁵² "[...] Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena: reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. "§1º. Nas mesmas penas incorre quem: I- cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II- mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. "§ 2º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I- contra criança ou adolescente; II- por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem".

³⁵³ Para o Juiz do Trabalho da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté-SP, "[...] a escravidão contemporânea é produto lateral da chamada globalização da economia". FELICIANO, Guilherme Guimarães. Do crime de redução a condição análoga à de escravo, na redação da lei n. 10.803/2003. *Revista do Tribunal do Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 25, 2004. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev25Art3.pdf>. Acesso em: 11 set. 2008.

³⁵⁴ "Elaborado pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), constituída pela Resolução 05/2002 do CDDPH e que reúne entidades e autoridades nacionais ligadas ao tema, o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo atende às determinações do Plano Nacional de Direitos Humanos e expressa uma política pública permanente que deverá ser fiscalizada por um órgão ou fórum nacional dedicado à repressão do trabalho escravo." (BRASIL, 2003). BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo*. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/trab_escravo/7337.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2011.

Em se tratando de proteção ineficiente, confira-se recente caso ocorrido em Naviraí, MS, em que o Grupo Especial de Fiscalização Móvel constatou que trabalhadores da Empresa Infinity Agrícola S/A e da Usina Naviraí S/A Açúcar e Álcool submetiam seus trabalhadores à situação indigna e degradante, como péssimas condições sanitárias, água imprópria para o consumo e outros, o que fundamentou a propositura de Ação Civil Coletiva (autos n. 0000654-46.2010.24.0086) pelo Ministério Público do Trabalho, ainda em trâmite, cujo pedido consiste na rescisão indireta dos contratos de trabalho dos trabalhadores rurais da Infinity, com o pagamento das respectivas verbas rescisórias.

E ainda, registre-se que, em junho deste ano, uma equipe de fiscalização do Ministério do Trabalho encontrou uma casa na Zona Norte de São Paulo onde 16 pessoas, sendo 15 bolivianos, viviam e trabalhavam em condições de semiescravidão.³⁵⁵ Eles produziam peças para a uma empresa fornecedora da marca de roupas Zara, que faz parte do grupo espanhol Inditex. Esse registro de exploração desse tipo de trabalho no Brasil e nos países da América Latina, por empresas pertencentes ao "primeiro mundo", é um triste exemplo de exploração de mão de obra barata e/ou escrava.

Insta ressaltar a publicação da Medida Provisória n. 74, de 23 de outubro de 2002, que altera a Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, para assegurar o pagamento de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado da condição análoga à de escravo, e da Resolução n. 306, de 6 de novembro de 2002, que estabelece procedimentos para a concessão do benefício do Seguro-Desemprego ao trabalhador resgatado da condição análoga à de escravo, que consiste em importantes instrumentos colocados à disposição do cidadão em tal estado de vulnerabilidade.

³⁵⁵ GUERRA, Carolina. Marca Zara está envolvida em denúncia de trabalho escravo. *Veja*, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/trabalho-escravo-encontrado-na-rede-da-zara>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

Relevante pontuar os documentos oficiais brasileiros relacionados ao trabalho escravo:³⁵⁶

- a) 2º Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo; autor: Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Presidência da República, data: 2008; acesso: <http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/novoplanonacional.pdf>;
- b) Lista Suja do Trabalho Escravo; autor: Ministério do Trabalho e Emprego; data: atualização constante desde 2003; acesso: <http://www.reporterbrasil.com.br/listasuja/>;
- c) Moção pela permanência do Projeto de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil da Organização Internacional do Trabalho; autor: Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo; data: 2006; acesso: http://www.reporterbrasil.org.br/documentos/mocao_oit.pdf;
- d) Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo; autor: Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Presidência da República; data: 2003; acesso: http://www.reporterbrasil.com.br/documentos/plano_nacional.pdf.

Sobre o Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, importante destacar que é um documento que apresenta medidas a serem cumpridas pelos diversos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público e entidades da sociedade civil brasileira, demonstrando a preocupação do Governo no enfrentamento desse desafio.

Já a “lista suja” consiste em Cadastro de empregadores, pessoas físicas e jurídicas, flagradas pela fiscalização na prática de trabalho escravo ou análogo à escravidão, criada pelo Ministério do Trabalho e Emprego pela Portaria n. 540, de 15

³⁵⁶ REPÓRTER BRASIL. *Documentos para pesquisa sobre trabalho escravo*. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/conteudo.php?id=3>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

e outubro de 2004, cujo principal efeito é impedir o acesso desses empregadores e empresas a linhas de crédito e a incentivos fiscais de bancos oficiais e agências regionais de desenvolvimento.³⁵⁷

Destaca-se ainda o documento elaborado pela OIT, *Perfil do Trabalho Decente no Brasil* (2009), cuja análise evidenciou traços de continuidade de graves problemas como a ocorrência de trabalho forçado, o elevado número de jovens que não trabalham nem estudam e a discrepância salarial entre homens e mulheres e entre brancos e negros.³⁵⁸

Em visita ao Brasil, no dia 19 de março deste ano, o Presidente dos Estados Unidos da América, Barack Obama, assinou com o governo brasileiro um protocolo de cooperação técnica para implementação de atividades relacionadas ao “trabalho decente”, objetivando a promoção dos princípios e direitos fundamentais do trabalhador, criação de empregos e promoção do diálogo social, o que reforça a necessidade de criação de ‘laços’ entre os países, diante das nefastas consequências da globalização.³⁵⁹

A promoção de princípios e direitos fundamentais do trabalhador envolve necessariamente a abolição do trabalho escravo, cuja condição viola flagrantemente o denominado “mínimo ético” da natureza humana.

As tratativas efetivadas pelo governo brasileiro com o americano são louváveis, porém demandam tempo para serem implementadas e certamente, quando isso ocorrer, em muito elas contribuirão para a inclusão social dessa grande massa de pessoas, potencialmente vulneráveis e vítimas do trabalho escravo, por absoluta falta de opção de sobrevivência.

³⁵⁷ VILLELA, Ruth. A experiência do ministério do trabalho e emprego e instituições parceiras no combate ao trabalho escravo contemporâneo. In: CERQUEIRA, Gelba Cavalcante de et al. (Orgs.). *Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: contribuições críticas para sua análise e denúncia*. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ, 2008. p. 141-156.

³⁵⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Perfil do trabalho decente no Brasil*. Brasília, DF, 2009a. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/topic/decent_work/doc/perfiltdbrasil_129.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

³⁵⁹ IG. *EUA assinam acordo sobre "trabalho decente" com Brasil*. São Paulo, 19 mar. 2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/visitaobama/eua+assinam+acordo+sobre+trabalho+decente+com+brasil/n1238180964289.html>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

Muito embora o Estado brasileiro proteja a liberdade e criminalize condutas que reduzam o trabalhador à condição análoga à de escravo, como anteriormente afirmado, essa proteção se mostra deficiente, estando a exigir resposta mais contundente para combater tais práticas que comprometem o desenvolvimento das potencialidades da pessoa, enquanto ser humano, atingindo de modo inexorável sua dignidade.

5.5 TRABALHO INFANTIL

A origem da exploração do trabalho infantil remonta a meados do século XVIII, que tem por destaque a revolução industrial, em que os trabalhadores se deslocaram da área rural para os centros urbanos, tendo como marco nessa época o trabalho em condições desumanas, sendo a exploração e a desvalorização do trabalho característica do aludido período histórico, em que adveio a captação da mão-de-obra barata da mulher e da criança.³⁶⁰

Ainda segundo o doutrinador acima citado, os reiterados abusos em especial contra a criança acarretaram na sociedade movimento no sentido de procurar coibí-los, razão pela qual, no século XIX, diversos países legislaram procurando regulamentar e proteger o direito da criança e do adolescente, vindo a se constituir preocupação da OIT.

É sabido que o trabalho infantil acarreta manifesto prejuízo à criança, comprometendo de forma, por vezes, irremediável seu desenvolvimento como pessoa humana.

Sintetizando as consequências do trabalho infantil, Ana Lúcia Kassouf³⁶¹, professora titular do Departamento de Economia, Escola Superior de Agricultura "Luiz de Queiroz"/Universidade de São Paulo, aponta as áreas da educação, o salário e a saúde dos indivíduos como aquelas que são principalmente atingidas.

³⁶⁰ GOULART, Marcelo Pedroso. A convenção sobre a idade mínima e o direito brasileiro. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tarcio José (Coords.). *Trabalho infantil e Direitos Humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 94-120.

³⁶¹ KASSOUF, Ana Lúcia. *Trabalho infantil: causas e consequências* [sic]. Piracicaba, 2005. Disponível em: <<http://www.cepea.esalq.usp.br/pdf/texto.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

Para Ana Lúcia Kassouf³⁶², o trabalho infantil impede a aquisição de educação e capital humano, e afirma: “[...] quanto mais jovem o indivíduo começa a trabalhar, menor é o seu salário na fase adulta da vida [...]”. Constata ainda que o trabalho infantil, conforme dados do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica, reduz o desempenho escolar, “[...] limitando as oportunidades de emprego a postos que não exigem qualificação e que dão baixa remuneração, mantendo o jovem dentro de um ciclo repetitivo de pobreza já experimentado pelo país.”

Segundo material didático do ECOAR – Educação, Comunicação e Arte na Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente:

O trabalho precoce de meninos e meninas interfere diretamente em seu desenvolvimento:

- físico – porque ficam expostas a riscos de lesões, deformidades físicas e doenças, muitas vezes superiores às possibilidades de defesa de seus corpos;
- emocional – podem apresentar, ao longo de suas vidas, dificuldades para estabelecer vínculos afetivos em razão das condições de exploração a que estiveram expostas e dos maus-tratos que receberam de patrões e empregadores;
- social - antes mesmo de atingir a idade adulta, realizam trabalho que requer maturidade de adulto, afastando-as do convívio social com pessoas de sua idade.³⁶³

Lamentavelmente, o trabalho infantil se constitui em uma triste realidade dos países pobres e em desenvolvimento, servindo de fator de reprodução da pobreza, prática que viola a dignidade e em última análise, afeta de forma inexorável a democracia.

Ainda no escólio de Marcelo Pedrosa Goulart³⁶⁴, constata-se que o motivo que ensejou maior cuidado com a temática de trabalho infantil deve-se às preocupações advindas da transição do Estado liberal ao Estado social.

³⁶² KASSOUF, Ana Lúcia. *Trabalho infantil: causas e consequências* [sic]. Piracicaba, 2005. Disponível em: <<http://www.cepea.esalq.usp.br/pdf/texto.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2011, p. 24-25.

³⁶³ PRÓ-MENINO. *Trabalho infantil*. ECOAR. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/Conteudold/07c8dcdf-d6c0-4543-bac8-3709c5387303/Default.aspx#3>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

³⁶⁴ GOULART, Marcelo Pedrosa. A convenção sobre a idade mínima e o direito brasileiro. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tércio José (Coords.). *Trabalho infantil e Direitos Humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 94-120.

Nesse sentido, a OIT editou diversas Convenções e Recomendações, sendo uma das mais importantes a Convenção n. 138, de 1973 – Convenção sobre Idade Mínima, em que procura estabelecer de forma geral um limite para o trabalho infanto-juvenil, em todas as áreas.³⁶⁵

Aludida Convenção trouxe consigo a Recomendação n. 146, que dispõe sobre a idade mínima.

A diretriz traçada pela Convenção n. 138/1973 foi inserida na Constituição de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), muito embora somente tenha sido ratificada pelo Estado brasileiro na data de 28 de junho de 2002.

Consoante dispõe o artigo 1º Convenção, a meta delineada por esta é a extinção do trabalho infantil, a ser efetivada de forma gradativa de elevação progressiva da idade mínima de admissão ao trabalho ou emprego.

Admite-se, de forma excepcional, a fixação inicial da idade mínima de quinze anos de idade, consoante previsão contida no artigo 2º, § 3º, com a recomendação de elevação para 16 anos (Recomendação n. 146, item II-7). O trabalho é admitido para maiores de quinze e menores de dezoito anos, enquanto perdurar a fase de transição, condicionado às condições, de que não prejudique a saúde, a segurança e a moral da adolescente, artigo 3º, § 1º; o adolescente deve concluir necessariamente a escolarização (art. 7º, § 2º, *contrario sensu*).

Para os países com economia e ensino pouco desenvolvidos, o artigo 2º, § 4º, da Convenção n. 138, admite a fixação da idade mínima de catorze anos para o trabalho comum, desde que em regime de proteção, e o artigo 7º, § 4º, prevê a hipótese de admissão de trabalhos leves a serem realizados pelo adolescente, com idade entre doze e catorze anos.

Ainda assim, os Estados considerados subdesenvolvidos serão monitorados, restando remanescente a obrigação de apresentar relatórios à OIT explicando o motivo da medida excepcional.

³⁶⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 138 – sobre a idade mínima de admissão ao emprego*. Brasília, DF, 1973a. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/legislacao/convencoes/cv_138.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

Há que se mencionar que dificilmente as atividades desempenhadas pelas crianças e adolescente são compatíveis com o estudo e, quando ocorrem aquelas, o fato é responsável pela evasão escolar.³⁶⁶ Assim, aquilo que em uma análise equivocada é considerada uma solução para a pobreza, significa a perpetuação desta.

Destaca Patrícia Saboya Gomes³⁶⁷, senadora pelo Estado do Ceará e Coordenadora da Frente Parlamentar em Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, que, somente nos anos de 1990, o Brasil despertou para a temática e passou a desenvolver ações com vista a erradicar o trabalho infantil, tendo sido um dos primeiros países a aderir, no ano de 1992, ao Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil, coordenado pela OIT.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, de 2009, mostrou significativo avanço no que se refere ao trabalho infantil que prosseguiu em queda (em 2009, 4,3 milhões de pessoas de 5 a 17 anos trabalhavam, contra 4,5 milhões em 2008 e 5,3 milhões em 2004).³⁶⁸ Ainda assim, elevado número de crianças trabalham, quando deveriam estar brincando e estudando, sendo delas retirada a fase mais importante de suas vidas.

Somente no final do século XIX foi inserido, no ordenamento jurídico, legislação com o fito de regulamentar o trabalho da criança e do adolescente, tendo sido o Decreto n. 1.313, de 17 de janeiro 1891, que estabeleceu a vedação para o trabalho a menores de doze anos, excepcionando a situação da criança maior de oito anos, desde que em regime de aprendizagem, nas fábricas de tecidos.³⁶⁹

³⁶⁶ GOMES, Patrícia Saboya. O combate ao trabalho infantil no Brasil: conquistas e desafios. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tércio José (Coords.). *Trabalho infantil e Direitos Humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 89-94.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2009*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad_sintese_2009.pdf>. Acesso: 21 mar. 2011.

³⁶⁹ GOULART, Marcelo Pedroso. A convenção sobre a idade mínima e o direito brasileiro. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tércio José (Coords.). *Trabalho infantil e Direitos Humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 94-120.

De conformidade ainda com a digressão histórica efetivada pelo mencionado doutrinador, o Código de Menores de 1927, preservou a idade de doze anos e proibiu aos menores de dezoito anos o trabalho noturno, que apresentasse perigo à saúde, algum risco de vida e o excessivamente fatigante.

Já a Constituição Federal de 1934, majorou a idade de doze para catorze anos, mantendo a vedação ao trabalho noturno, desta feita, a menores de dezesseis anos, e o trabalho em atividade insalubre, a menores de dezoito anos.

A Constituição Federal de 1967, em flagrante regressão, diminuiu a idade possível para o trabalho para doze anos, a par de manter a vedação aos trabalhos noturnos e insalubres a menores de dezoito anos, o mesmo ocorrendo com a Emenda n. 1/1989.

A atual Constituição Federal, originariamente, fixou como idade mínima para o trabalho dezoito anos, excepcionando desta feita o trabalho na condição de aprendiz a partir dos 14 anos: “Redação Anterior: 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.”

O artigo 7º, inciso XXXIII³⁷⁰, da Emenda Constitucional n. 20, 15 de dezembro de 1998, elevou a idade mínima para dezesseis anos e, para o trabalho na condição de aprendiz, para quatorze anos, incorporando dessa forma a orientação estabelecida pela Convenção n. 138 e pela Recomendação n. 146, proibindo ao adolescente maior de dezesseis anos o trabalho noturno, insalubre e que o prejudique de qualquer forma, consoante se constata à simples análise da Constituição Federal e do disposto no artigo 67 e incisos do Estatuto da Criança e Adolescente³⁷¹.

³⁷⁰ 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;”

³⁷¹ “Art. 67. Ao adolescente empregado, aprendiz, em regime familiar de trabalho, aluno de escola técnica, assistido em entidade governamental ou não-governamental, é vedado trabalho: I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; II - perigoso, insalubre ou penoso; III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social; IV - realizado em horários e locais que não permitam a freqüência à escola.”

Estabeleceu ainda o mencionado Estatuto dois requisitos que devem necessariamente ser atendidos como permissivo legal para a realização do adolescente, ainda que maior de dezesseis anos, quais sejam, o indispensável respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e o trabalho como uma forma de capacitar profissionalmente o adolescente ao mercado de trabalho (art. 69, inc. I e II), *in verbis*:

Art. 69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:

- I - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
- II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

O trabalho tem de ser desenvolvido de forma adequada visando respeitar a especificidade do ser que ainda está em formação e o necessário preparo do adolescente ao mercado, visando a seu desenvolvimento como pessoa.

Ao contrário do sustentado por alguns teóricos, doutrinadores e operadores do Direito, que esposam o entendimento de que o trabalho evita a criminalidade e que melhor que assim aconteça do que a criança ou adolescente permaneça nas ruas, ressalta-se que aludida dicotomia, trabalho ou escola, corresponde a uma premissa equivocada.

Nesse sentido:

Esse argumento é expressão de mentalidade vigente segundo a qual, para crianças e adolescentes (pobres, pois raramente se refere às das famílias ricas), o trabalho é disciplinador: seria a “solução” contra a desordem moral e social a que essa população estaria exposta. O roubo – aí conotando marginalidade – nunca foi e não é alternativa ao trabalho infantil. O argumento que refuta esse é, “antes crescer saudável que trabalhar”. O trabalho infantil marginaliza a criança pobre das oportunidades que são oferecidas às outras. Sem poder viver a infância estudando, brincando e aprendendo, a criança que trabalha não é preparada para vir a ser cidadã plena, mas para perpetuar o círculo vicioso da pobreza e da baixa instrução.³⁷²

³⁷² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Combatendo o trabalho infantil: guia para educadores*. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/escola1_br.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011, p. 16.

Isso porque, de conformidade com as disposições constantes do ordenamento jurídico nacional e internacional, o que se busca é que efetivamente a criança e o adolescente sejam considerados prioridade pelo Estado e, como tal, possam passar pelos estágios de evolução de forma a não haver interferência no seu desenvolvimento físico, moral e psicológico.

Isso não é possível quando a criança e o adolescente ficam expostos à violência, opressão, trabalhos insalubres com manifesto prejuízo à saúde em todos seus aspectos físico, mental e emocional, a exemplo do que ocorre no trabalho realizado em canaviais e carvoarias.

Mesmo quando tal não ocorre, difícil o exercício do trabalho pela criança e adolescente sem comprometer seu desenvolvimento, haja vista que a sociedade globalizada exige qualificação e, para tanto, mister se faz uma adequada formação escolar, que significa incluir-se socialmente ou estar destinado aos serviços que compõem a base do segmento social e ausência de cidadania. Nesse sentido:

A criança ou o adolescente que ingressa prematuramente no mercado de trabalho o faz, sempre, em situação de exploração: sem a garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários básicos; ou em atividades simples e em extinção que não a capacitam para o mercado; ou em ambientes insalubres e em atividades perigosas que colocam em risco a sua saúde e integridade física; ou cumprindo jornadas de trabalho que, se não impedem o acesso e a frequência à escola, inviabilizam o sucesso escolar e a boa formação, porque não lhe resta período do dia em que possa desenvolver seus estudos e suas pesquisas (o ato de estudar não se resume à salas de aulas).³⁷³

É necessário romper com a dicotomia trabalho infantil ou de adolescente ou criminalização. Isso porque faz-se necessário o desenvolvimento de políticas públicas para que as famílias sejam amparadas em programas de inclusão social e emprego, para propiciar a estas a única alternativa viável para uma criança em que se respeite a dignidade destes seres: a da educação e profissionalização.

³⁷³ GOULART, Marcelo Pedroso. A convenção sobre a idade mínima e o direito brasileiro. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tércio José (Coords.). *Trabalho infantil e Direitos Humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 94-120, p. 108.

Nesse sentido, saliente-se a existência do relevante Projeto MPT nas Escolas³⁷⁴, desenvolvido pela Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho de Crianças e Adolescentes. Em Mato Grosso do Sul, no ano de 2010, esse projeto foi aplicado em 6 escolas indígenas, no município de Aquidauana, e em 93 escolas, no município de Campo Grande, conforme o Relatório de Execução do Projeto “MPT nas Escolas” (ANEXO C). Esse Projeto é uma interessante iniciativa realizada pelo Ministério Público do Trabalho e tem como foco o estímulo à educação e, conseqüentemente, a diminuição das ocorrências do trabalho infantil.

Somente a educação para a plena cidadania, com desenvolvimento de pensamento crítico, é que poderá eliminar esse mito cultural de que o trabalho infantil serve para dignificar, impedir o ócio e criminalidade, mito esse que ainda vigora em muitas famílias da sociedade brasileira, em especial naquelas que residem na zona rural e que não possuem boas condições financeiras.

É a exegese que se extrai do artigo 3º da Carta Magna dos princípios constitucionais que compõem o arcabouço constitucional de garantias, quais sejam: princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da supremacia do interesse público sobre o privado e do bem comum.

Há que ainda se ressaltar que algum escalonamento existe para graduar o trabalho infantil. Compartilha-se da ideia de que o trabalho infantil doméstico seja uma de suas piores facetas, pelo fato de ser desenvolvido dentro do campo reservado das residências, local onde tudo é passível de ocorrer: violência física, sexual e tortura, consoante costumeiramente tem sido notícia na mídia em todo país.

O trabalho doméstico infantil conta com uma agravante, que é a tolerância de parte considerável da sociedade que se utiliza, ou se beneficia, de tal serviço e dessa forma passa a ser leniente com a exploração. Tal procedimento tem compreensíveis razões históricas, que devem ser obrigatoriamente rompidas pelas drásticas conseqüências advindas de tal prática, com a qual não se pode

³⁷⁴ “O MPT na Escola consiste num conjunto de ações voltadas para a promoção de debates, nas escolas de ensino fundamental, dos temas relativos aos direitos da criança e do adolescente, especialmente a erradicação do trabalho infantil e a proteção ao trabalhador adolescente.” BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *MPT na Escola*. Disponível em: <http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/trabalho_infantil/trabalho_infantil_programasacoes>. Acesso em: 15 ago. 2011L.

compactuar, que viola expressamente a dignidade da criança e do adolescente colocando-os à margem do processo social.

Não obstante a tolerância, tal prática é violadora dos direitos da criança e adolescente, colocando-os em situação de risco e violando expressamente os dispositivos nacionais e internacionais que visam resguardar a criança e o adolescente.

No ano de 2010, a OIT divulgou seu novo Relatório Global sobre o Trabalho Infantil e, dentre várias conclusões, transcrevem-se as mais importantes:

O trabalho infantil está diminuindo, mas modestamente: registrou-se uma redução de três por cento no período abarcado pelas novas estimativas (2004-2008). No relatório anterior (referente ao período 2000-2004) foi registrada uma diminuição de 10 por cento.

O número de crianças trabalhadoras em nível mundial é de 215 milhões, somente sete milhões a menos do que em 2004.

Entre os que têm entre 5 e 14 anos, o número de crianças no trabalho infantil diminuiu em cerca de 10 por cento e o número de crianças em trabalho perigoso em cerca de 31 por cento.

Houve um aumento alarmante do trabalho infantil de 52 milhões para 62 milhões no grupo de meninos e meninas entre 15 e 17 anos.

A maioria das crianças trabalhadoras continua trabalhando na agricultura (60 por cento). Somente uma de cada cinco crianças recebe um salário. Uma espantosa maioria trabalha para sua família sem remuneração.³⁷⁵

Importante informar que o Brasil definiu 2015 como data limite para eliminar as piores formas de trabalho infantil, e 2020, para o fim do trabalho escravo.

Diante desses dados estatísticos que demonstram o elevado número de crianças ainda exploradas economicamente, há que se reconhecer a insuficiência das legislações existentes para a erradicação desse problema.

O artigo 227 da Constituição Federal determina como deveres da família, da sociedade e do Estado, *in verbis*:

³⁷⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho infantil*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/topic/ipecc/doc/fact_sheet_2010c_157.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011, p. 1-2.

Assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [grifamos]

Constata-se, nesse dispositivo, a existência de um mandado implícito de criminalização. Observa-se, ademais, que o referido dispositivo constitucional pertence ao capítulo VII, da Carta Magna, incluído este no Título VIII: Ordem Social, a qual, conforme afirma Pedro Lenza³⁷⁶, junto com o título dos direitos fundamentais, forma o núcleo substancial do regime democrático.

Dessa forma, a defesa do direito à dignidade da criança e do adolescente e de todos os demais direitos elencados no artigo 227 da Constituição exige uma postura positiva do Estado, seja mediante implementação de políticas públicas, seja através da produção de normas que colaborem na luta contra condutas que obstem o exercício de tais direitos, tais como atividades que importem na exploração do trabalho infantil.

No entanto não existe no País nenhum dispositivo penal que considere crime explorar o trabalho da criança e adolescente. Na atualidade, a fiscalização tem o poder de lavrar autos de infração que podem resultar em uma imposição de multa, mas esta não é uma penalidade no sentido criminal, restringe-se ao campo administrativo.

Assim, com apoio no princípio constitucional penal da subsidiaridade e diante da necessidade de proteger de maneira suficiente e eficaz o direito ao desenvolvimento infantil saudável, o direito à educação e, sobretudo, o seu direito a uma vida digna é que se reafirma a necessidade de criminalizar a conduta referente à exploração do trabalho infantil.

³⁷⁶ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Não se está a dizer que o Direito Penal é a cura a todos os males e disfunções sociais, mas sim que a criminalização de certas condutas se faz imprescindível diante da ineficácia dos demais ramos do direito para a proteção de um número indeterminado de crianças e adolescentes que sofrem com a exploração de seu trabalho, com drásticas consequências para o seu desenvolvimento enquanto pessoa humana.

Não é outro o entendimento de Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci³⁷⁷ se pronunciam a respeito do elo entre Constituição e Direito Penal:

A Constituição enquanto 'lei fundamental' e expressão do 'pacto social' que está na origem da República, vincula os poderes do Estado a actuar com vista a uma série de objectivos. Perante comportamentos que agridem os bens constitucionais, ao legislador cabe a obrigação de utilizar a arma da pena se e enquanto os outros instrumentos de controle jurídico se revelam destinados ao malogro. As valorações discricionárias do legislador sobre a necessidade de tutela penal dos bens constitucionalmente relevantes representam portanto o elo de ligação entre o sistema dos bens constitucionais - de per si mercedores da tutela penal - e o dos bens penalmente protegidos". Constituição e escolha dos bens jurídicos.

A exploração do trabalho infantil deve ser vista sob a perspectiva dos Direitos Humanos cuja tutela está a exigir a necessidade de se criminalizar essa conduta por ofender ao bem jurídico consubstanciado no pleno e digno desenvolvimento da criança e adolescente.

5.6 POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, tem emanado reiterados julgados no sentido de conferir força normativa aos documentos internacionais que versem sobre a temática de direitos

³⁷⁷ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa, ano 4, n. 2, p. 151-198, 1994 apud OLIVEIRA E SILVA, Eduardo Sanz de. O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito penal econômico. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 181-214, p. 184.

humanos e que foram incorporados ao ordenamento jurídico interno, materializando a perspectiva de aplicação de referidos instrumentos nas decisões judiciais, prestando contribuição decisiva para a construção de uma cultura de direitos fundamentais.

É sabido que os sistemas político e jurídico não se confundem com estruturas específicas e funções definidas,³⁷⁸ entretanto, por vezes, estão umbilicalmente ligados, sendo uma constante nos tempos atuais a alegada ingerência deste naquele.

Cumprе mencionar que ao Poder Judiciário incumbe a apreciação da lesão ou da ameaça a direito, consoante disposição inserta no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Dessa forma, diante da omissão do Poder Legislativo, que por vezes deixa de regular matéria concernente aos direitos fundamentais, ainda que de caráter eminentemente político, não pode o Poder Judiciário deixar de apreciar questão posta, ainda que suas decisões encontrem limites.

Este adentrar do Poder Judiciário em questões políticas tem sido denominado de “ativismo judicial”, que sofre críticas ao argumento de que os julgadores que compõem a Corte Suprema não foram eleitos para decidir questões de fundamental importância, concernentes aos interesses da sociedade.

É certo que a ampla e irrestrita judicialização das questões políticas não se apresenta adequada, porém ao Poder Judiciário não cabe permanecer silente ante a lesão de direitos fundamentais, pela simples omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, que não fazem o enfrentamento necessário por tratarem as temáticas de assuntos de difícil decisão, que em geral contrariam interesses, afetos a políticas públicas ou a concepções morais e religiosas.

Essas decisões por vezes se manifestam na forma de determinações para que o Poder Executivo implemente políticas públicas, em geral, no tocante a direito social, que têm aplicação imediata.

³⁷⁸ GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

Para Paulo Thadeu Gomes da Silva³⁷⁹, os novos institutos que possibilitam o controle de constitucionalidade previstos nas Leis n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, em especial, a audiência pública e a intervenção do *amicus curiae*, aumentam a legitimação da Suprema Corte, em virtude de maior aceitação e cumprimento de suas decisões.

É certo que decisões não devem implicar substituição dos demais poderes, sob pena de alterar os elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito, mas sim buscar a maior efetividade possível das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, que têm aplicação imediata, conforme exegese do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Enfoque que deve ser destacado refere-se à constatação de que a via jurídica tem-se constituído, desde a Carta Magna de 1988, no dizer de Paulo Thadeu Gomes da Silva³⁸⁰, a quem mais uma vez se reporta, em um “[...] repositório das mais altas expectativas da sociedade brasileira [...]”, o que evidencia a incipiência da democracia e a debilidade das demais Instituições e Poderes.

O certo é que, na sociedade contemporânea, nitidamente marcada por alta carga de complexidade e desigualdade, que possibilita a ocorrência de violações de direitos humanos, tais como a homofobia, trabalho infantil e escravo, o sistema jurídico não pode permanecer inerte ou omissos aos conflitos. Deve seguir trilhando o firme caminho da decisão, não num caminhar político, haja vista os limites bem definidos de sua atuação, que de nenhum modo substitui o sistema político, mas cumprindo seu *mister* de decidir as relevantes questões que lhe são postas de manifesto interesse social.

A constitucionalização do sistema jurídico tem como referência o sistema alemão, no qual se manifesta de forma prevalente em todas as áreas, inclusive, no direito privado.

³⁷⁹ GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁸⁰ *Ibid.*

No dizer de Leonardo Martins³⁸¹ os motivos de tal ocorrência devem-se a fatores históricos delineados pelo pós-guerra e ainda à atuação incisiva do Tribunal Constitucional na concretização dos direitos fundamentais.

Ao aferir as consequências jurídicas de tal situação, o autor mencionado discorre que o direito privado acaba por ter de ser “reinterpretado” sob a ótica constitucional, fragilizando institutos até então consolidados sob a ótica privatista, tais como a autonomia da vontade e o princípio “*pacta sunt servanda*”.

Pondera ainda o doutrinador que tais consequências não são benéficas, pois, a seu ver, é importante a delimitação entre os direitos constitucional e o privado:

A força normativa da Constituição reside em sua capacidade de ser plataforma normativo-reflexiva. Para tanto, a autonomia do direito privado (e, conseqüentemente [sic], a do próprio legislador, que está por trás do direito privado) é essencial. ‘Constitucionalizar’ todo o ordenamento jurídico é, portanto, juridicizar a política, comprometendo toda sua autonomia sistêmica, vale dizer, o cumprimento de sua função prevista justamente na Constituição.³⁸²

As críticas efetivadas ao papel desempenhado pelo Direito Constitucional em experiências já consolidadas, como a da Alemanha, são importantes para aperfeiçoamento sistema jurídico deste país, sobretudo, para uma atuação equilibrada da Corte máxima de justiça.

Entretentes, não se pode limitar a expansão das interpretações conferidas pela Corte sobre tal argumento, sob pena de impedir o desempenho de seu *mister* e ainda, engessar o direito, tornando-o inadequado às solicitações advindas do corpo social.

Manifestamente relevante a interpretação dos julgados dos Tribunais Superiores sob a égide dos princípios constitucionais, de forma a vincular o agir dos poderes. O que não é desejável é o transbordar dessa competência de forma a mitigar a atuação dos demais poderes, em especial, do Legislativo, comprometendo a essência do Estado Democrático de Direito.

³⁸¹ MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

³⁸² *Ibid.*, p. 78.

Tecidas tais considerações, passa-se a analisar a incidência da jurisprudência nos três temas enfrentados.

5.6.1 Discriminação por orientação sexual

Eis alguns entendimentos jurisprudenciais pátrios, que versam sobre a temática de discriminação por orientação sexual:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSEXUAL SUBMETIDO À CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DESIGNATIVO DE SEXO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero imanente a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de

redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar "imperfeições" como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado.

Recurso especial provido.³⁸³

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DEFERIMENTO DA MEDIDA.

1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento.

2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal.

3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a "garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes". Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo.

5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si.

6. Os diversos e respeitadas estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), "não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a

³⁸³ STJ, REsp n. 1.008.398SP (2007/0273360-5), rel. min. Nancy Andrighi, j. 15/10/2009, DJU 18/11/2009.

qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores".

7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral.

8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento.

9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe.

10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade.

11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações.

12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária.

13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança.

14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida.

15. Recurso especial improvido.³⁸⁴

³⁸⁴ STJ, REsp n. 889.852/RS, rel. min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 27/04/2010, DJe 10/08/2010.

RESP - PROCESSO PENAL - TESTEMUNHA - HOMOSSEXUAL –

A história das provas orais evidencia evolução, no sentido de superar preconceito com algumas pessoas. Durante muito tempo, recusou-se credibilidade ao escravo, estrangeiro, preso, prostituta. Projeção, sem dúvida, de distinção social. Os romanos distinguiam - patrícios e plebeus. A economia rural, entre o senhor do engenho e o cortador da cana, o proprietário da fazenda de café e quem se encarregasse da colheita.

Os Direitos Humanos buscam afastar distinção. O Poder Judiciário precisa ficar atento para não transformar essas distinções em coisa julgada. O requisito moderno para uma pessoa ser testemunha é não evidenciar interesse no desfecho do processo. Isonomia, pois. O homossexual, nessa linha, não pode receber restrições. Tem o direito-dever de ser testemunha. E mais: sua palavra merecer o mesmo crédito do heterossexual. Assim se concretiza o princípio da igualdade, registrado na Constituição da República e no Pacto de San Jose de Costa Rica.³⁸⁵

No julgado acima, o Superior Tribunal de Justiça reformou decisão da Justiça do Distrito Federal que excluiu homossexual desse encargo exclusivamente em virtude de sua orientação sexual, revelando preconceito e discriminação ilegítimas.

Prosseguindo nas jurisprudências, tem-se:

PLANO-SAÚDE-COMPANHEIRO-RELAÇÃO HOMOAFETIVA.

A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica.³⁸⁶

Nesse julgado transcrito, o rel. min. Ari Pargendler ressaltou que “O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana.”

Da análise dos julgados, vê-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o verdadeiro vetor para interpretação e aplicação normativa, visando à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos cuja orientação sexual difere do heterossexualismo.

³⁸⁵ STJ, REsp 154.857/DF, rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. 26/05/1998, DJ 26/10/1998.

³⁸⁶ STJ, AgRg no Ag 971466/SP (2007/0256562-4), rel. min. Ari Pargendler, 3ª Turma, j. 02/09/2008, DJ 05/11/2008.

Portanto, o posicionamento da jurisprudência tem sido de fundamental importância para a tutela desses direitos; seja nas relações públicas, seja nas relações entre particulares, possui grande relevância para afastar condutas discriminatórias aos direitos humanos fundamentais dos homossexuais.

Constata-se avanço no combate à discriminação por orientação sexual neste país, fundado na necessidade de impor o imprescindível respeito à dignidade da pessoa humana.

No entanto a ofensa ao direito à livre orientação sexual requer a proteção pelo Direito Penal, para maior combatividade dos comportamentos discriminatórios e efetividade na tutela por parte do Estado, a fim de que não se incorra na proteção deficiente do direito à igualdade, à livre orientação sexual, à tolerância e à dignidade desses indivíduos.

Partilhando desse entendimento, confira-se a posição sustentada por Vladimir Balico³⁸⁷:

Já a lei penal busca o controle da dinâmica social, a vivência dentro do suportável. Para isso, basicamente, proíbe e pune. Dentro do cenário até agora desenhado, são diversos os discriminadores e os discriminados. Casado, velho, jovem, mulher, rico, homossexual, negro, ateu, louco, [...] entre outros. São muitos os adjetivos que carregamos, voluntariamente ou não. Nenhum deles nos retira a essência humana e a dignidade com a qual fomos presenteados.

Continua esse mesmo autor:

Há que se lutar pelo cumprimento, revisão e aperfeiçoamento do que até hoje foi declarado, acordado e legislado; lutar por medidas amplas, planejadas e principalmente preventivas. Sobretudo, lutar por um Direito Penal especializado no que tange ao tema “preconceito e discriminação”, mas geral quanto aos destinatários, distante da acepção de pessoas, para que todos possam se sentir (potencialmente) amparados.

³⁸⁷ BALICO, Vladimir. A discriminação racial e a efetividade dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 282-304, p. 304.

O avanço das decisões judiciais que buscam resguardar o direito à livre orientação sexual, o direito à dignidade da pessoa humana e o direito à tolerância e que visam extirpar atos discriminatórios, demonstram ainda mais a omissão legislativa no que tange ao resguardo desses direitos, em especial, na seara do direito penal, já que o que se percebe é que os demais ramos do direito não são suficientes para garantir a efetiva proteção.

A atividade legislativa não pode ser contida por ideias discriminatórias impregnadas por visão preconceituosa. Ao contrário, a diretriz normativa contida na Constituição Federal de promoção e defesa dos direitos humanos deve ser direcionada para todos os órgãos e poderes, buscando-se uma otimização da interpretação a favor desses direitos.

Os números elevados de casos de violência física e moral contra os homossexuais são provas cabais de que o preconceito que impede a aceitação sobre a liberdade de escolha na orientação sexual está longe de se encontrar tão somente no pensamento de uma pessoa, no seu íntimo, o que por certo está protegido pela livre manifestação do pensamento.

Em muitos casos, infelizmente, esse preconceito ultrapassa o campo do pensamento, das ideias, e se concretiza em atitudes arbitrárias com grande carga discriminatória as quais ofendem brutalmente a dignidade daqueles que exercem sua liberdade de escolha de sua orientação sexual de modo diverso daquela feita pelos heterossexuais, prejudicando-os física e moralmente.

A esse respeito, confira-se o que diz Paulo Roberto Iotti Vecchiatti³⁸⁸:

A criminalização da discriminação por orientação sexual nada mais é do que a imposição estatal de tolerância a qualquer pessoa independentemente de sua orientação sexual, o que significa dizer que o Estado não admitirá que uma pessoa seja discriminada pelos simples fato de ter uma determinada orientação sexual ao invés de outra.

³⁸⁸ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 511-528, p. 517.

Atualmente, muitas pessoas se acham no “direito” de discriminar os não heterossexuais pelo simples fato de não existir lei que puna expressamente a discriminação por orientação sexual.

Inconcebível a não criminalização da homofobia pela simples razão de uma parte da sociedade querer fazer valer sua orientação sexual a todos os demais e, distorcer o objetivo da criminalização que se considera pertinente no sentido de apregoar que essa busca à incidência do Direito Penal tem o fim punir todos aqueles com ponto de vista adverso sobre o tema.

Repita-se, a tutela penal não impedirá que continuem a existir os pensamentos, as ideias íntimas ou mesmo manifestações públicas acerca de qual se entenda seja a melhor orientação sexual a ser seguida, se esta ou aquela, se fere ou não preceitos morais ou religiosos, mas tão somente buscará inibir, reprimir aqueles que ultrapassam essa fronteira, concretizando sua crença ou ideologia mediante condutas inaceitáveis que prejudicam, vilipendiam e destroem o respeito que se deve ter para com aqueles que possuem pensamentos divergentes e que optaram por orientação sexual diferente.

O Estado Democrático de Direito pressupõe a tolerância como pressuposto para o convívio social, pressuposto esse que se constitui em corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, o Direito Penal deve vedar e incriminar condutas discriminatórias baseadas tão somente nas ideologias sexuais e religiosas.

O argumento religioso em Estado laico não pode servir de fundamento para a formação de posição em um sistema jurídico. Sobre tal questão importa trazer argumento de Paulo Thadeu Gomes da Silva³⁸⁹, o qual bem contextualiza o papel do sistema religioso:

No segundo caso, o argumento diz respeito ao sistema religioso, cuja função na sociedade é transformar imanência em transcendência, e não servir de fundamento a que seja negado direito a qualquer cidadão brasileiro [...].

³⁸⁹ GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 5.

Constata-se, pois, a inconstitucionalidade dessa omissão legislativa dada a ofensa ao princípio da proporcionalidade decorrente da proteção deficiente³⁹⁰ dos direitos fundamentais à igualdade, à tolerância e à liberdade de orientação sexual.

O Estado deve inibir penalmente condutas de pessoas que, mediante a coação física ou moral, querem impor como único viés de sexualidade aceitável na sociedade a heterossexualidade e, para tanto, não se importam em desrespeitar o direito à orientação sexual daqueles que ousam divergir, impedindo que estes cidadãos exerçam o seu direito à felicidade.

5.6.2 Trabalho escravo

O crime de redução à condição análoga à de escravo, nas circunstâncias descritas no artigo 149³⁹¹, do Código Penal vigente, bem como os crimes a ele assemelhados previstos em seu § 1º, com as causas de aumento de pena de seu § 2º, caracteriza-se, pois, pelo total estado de sujeição da vítima, que se encontra privada do exercício de um dos maiores direitos fundamentais, qual seja, a liberdade de ir e vir.

³⁹⁰ Nessa linha, as palavras de Carlos Bernal Pulido: “A segunda variável do princípio da proporcionalidade, que também se aplica para controlar a constitucionalidade da legislação penal, mas desde o ponto de vista da satisfação das exigências impostas pelos direitos de proteção, é a proibição de proteção deficiente [...]. Este princípio se aplica para determinar se as omissões legislativas, que não oferecem um máximo nível de asseguramento dos direitos de proteção, constituem violações destes direitos. Quando se interpretam como princípios, os direitos de proteção implicam que o legislador lhes outorgue *prima facie* a máxima proteção. Se este não é o caso – pelo contrário, o legislador protege um direito somente de maneira parcial ou deixa de protegê-lo por completo – a falta de proteção ótima deve ser avaliada então desde o ponto de vista constitucional mediante a proibição de proteção deficiente.” BERNAL PULIDO, Carlos. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 805-830, p. 826-827.

³⁹¹ “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º. Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.”

Tal delito atinge de forma indelével a dignidade, caracterizando-se como inaceitável forma de opressão que restringe a liberdade de deslocamento, impede o exercício do trabalho em condições mínimas condizentes com a dignidade humana, além de impossibilitar o desenvolvimento e realização do trabalhador.

Confira-se o posicionamento da jurisprudência a respeito do tema:

A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e à efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho.³⁹²

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 149 E 203 DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE INTERESSE ESPECÍFICO DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

O delito de redução à condição análoga de escravo consistente em subjugar alguém, ainda que praticado contra determinado grupo de trabalhadores se enquadra na categoria dos crimes contra a organização do trabalho de competência da Justiça Federal (art. 109, inciso VI, da CF). (Precedente desta Corte e Informativo nº 378 do Pretório Excelso). *Habeas corpus* denegado.³⁹³

CRIMINAL. HC. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. APELAÇÃO EM LIBERDADE. GRAVIDADE DO CRIME. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE DELITOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A CUSTÓRIA. RÉU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PACIALMENTE CONCEDIDA E DENEGADA.

³⁹² STJ, RE n. 398.041/PA, rel. min. Joaquim Barbosa, Plenário, j. 30/11/2006, DJE 19/12/2008.

³⁹³ STJ, HC n. 43.381/PA (2005/0062951-3), rel. min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 16/06/2005, DJ 29/08/2005.

I – Hipótese em que o paciente foi condenado por manter dez pessoas em condições análogas às de escravos, apoderando-se de seus documentos, obrigando-as a realizar trabalhos imoderados, em extensa jornada, submetendo-as a péssimas condições de higiene, saúde, alimentação e moradia.

II – Não há ilegalidade na decisão monocrática que não reconheceu, em favor do paciente, o benefício de apelar solto, bem como no acórdão confirmatório do encarceramento, quando sobressai suficiente fundamentação.

III – A gravidade do crime praticado pelo sentenciado, em flagrante desconhecimento com as intenções do Estado Brasileiro, no sentido de erradicação do trabalho escravo, e também a personalidade voltada para a prática deste delito, pois, nem mesmo o início da ação judicial envolvendo os fatos praticados pelo réu impediu que ele continuasse a aliciar outras pessoas da região, submetendo-as às mesmas condições de trabalho das vítimas, mostram-se hábeis à manutenção da custódia;

IV – Aspectos suficientes para impedir a revogação da prisão como garantia da ordem pública, extremamente abalada pelos delitos praticados pelo réu, encontrado amparo no artigo 312 do Código de Processo Penal.

V – O simples fato de o paciente ter permanecido solto durante a instrução criminal não obsta a negativa ao apelo em liberdade, se evidenciados, na ocasião em que proferida a sentença condenatória, os requisitos da segregação preventiva.

VI – Precedentes desta Corte.

VII – Pleito de reexame da dosimetria da pena.

VIII – Alegação não apreciada pelo Tribunal *a quo*.

IX – O exame da matéria por esta Corte ocasionaria indevida supressão de instância.

X – Ordem parcialmente conhecida e denegada.³⁹⁴

O Tribunal Superior do Trabalho, por ocasião do julgamento do Recurso de Revista n. 177500.31.2007.5.16.0004³⁹⁵, reforçou os pressupostos ensejadores da figuração de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à escravidão:

PRESSUPOSTOS PARA EXCLUSÃO DO NOME DE EMPREGADOR DA LISTA SUJA DE EMPREGADORES QUE MANTÊM TRABALHADORES EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À ESCRAVIDÃO. PORTARIA MTE Nº 540/2004.

³⁹⁴ STJ, HC n. 33.176/SP, rel. min. Gilson Dipp, 5ª Turma, j. 24/05/2004, DJ 01/07/2004.

³⁹⁵ TST, RR n. 177500-31.2007.5.16.0004, rel. min. Emmanoel Pereira, 5ª Turma, j. 15/06/2011, DEJT 24/06/2011.

O Tribunal Regional determinou a exclusão do autor da ação da lista de empregadores que mantêm trabalhadores em condições análogas à escravidão.

Como a matéria foi apreciada em sede regional apenas sob o prisma do artigo 149 do Código Penal e da Portaria do nº 504/2004/MTE, não havendo discussão sob a ótica dos demais dispositivos constitucionais, convencionais e legais ora indicados. Assim, por ausência de prequestionamento incide, em relação aos mesmos, o óbice da Súmula nº 297/TST.

Destaca-se, ainda, que o artigo 896 da CLT somente admite o recurso de revista por violação literal a dispositivo de Lei Federal em sentido estrito, o que exclui ato normativo infralegal.

Ainda que ultrapassados os óbices anteriores, a pretensão recursal demandaria o reexame de fatos e provas, uma vez que a decisão foi enfática no sentido de que o autor da ação preenchia os requisitos autorizadores da exclusão de seu nome da lista suja (Portaria 504/2004-MTE. Óbice da Súmula nº 126/TST.

De outro lado, o artigo 149 do Código Penal trata apenas da tipificação do ilícito penal do trabalho análogo à escravidão, matéria, ainda ressalvada da competência desta Justiça. E, embora seja o seu fato gerador, não se confunde com a questão ora discutida, referente à subsistência ou não dos pressupostos ensejadores da figuração do empregador na lista suja (de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à escravidão) criada pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Não conhecido.

Por ocasião do julgamento, o rel. min. Emmanoel Pereira sustentou que “O combate ao trabalho escravo é preocupação da comunidade internacional que repudia veementemente essa prática e pressiona os países a reprimi-la.”

Rel. min. Emmanoel Pereira esclareceu que a inclusão de pessoas físicas e jurídicas no referido cadastro de empregadores que mantêm trabalhadores em condições análogas à escravidão pressupõe a prática do crime tipificado no artigo 149, do Código Penal, à medida que o referido dispositivo, além de prever a restrição à liberdade de locomoção do trabalhador, que envolve condutas de cercear o uso de meios de transporte, manter vigilância ostensiva, com fins de retenção da pessoa em seu local de trabalho, recusar-se a devolver documentos pessoais com vistas a reter o trabalhador no local. Estende também o tipo penal para alcançar outras condutas que não restritivas da liberdade do trabalhador, entre elas a exploração do trabalho humano em condições degradantes.

Consoante mencionado, a submissão de pessoas à condição análoga à de escravo impinge à vítima restrição de liberdade, ferindo sua dignidade, que, por óbvias razões de vulnerabilidade social, econômica e cultural, se vê forçada a permanecer em tal estado de aviltamento, evidenciando a ampla necessidade de se conferir maior efetividade à criminalização já prevista em relação a tal conduta.

A erradicação do trabalho escravo constitui-se um dos principais objetivos da agenda brasileira de promoção dos direitos humanos, concentrando-se esse tipo de trabalho de forma significativa nas áreas rurais e está diretamente relacionado com a pobreza e com a concentração de terras.

De outra forma, é preciso reconhecer que o grande número de ocorrências registradas e já demonstradas desse crime de redução análoga à condição de escravo, intensifica ainda mais a imprescindibilidade de reforço na aplicação efetiva das punições criminais, tornando nítida a proteção penal deficiente do direito fundamental da liberdade e da dignidade nas relações trabalhistas, a fim de dar efetividade aos tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário.

A tese da proteção deficiente, como a outra face do princípio da proporcionalidade (proibição do excesso & proibição da proteção deficiente), como já discorrido, surgiu nos Tribunais Alemães³⁹⁶, sendo bem definida na doutrina pátria por Lenio Luiz Streck³⁹⁷:

[...] Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais.

Não é outro o entendimento de André Ramos Tavares³⁹⁸:

³⁹⁶ Destaque para o caso já explicitado anteriormente: BverfG, Urteil v. 25.02.1975 – 1 BVF 1-6/74.

³⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. O Seu Portal Jurídico, 2007b. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=77&Itemid=29>. Acesso: 23 mar. 2011, p. 16.

³⁹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Nesse sentido, o critério da proporcionalidade é agregado à ideia de Direito Constitucional Penal por significar a determinação da criminalização de certas condutas sob pena de uma proteção estatal insuficiente em relação aos direitos fundamentais.

Ao explanar sobre a outra face do princípio da proporcionalidade, dito Procurador de Justiça defende o cabimento de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público para obter efeito suspensivo a recurso como forma de proteger suficientemente o direito fundamental à segurança da sociedade, cuja prestação jurisdicional, por não conceder efeito suspensivo, ou conceder ilegalmente liberdade a quem não possui o devido direito, incorre em inconstitucionalidade, justamente pela proteção ineficiente.

Ocorre que são ainda poucas as decisões dos Tribunais Superiores Brasileiros que traduzem, nos julgados, a perspectiva de que uma ação estatal pode violar o princípio da proporcionalidade face à proteção deficiente, mantendo a base da sua argumentação apenas na vertente da proibição do excesso.

A proteção deficiente se apresenta na ocorrência do trabalho escravo pelo fato de que, muito embora se reconheça a importância dessa conduta ser criminalizada, a resposta conferida a aludida conduta não tem sido satisfatória em face da magnitude do bem que se busca tutelar, qual seja, o exercício de trabalho de forma digna que possibilite o desenvolvimento das potencialidades do ser humano, mediante o pagamento de remuneração legal e justa e condições mínimas de segurança e salubridade.

Sustenta-se nisso a ofensa ao princípio da proporcionalidade, pela violação ao princípio da proibição da proteção deficiente, deixando de amparar de suficientemente o direito fundamental à dignidade, à liberdade e à segurança jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 418.376-5³⁹⁹, utilizou-se, pela primeira vez, do argumento da proibição da insuficiência, no caso de uma menina que, dos nove aos doze anos de idade, mantivera relações sexuais

³⁹⁹ STF, RE n. 418376, rel. min. Marco Aurélio, p/ Acórdão rel. min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 09/02/2006, DJ 23-03-2007.

com seu tutor, estendendo-se o crime até quando engravidou, momento em que iniciou uma união estável com seu agressor:

PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTUPRO. POSTERIOR CONVIVÊNCIA ENTRE AUTOR E VÍTIMA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 107, VII, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ABSOLUTA INCAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO. O crime foi praticado contra criança de nove anos de idade, absolutamente incapaz de se autodeterminar e de expressar vontade livre e autônoma. Portanto, inviável a extinção da punibilidade em razão do posterior convívio da vítima - a menor impúbere violentada - com o autor do estupro. Convívio que não pode ser caracterizado como união estável, nem mesmo para os fins do art. 226, § 3º, da Constituição Republicana, que não protege a relação marital de uma criança com seu opressor, sendo clara a inexistência de um consentimento válido, neste caso. Solução que vai ao encontro da inovação legislativa promovida pela Lei nº 11.106/2005 - embora esta seja inaplicável ao caso por ser lei posterior aos fatos -, mas que dela prescinde, pois não considera validamente existente a relação marital exigida pelo art. 107, VII, do Código Penal. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.

O réu, alegando a união estável que mantinha com a vítima, pretendia ver decretada a extinção de sua punibilidade, com base no artigo 107, VII, do Código Penal, vigente ao tempo dos fatos. Invocava, da mesma forma, a norma do artigo 226, da Constituição Federal, segundo o qual a família é a base da sociedade, estando protegida pelo Estado.

O rel. min. Marco Aurélio, relator, assim delineou o problema, apontando no princípio da proporcionalidade o eixo para sua solução:

Quanto ao confronto de valores, cumpre deliberar se o mais importante para o Estado é a preservação da família ou o remédio para a 'ferida social' causada pelo insensato intercuro sexual, dada a idade da jovem.

O min. Gilmar Mendes, por sua vez, explicitando sua posição, que foi vencedora no acórdão, decidiu por impor a sanção penal ao réu, ao fundamento de que:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

E, acerca do princípio da proporcionalidade, o min. Gilmar Mendes disse:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.

Conferir à situação dos presentes autos o status de união estável, equiparável a casamento, para fins de extinção da punibilidade (nos termos do art. 107, VII, do Código Penal) não seria consentâneo com o princípio da proporcionalidade no que toca à proibição de proteção insuficiente. Isso porque todos os Poderes do Estado, dentre os quais evidentemente está o Poder Judiciário, estão vinculados e obrigados a proteger a dignidade das pessoas.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal, neste julgado, certificou o vínculo entre a omissão estatal e a desproporcionalidade. Por conseguinte, o princípio da proibição de proteção deficiente vincula não só o legislador, mas também serve como instrumento ao intérprete da lei para determinar que o Estado atue com maior rigor e efetividade na defesa dos direitos fundamentais, no caso, à dignidade do trabalho, à saúde e à liberdade.

Necessário ainda que entraves judiciais sejam superados para um enfrentamento da temática de maneira adequada, atentando-se os operadores do Direito que compõem o sistema de justiça para a relevância desta para a superação de crime tão absurdo, quanto inaceitável.

Exemplo disso é o caso da Fazenda Agrossera, no município de São Raimundo das Mangabeiras, MA, de propriedade de Pedro Augusto Ticianel. A área foi fiscalizada em outubro de 2005, pelo Ministério Público do Trabalho, MA, além de representantes do Ministério do Desenvolvimento Agrário e da Polícia Federal.⁴⁰⁰

Na fiscalização, foram flagrados 103 trabalhadores em condições análogas à de escravidão. Com base no relatório da fiscalização do Ministério, foi

⁴⁰⁰ PYL, Bianca. *Atlas revira entranhas do trabalho escravo no Maranhão*. Repórter Brasil, 1º fev. 2011b. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1848>>. Acesso em: 8 jun. 2011.

apresentada denúncia contra seis responsáveis, entre os quais o proprietário Pedro Augusto Ticianel, além de gerentes e aliciadores. A denúncia foi recebida pela Justiça Federal em 16 de maio de 2006.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região declarou a Justiça Estadual como sendo competente para processar e julgar o crime. Posteriormente o Supremo Tribunal Federal reformou essa decisão e fixou a competência novamente para a Justiça Federal. Ao retornar para a Justiça Federal, foi prolatada a sentença de absolvição sumária, ou seja, sem que qualquer testemunha fosse ouvida em juízo.

A decisão se fundamentou na existência de Termo de Ajustamento de Conduta relativo a questões trabalhistas – assinado por parte dos réus para com o Ministério Público do Trabalho antes da lavratura dos autos de infração originados da fiscalização.

Constata-se que o tempo decorrido nas discussões sobre a competência para julgamento e o descumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta possibilitou a inexistência de qualquer punição do infrator, além da inocorrência de efetivas ações que contribuíssem para minimizar esse tipo de situação, em qualquer nível.

No que se refere à competência para julgamento desse crime tipificado no artigo 149 do Código Penal, registre-se que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 398.041/PA/2006, assentou o entendimento de que a competência para julgamento é da Justiça Federal.

Contudo pode haver alteração nesse entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme voto pelo min. Cezar Peluso, entendendo ser a competência da Justiça Estadual no julgamento do RE n. 459510/MT⁴⁰¹, assim sintetizado:

Aduziu que, no caso, a norma penal estaria a proteger não a organização do trabalho, não obstante tenha a dignidade humana como um de seus princípios informadores. Enfatizou que o tipo penal da conduta de redução a condição análoga à de escravo não seria tutelar a organização do trabalho como sistema ou ordem, mas evitar que a pessoa humana fosse rebaixada à condição de mercadoria.

⁴⁰¹ STF, RE n. 459510/MT, rel. Min. Cezar Peluso, Plenária, j. 04/02/2010, DJE 18/02/2010.

Nesse sentido, o foco da tutela normativa seria o ser humano considerado em si mesmo, na sua liberdade imanente de sujeito de direito, cuja dignidade não tolera seja reduzido a objeto, e não o interesse estatal no resguardo da organização do trabalho, dentro da qual o ser humano é visto apenas como protagonista de relações que daí se irradiam. Por essa razão, concluiu não ser possível incluir o delito tipificado no art. 149 do CP na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, a qual seria uma noção sistêmica cuja autonomia conceitual, apesar de refletir a preocupação da ordem jurídica com a pessoa do trabalhador, constituiria a objetividade jurídica primeira da norma.

O feito deve ainda tramitar por determinado tempo para culminar com julgamento tendo em vista o pedido de vista do min. Joaquim Barbosa. Espera-se um julgamento consentâneo e adequado às necessidades sociais, na diretriz das grandes decisões que têm marcado a Suprema Corte.

Entende-se que a competência deva ser da justiça estadual, uma vez que o bem que se busca tutelar é a dignidade da pessoa humana, reduzida a condição de escravo, o qual tem a obrigação de trabalhar, sem a devida contraprestação financeira, sem que lhe sejam assegurados os direitos trabalhistas devidos, previdência social, descanso e limitação de jornada de trabalho, nas piores e mais degradantes condições de trabalho.

A justiça estadual é a mais adequada para a apuração desse tipo de delito, não somente pelas razões expendidas, mas pelo fato de ele ocorrer em áreas rurais, em que geralmente inexistente justiça federal, o que torna muito menos célere e eficiente a apuração, responsabilização dos infratores e o resgate das vítimas.

Necessário, portanto, uma releitura do artigo 149, do Código Penal, à luz do princípio da proporcionalidade, em especial na faceta que proíbe a proteção insuficiente ao bem jurídico protegido, considerados o elevado número de libertação de trabalhadores em condições análogas à de escravidão e a diminuta punição aos agentes que incorrem nesse tipo de criminalidade, muitas vezes em virtude da imprecisão das condutas que levam todas para serem caracterizadas como redução à condição análoga à de escravo.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas em afirmar que o trabalho escravo é aquele em que a pessoa é submetida a condições degradantes de trabalho, ao mesmo tempo que sofre restrição em sua liberdade de locomoção.

Indubitavelmente, o trabalho escravo não só restringe como elimina a liberdade do ser humano em forma não prevista em lei, ou seja, submete a vítima trabalhadora à completa alienação da própria liberdade, contrapondo-se aos escopos da civilização.

A corroborar, o Supremo Tribunal Federal ratifica que “A escravidão é um estado de direito pelo qual o homem perde, por lei, sua personalidade.”

5.6.3 Trabalho infantil

Tem-se, neste aspecto, nova omissão do legislador na esfera penal dada a inexistência da criminalização da exploração do trabalho infantil, importando tal inércia em inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade, em sua faceta positiva, que impõe ao Estado proteger com eficácia e eficiência os direitos fundamentais insertos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

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

Acerca da proteção deficiente na perspectiva de afirmação dos direitos fundamentais quando da omissão ao cumprimento de um mandado expresso de criminalização, confira-se o escólio de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves⁴⁰²:

Situações há nas quais meios mais brandos de controle se mostram incapazes para dissuadir a prática de condutas antissociais ou para reafirmar, na sociedade, a prevalência de determinados valores. Nesses casos, a não-adoção de sanções penais pode ser vista como desagregadora do tecido social ou, no sentido aqui alvitrado, desproporcionalmente deficiente.

⁴⁰² GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 58.

Assim, a ausência de criminalização do trabalho infantil importa em descumprimento do dever estatal de colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de exploração, no caso, a econômica.

Os julgados dos Tribunais Superiores evidenciam a proteção deficiente aos direitos fundamentais da criança, posto que o trabalho infantil é uma realidade não superada, não obstante haver normas impeditivas em outros ramos do direito:

PREVIDENCIÁRIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO - RECONHECIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO TRABALHADO EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR - ART. 7º, INCISO XXXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

- Em se tratando de tempo de serviço rural, prestado em regime de economia familiar a partir dos 12 anos de idade, há que ser reconhecido o tempo trabalhado como rurícola.

- A norma constitucional insculpida no art. 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal, tem caráter protecionista, visando coibir o trabalho infantil, não podendo servir, porém, de restrição aos direitos do trabalhador para fins previdenciários. Precedentes.

- Precedentes desta Corte.

- Recurso conhecido e provido.⁴⁰³

TRABALHADOR RURAL OU RURÍCOLA MENOR DE QUATORZE ANOS. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. ART. 11, VII, DA LEI 8.213. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

Alegação de violação aos arts. 5º, XXXVI; e 97, da CF/1988. Improcedente. Impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas. Tratamento similar na doutrina do direito comparado: México, Alemanha, França e Itália. Norma de garantia do trabalhador que não se interpreta em seu detrimento. Acórdão do STJ em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Precedentes citados: AgRAI 105.794, Segunda Turma, Rel. Aldir Passarinho, DJ de 2-5-1986; e RE 104.654, Segunda Turma, Rel. Francisco Rezek, DJ de 25-4-1986.⁴⁰⁴

Quanto à dupla face do princípio da proporcionalidade, que proíbe o excesso do Estado, bem como, veda a proteção insuficiente do ente estatal com relação aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados pela Constituição federal, reporta-se às considerações efetivadas nos tópicos acima (6.1

⁴⁰³ STJ, REsp n. 447.105/PR, rel. min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma, j. 28/04/2004, DJ 02/08/2004.

⁴⁰⁴ STF, AI n. 529.694, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 15/02/2005, DJ 11/03/2005.

e 6.2) e em face à relevância do tema, importa mencionar a dicção de Lenio Luiz Streck⁴⁰⁵:

Pois bem, isso significa afirmar e admitir que a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: por um lado, protege o cidadão frente ao Estado; por outro, protege-o através do Estado- e, inclusive, por meio do direito punitivo- uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais tutelados em face da violência de outros indivíduos.

O Tratado do qual o Brasil é signatário de proteção à Criança e ao Adolescente, aliado à disposição constitucional insculpida no artigo 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal, que proíbe o trabalho infantil, reside em um autêntico mandado de criminalização, não atendida pela legislação interna, posto que a conduta ainda não é tipificada pelo direito penal, o que, como anteriormente, explanado, ofende ao princípio da razoabilidade, na sua faceta que proíbe a proteção insuficiente dos direitos fundamentais.

A significativa incidência do trabalho infantil, abusivamente explorado na sociedade contemporânea, reflete a proteção penal ineficiente do Estado com relação à proteção dos direitos da criança e do jovem quanto à saúde, educação, lazer e à sua dignidade indelevelmente atingida.

A legislação existente é, portanto, insuficiente para coibir a prática do trabalho infantil e para dar plena efetividade aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, o que torna indispensável a proteção desse bem jurídico-penal, mediante a elaboração de um novo tipo penal a incriminar tais condutas, tendo em vista o caráter inibidor do Direito Penal e a necessidade de proteção penal desses valores.

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"?* O Seu Portal Jurídico, 2008. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=77&Itemid=29>. Acesso: 23 mar. 2011, p. 5.

6 POSICIONAMENTO DO DIREITO COMPARADO

Neste tópico, procura-se abordar o posicionamento do direito em outros países, em face dos três itens enfocados, homofobia, trabalho escravo e infantil, a fim de permear os diversos enfoques acerca das temáticas.

Nos Estados Unidos, o combate às varias facetas da discriminação ocorre mediante a utilização do modelo repressivo, com uso de normas de caráter proibitivo que incriminam os atos discriminatórios, bem como, com o uso de um modelo positivo, integrador, com as chamadas ações afirmativas.⁴⁰⁶

Nesse país, também é importante anotar a intensa prática do “ativismo judicial” em que decisões do Poder Judiciário conferem caráter reparador às normas meramente proibitivas de atos discriminatórios, tendo como *leading case* o caso *United States v. Paradise* (1987), em que a Corte Suprema impôs, a um Estado que praticava discriminação contra os negros, medida executória precisa para cumprimento da decisão judicial condenatória, qual seja, imposição de uma cota de 50% na contratação de policial negros no Departamento de Segurança Pública.⁴⁰⁷

Esse mesmo país possui um grande número de acusações criminais contra o tráfico de pessoas, incluindo o trabalho forçado, sendo que em janeiro de 2007 foi criada a Unidade de Ação contra o Tráfico Humano, no seio da Seção Criminal de Divisão de Direitos Civis do Departamento de Justiça, tendo sido registradas, naquele ano, 103 condenações judiciais, 17 por tráfico laboral e 86 por tráfico sexual, segundo consta no *Relatório Global sobre o Trabalho Escravo* (2009).⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Renovar, 2001.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Perfil do trabalho decente no Brasil*. Brasília, DF, 2009a. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/topic/decent_work/doc/perfiltdbrasil_129.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

O caso dos Sabhnani, abonados moradores do bairro de Muttontown, em Long Island (New York), ganhou repercussão nos EUA e trouxe à tona o debate sobre a prática de escravidão na atualidade. Ambos mantinham sob regime de escravidão duas trabalhadoras domésticas (Enung e Samirah), as quais eram agredidas com vassouras e guarda-chuvas, feridas com facas e até forçadas a ingerir vômito, o que comprova ainda mais a intensa ofensa à dignidade da pessoa escravizada.

A condenação do casal milionário - a mulher de origem indonésia e o homem com dupla cidadania norte-americana e indiana - revela a reprovação da sociedade e a rigidez institucional norte-americanas.⁴⁰⁹

A imigração ilegal, em espécies daqueles oriundos de países latinos, é umas das causas da perpetuação do trabalho escravo nos Estados Unidos. Não raro encontrar-se notícias a esse respeito. Nesse sentido, leia-se:

“Os migrantes há muito tempo têm feito parte do segmento mais empobrecido dos trabalhadores. Aproximadamente 80% dos migrantes da Flórida são ilegais e, portanto, são mais vulneráveis a abusos. Durante a última década, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos condenou meia-dúzia de casos de trabalho escravo entre trabalhadores rurais da Flórida. Os migrantes têm sido conduzidos a contrair dívidas, ao trabalho forçado por quase nada e a permanecer presos de noite em trailers”, descreve Eric Schlosser.⁴¹⁰

Segundo o *Relatório Global sobre o Trabalho Escravo* (2009), na Índia, desde meados de 2008, foram relatadas pelos Estados cerca de 5.893 acusações e 1.289 condenações ao abrigo do Sistema Legal de Servidão por dívidas.⁴¹¹

De acordo com o relatório de 2007 da Comissão dos Direitos Humanos do Paquistão, em janeiro de 2009, o Supremo Tribunal de Lahore ordenou a libertação de 39 pessoas vítimas de servidão que trabalhavam em fornos de tijolos.

⁴⁰⁹ PACTO NACIONAL. *Clipping*: casal é condenado nos EUA por trabalho escravo. São Paulo, 19 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/pacto/clipping/view/421>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

⁴¹⁰ Ibid.

⁴¹¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *O custo da coerção*: Relatório Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho. Genebra, 2009b. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=398>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

Na Rússia, em 2003, houve emenda ao artigo 127 de seu Código Penal para proibir o tráfico com o objetivo de exploração sexual e de trabalho forçado.

Traz ainda o *Relatório Global sobre o Trabalho Escravo* (2009) a afirmação de que, para instauração de processos bem sucedidos nos casos de tráfico além fronteiras, ou seja, pessoas de um país levadas a trabalhar em regime de escravidão em outro, é extremamente necessária a cooperação internacional, bem como, a não criação de óbices processuais para que esses trabalhadores, não obstante a situação da imigração, possam acionar o poder judiciário, sem medo de serem punidas. E traz como exemplo, Portugal e Espanha, países nos quais o magistrado do trabalho não faz perguntas acerca da situação da imigração dos trabalhadores no caso de julgamento de casos de trabalhos forçados.⁴¹²

No que se refere às relações homoafetivas e sua proteção, estas têm sido reconhecidas por diversos países e encontram-se como pauta prioritária de diversos fóruns e organismos internacionais, como a ONU, que desenvolve ações e programas de combate à homofobia e de promoção da liberdade de manifestação e orientação sexual. Nações do mundo inteiro têm aprovado leis reconhecendo direitos, por exemplo, de casais homossexuais.

Em emblemática decisão, a Suprema Corte britânica, no dia 28 de fevereiro deste ano, proibiu que um casal do noroeste da Inglaterra adotasse uma criança em razão de que não poderiam oferecer os ensinamentos sobre o respeito à diversidade e à tolerância. Confira-se a síntese da notícia:

Diversidade acima da religião

Indignado, o casal atacou a decisão na justiça, argumentando que estavam sofrendo as consequências de seu engajamento religioso. “Não somos homofóbicos”, explica a sra. Johns, “a única coisa que nos recusamos a fazer é dizer a uma criancinha que a homossexualidade é uma coisa boa. Isso seria contrário a nossa religião”. Essa ex-enfermeira, de origem jamaicana como seu marido, afirma que nunca teve de falar sobre esse assunto diante de nenhuma das crianças de quem teve a guarda. E ela considera pouco provável que isso aconteça, levando em conta a idade de seus hóspedes.

⁴¹² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *O custo da coerção: Relatório Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho*. Genebra, 2009b. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=398>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

A Suprema Corte não quis saber. Os direitos dos homossexuais, segundo os juízes, “passam à frente” dos direitos dos cristãos, dos judeus ou dos muçulmanos: “Nossa sociedade agora é pluralista e amplamente laica. Nós somos juízes laicos a serviço de uma comunidade multicultural”, e mesmo se deste lado do canal da Mancha existe uma religião de Estado, “a religião não é uma questão nem do governo, nem dos tribunais”.

O “Daily Telegraph”, conhecido por suas posições conservadoras, denunciou em um editorial “uma inquisição laica” que “obriga todos a aceitarem novas ortodoxias, podendo ser fichados como hereges em caso contrário”.⁴¹³

Em Portugal, a homofobia pode constituir crime contra a honra: difamação e injúria verbais, e as formas equiparadas, feitas por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão, estando a matéria disciplinada no Código Penal Português, artigos 180 a 189 (ANEXO D).

De extrema relevância ainda mencionar a existência de importante instrumento de proteção à dignidade da pessoa humana, qual seja, os Princípios de Yogyakarta (ANEXO E).

Pois bem, em novembro de 2006, em Yogyakarta, Indonésia, foi realizada conferência organizada por uma coalizão de organismos internacionais, coordenada pela Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos.

Essa reunião contou com especialistas de 29 países e teve o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, com intuito de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados no tocante a essa temática.

No término da conferência foi aprovada uma carta de princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, os chamados Princípios de Yogyakarta.

⁴¹³ D. *Casal acusado de homofobia perde direito de adotar na Inglaterra*. Tradução de Lana Lim. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/blog/d/casal-acusado-de-homofobia-perde-direito-de-adotar-na-inglaterra>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

Esse importante instrumento contém, em seu bojo 29, princípios e alguns conceitos, dentre eles ressalta-se o primeiro princípio que diz:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.

Na sequência, há a imposição aos Estados de medidas práticas para a efetivação desse princípio da igualdade, independentemente da orientação sexual do indivíduo, sendo que a alínea “b” reforça a necessidade de complementação da legislação do Estado, inclusive na área criminal. Confira-se: “b) Os Estados deverão emendar qualquer legislação, inclusive a criminal, para garantir sua coerência com o gozo universal de todos os direitos humanos”.

Nesse documento consta também o conceito de orientação sexual, que, por sua completude, transcreve-se neste momento:

Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

Ainda, relevante o conceito de discriminação por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero constante no referido documento internacional:

A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Observa-se, assim, que esse documento internacional traz direitos e princípios já insertos na Constituição Federal de 1988, no entanto, com uma importante releitura, focada nos indivíduos que são considerados vítimas em potencial da discriminação em razão da orientação sexual.

Sonia Corrêa⁴¹⁴, comentando a respeito da utilização desse instrumento por organizações da sociedade civil de vários países, afirma:

A propagação dos Princípios de Yogyakarta e seu uso por organizações da sociedade civil também tem sido intensa e diversa. Um guia para uso de ativistas está sendo produzido com o objetivo de mapear essas iniciativas e mobilizar mais sinergia entre iniciativas locais e globais. O'Flaherty e Fisher (2008) mencionam que no Quirguistão os Princípios de Yogyakarta têm sido usados na luta pelos direitos civis das pessoas transexuais; na África do Sul, para lutar contra os crimes de ódio, especialmente contra lésbicas; no Quênia, para vincular mídia e direitos sexuais [...].

Esta também é a postura da ONU, comentada por Silvia Pimentel e Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra⁴¹⁵ da seguinte forma:

A “jurisprudência” que vem sendo firmada pelas Nações Unidas sobre o tema revela sua postura no tocante à discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero: mister combater estas violações através de medidas legislativas punitivas e de leis e políticas afirmativas que favoreçam a superação deste tipo de discriminação, da qual são vítimas as minorias sexuais, compostas por lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros.

No que concerne à ampla proteção dos Direitos Humanos, não há como deixar de mencionar o importante papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas, órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos, cujo mandato surge com a Carta da Organização dos Estados Americanos e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁴¹⁴ CORREA, Sonia. *O percurso global dos direitos sexuais entre 'margens' e 'centros'*. Bagoas, Natal, v. 3, n. 4, p. 17-42, 2009. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/edic04.html>>. Acesso em: 14 jun. 2011, p. 31.

⁴¹⁵ PIMENTEL, Silvia; GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. Em busca da (re) afirmação da dignidade humana: processo longo, paulatino, difícil, complexo. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 449-471, p. 466.

Aludida Comissão representa todos os países membros da Organização dos Estados Americanos, sendo integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal, os quais não representam nenhum país em particular, sendo eleitos pela Assembleia Geral.

Essa Comissão tem como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos, e no exercício do seu mandato, entre suas atribuições:

- a) Receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos, segundo o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção;
- b) Observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros, e quando o considerar conveniente, publicar as informações especiais sobre a situação em um estado específico;
- c) Realizar visitas in loco aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular. Geralmente, essas visitas resultam na preparação de um relatório respectivo, que é publicado e enviado à Assembleia Geral;
- d) Fazer recomendações aos Estados membros da Organização dos Estados Americanos acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos.

A Comissão disponibiliza importante instrumento para o cidadão, que pode, mediante preenchimento de formulário, de fácil acesso, apresentar petição sobre violação dos direitos humanos em seu país, cuja admissibilidade está sujeita aos seguintes requisitos:

- a) prévio esgotamento dos recursos internos, salvo injustificada demora processual ou no caso da legislação interna não promover o devido processo legal;

b) inexistência de litispendência internacional.⁴¹⁶

Sobre o Sistema Interamericano, Flávia Piovesan⁴¹⁷ assim expressa sua aprovação:

O sistema interamericano tem revelado, sobretudo, uma dupla vocação: impedir retrocessos e fomentar avanços no regime de proteção dos direitos humanos, sob a inspiração de uma ordem centrada no valor da absoluta prevalência da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se ainda a existência do Sistema Europeu (que conta com a Convenção Europeia de Direitos) e do Sistema Africano (tem como principal instrumento a Carta Africana dos Direitos Humanos), os quais, em conjunto com o Sistema Americano, formam o Sistema Regional de proteção aos Direitos Humanos.

⁴¹⁶ Artigo 46 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional e d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.”

⁴¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

7 CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana constitui-se a base de todos os outros direitos do homem, que deve ser tratado com respeito e integridade, e a violação desse princípio deve ser sancionada por lei. Assim sendo, configuram-se desrespeito todas as condutas abusivas praticadas contra o ser humano e que atentem contra sua dignidade, integridade física ou psíquica.

Dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a teor do disposto no artigo 1º da Constituição Federal vigente, que orienta todo o ordenamento jurídico e diz respeito a valores como isonomia, diversidade, liberdade, respeito e pleno desenvolvimento da pessoa humana.

A fim de resguardar-lhe a dignidade, os direitos e garantias fundamentais, a República Federativa do Brasil, consoante determina o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, não exclui os direitos decorrentes de tratados internacionais.

Observa-se que os tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro é signatário, quando se trata de Direitos Humanos, devem ser analisados sob o ângulo da efetividade máxima, em razão da opção realizada pela Constituição Federal de 1988 em elevar a dignidade da pessoa humana como princípio fundante de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhes status constitucional, ainda que sua ratificação não tenha obedecido a procedimento legislativo para aprovação de emenda constitucional.

Os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos possibilitam construir um diálogo entre as diversas culturas jurídicas e buscar a defesa e inclusão do ser humano.

O compromisso internacional firmado pelo Estado brasileiro de prevalência dos Direitos Humanos deve corresponder à inafastável busca pela máxima proteção desses direitos e inclusive disponibilizar todo um aparato normativo para sua implementação, até mesmo no âmbito penal, se necessário.

Assim, reafirma-se o princípio da máxima efetividade normativa dos tratados internacionais assinados pela República Federativa do Brasil, quando envolvem matéria referente a Direitos Humanos, independente de terem sido firmados mediante o mesmo procedimento das emendas constitucionais ou de forma simples, já que, dada a relevância do conteúdo, devem ser considerados materialmente constitucionais, importando no reconhecimento de que também emitem mandados de criminalização para o Estado que o ratifica.

Assim, os mandados de criminalização visam tutelar determinados bens na seara penal. Resta claro, porém, que as obrigações de penalização não limitam o legislador infraconstitucional, que pode estabelecer outros bens como passíveis de tutela penal, desde que não sejam ofendidos os valores e princípios consagrados na Constituição. A criminalização há de ser feita tendo por fonte principal bens e valores constitucionais que formam a base e estrutura jurídica da comunidade.

A eleição dos mandados de criminalização decorre de motivações históricas e sociais, devendo ser realizada embasada pelo comando constitucional, de forma a respeitar os direitos e garantias individuais, que se constituem nos alicerces do Estado Democrático de Direito.

Os mandados de criminalização devem ter por fundamento uma obrigação constitucional de penalização, em que há o reconhecimento da necessidade de tutela de bem ou interesse, decorrente essa dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil.

Os limites do Direito Penal são evidentes no que concerne a restrição de criminalização de condutas, face o caráter fragmentário e subsidiário deste e ao entendimento prevalente em um Estado Democrático de Direito de sua incidência como a *ultima ratio*.

Assim, somente aos bens que sejam tidos como realmente imprescindíveis é que a tutela deve ocorrer por meio do Direito Penal, operando-se dessa forma uma necessária limitação da abrangência criminal, atendendo-se necessariamente aos filtros constitucionais, representados pelos princípios norteadores da incidência do Direito Penal.

O Estado não pode abrir mão da proteção penal aos bens jurídicos contidos nos mandados implícitos de criminalização inseridos na Constituição Federal, em especial, atendendo-se o comando exarado do princípio que proíbe a proteção insuficiente aos direitos fundamentais pelo ente estatal.

As normas constitucionais atuam como limite negativo ao poder punitivo estatal em total consonância aos princípios do Garantismo Penal, constituindo-se ainda como um limite para a atuação positiva do direito penal, ditando deveres de criminalização de condutas que atingem o bem jurídico-penal constante no texto constitucional, vinculada ao princípio da proibição de proteção insuficiente e/ou princípio da proibição da insuficiência.

A reiteração da prática da homofobia, do trabalho escravo e infantil, bem como o emprego da violência retratado nos fatos colacionados, entre outros que não chegam ao conhecimento, estão a comprovar que o direito extrapenal não se mostra suficiente para proteger os aludidos direitos fundamentais.

A pena é uma necessidade para preservar as condições da vida em sociedade, não podendo ser utilizada tão somente para o fim de mera reprovação de conduta, mas sim para pacificar a ordem e garantir Bens Jurídicos relevantes, servindo como retribuição ao delito cometido e cumprindo função preventiva geral e especial.

Não havendo condições de garantia de respeito à vida, à integridade física e ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, forçoso é reconhecer inexistentes condições mínimas para uma existência digna.

A ausência de condições que assegure a intimidade, identidade e igualdade do indivíduo, possibilita ingerências indevidas, tornando o valor da igualdade uma utopia, com predomínio do arbítrio e injustiças.

A proposta formulada de criminalização da homofobia, do trabalho escravo e infantil visa minimizar os graves e nefastos efeitos de práticas violadoras de direitos fundamentais, um impeditivo ao pleno exercício da cidadania e existência digna, práticas essas incompatíveis com o desenvolvimento de uma sociedade contemporânea que se tem como evoluída.

REFERÊNCIAS

Livros

ALMEIDA, Guilherme Assis; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ALMEIDA, Roberto Moreira. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: ROCHA, José Carlos de Carvalho; PARREIRAS FILHO, Tarcísio Humberto Henrique; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Política nacional do meio ambiente: 25 anos da Lei n. 6.938/1981*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 409-449.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1991.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALICO, Vladimir. A discriminação racial e a efetividade dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 282-304.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153-194, p. 158.

BERNAL PULIDO, Carlos. O princípio da proporcionalidade da legislação penal. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 805-830.

BIDART CAMPOS, Gérman J. *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do direito penal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza Nucci (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 345-354.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 14-15.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. Ações afirmativas: fundamentos e critérios para sua utilização. In: ARRUDA, Paula (Coord.). *Direitos humanos: questões em debate*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p. 183-193.
- BUSATO, Paulo Cesar; CONDE, Francisco Muñoz. *Crítica ao direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.
- COBO DEL ROSAL, Manoel; VIVES ANTÓN, Tomás, S. *Derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional penal*. Ijuí: Unijui, 2008.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Porto, 1995.
- D'AVILA, Fábio Roberto. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 71-96.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- DIAS, Fábio Freitas. Intervenção mínima-infrações tributárias. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 113-146.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, § 4º, da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional 45/2004, analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 107-119.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 163-201.

DUTRA, Maria Zuila Lima. *Meninas domésticas, infâncias destruídas: legislação e realidade social*. São Paulo: LTr, 2007.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 116-127.

FELDENS, Luciano. A conformação Constitucional do Direito Penal. In: WÜNDERLICH, Alexandre (Coord.). *Política criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008. p. 207-229.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de Direitos Humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES DA SILVA, Paulo Thadeu. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Renovar, 2001.

GOMES, Patrícia Saboya. O combate ao trabalho infantil no Brasil: conquistas e desafios. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tarcio José (Coords.). *Trabalho infantil e Direitos Humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 89-94.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GOULART, Marcelo Pedroso. A convenção sobre a idade mínima e o direito brasileiro. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tércio José (Coords.). *Trabalho infantil e Direitos Humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 94-120.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. *Cidadania*. São Paulo: Acadêmica, 2000.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 36.

KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUISI, Luiz. Notas sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29-45.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Lemes. *Direito ambiental brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTÍN, Luis Gracia. La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91-128.

MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 3).

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Kátia et al. Amor e ódio aos gays. *Época*, São Paulo, n. 668, p. 96-102, 7 mar. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina – jurisprudência – glossário*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte geral*. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza Nucci (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 233-276.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y derecho penal del enemigo. In: CAMPO MODERNO, Juan Carlos; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007. p. 9-50.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 2010.

OLIVEIRA E SILVA, Eduardo Sanz de. O princípio da subsidiariedade e a expansão do direito penal econômico. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 181-214.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIANI, Alexandre Coutinho (Coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 307-329.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTEL, Sílvia; GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. Em busca da (re) afirmação da dignidade humana: processo longo, paulatino, difícil, complexo. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 449-471.

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

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006a.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e relações internacionais: desafios e perspectivas contemporâneas. In: CORRÊA, Lelio Bentes; VIDOTTI, Tarcio José (Coords.). *Trabalho infantil e Direitos Humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005. p. 176-198.

PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos Direitos Humanos. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006c. p. 151-165.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes eleitorais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: fundamentos e implicações. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coords.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 129-162.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo. O crime organizado no ordenamento jurídico brasileiro: algumas considerações críticas. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 17., Brasília, DF, 2008. *Anais...* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 1.467-1.496. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/07_1414.pdf>. Acesso em 12 ago. 2011.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; Piovesan, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 695-720.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no Direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIOS, Roger Raupp. Homofobia na perspectiva dos Direitos Humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (Org.). *Diversidade sexual na educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009. p. 53-83. Disponível em: <<http://portaldoprofessor.mec.gov.br/storage/materiais/0000015502.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

ROBINSON, Jeffrey. *A globalização do crime*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 19

ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A união homoafetiva à luz dos princípios constitucionais. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 160-176.

RODRIGUES, Simone Martins. *Segurança internacional e Direitos Humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri; MINHOTO, Laurindo Dias. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SAKAMOTO, Leonardo (Coord.). *Trabalho escravo no Brasil do século XXI*. Brasília, DF: Organização Internacional do Trabalho, 2007. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/download/sakamoto_final.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Apresentação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009a. p. 12.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e insuficiência. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza Nucci (Orgs.). *Doutrinas essenciais: direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 99-151.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de Direitos Humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 331-338.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 2. ed. São Paulo: Método, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 7).

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso. *Comentários contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge: *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Série Ciência do Direito Penal Contemporânea, v. 3).

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. A dignidade da pessoa humana no contexto da pós-modernidade: o direito do século XXI é tolerância, bom senso e cidade. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009. p. 252-276.

STARCK, Christian. Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da lei fundamental alemã. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009. p. 199-224.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TIEDEMANN, Klaus. *Temas de derecho penal econômico y ambiental*. Lima: Idemsa, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2. ed. Brasília, DF: Ed. da Universidade de Brasília, 2000.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 511-528.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: 2001.

VILLELA, Ruth. A experiência do ministério do trabalho e emprego e instituições parceiras no combate ao trabalho escravo contemporâneo. In: CERQUEIRA, Gelba Cavalcante de et al. (Orgs.). *Trabalho escravo contemporâneo no Brasil: contribuições críticas para sua análise e denúncia*. Rio de Janeiro: Ed. da UFRJ, 2008. p. 141-156.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russel, 2003. 2 v.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *El enemigo em el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIRANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Periódicos

ALMOAS, Jorge; CASTRO, Nadyenka. Jovem de Cassilândia é assassinada por família da namorada em Goiás. *Campo Grande News*, Campo Grande, 6 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.campograndenews.com.br/cidades/interior/jovem-de-cassilandia-e-assassinada-por-familia-de-namorada-em-goias>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

ALMOAS, Jorge; SANTOS, Aline dos. Em MS, 50 processos administrativos por homofobia aguardam julgamento. *Campo Grande News*, Campo Grande, 24 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/em-ms-50-processos-administrativos-por-homofobia-aguardam-julgamento>>. Acesso em: 1º jun. 2011.

ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 2, n. 1, p. 173-205, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, p. 1-32, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2011

BRITTO, Carlos Ayres. Pela 1ª vez, ministro do STF defende criminalização da homofobia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 4 jul. 2011. Entrevistadores Felipe Seligman Johanna Nublat. Disponível em: <<http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2761572/preconceito-de-homofobico-o-faz-chafurdar-no-odio>>. Acesso em: 8 jan. 2011.

CARRARA, Sérgio. Política e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. *Bagoas*, Natal, v. 4, n. 5, p. 131-147, 2010. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v04n05art08_carrara.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2011, p. 137.

CARVALHO, Themis Maria Pacheco. A perspectiva ressocializadora na execução penal brasileira: o abandono do ideal ressocializador em direção a um direito penal do inimigo. *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*, São Luis, n. 1, p. 1-28, 1º maio 2004. Disponível em: <http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Themis%20ressocializa%20o%20e%20RDD%20para%20RECJ_.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2011.

CORREA, Sonia. *O percurso global dos direitos sexuais entre 'margens' e 'centros'*. *Bagoas*, Natal, v. 3, n. 4, p. 17-42, 2009. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/edic04.html>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Do crime de redução a condição análoga à de escravo, na redação da lei n. 10.803/2003. *Revista do Tribunal do Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 25, 2004. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev25Art3.pdf>. Acesso em: 11 set. 2008.

FREITAS, Vladimir Passos. A contribuição da lei dos crimes ambientais na defesa do meio ambiente. *Revista CEJ*, Brasília, v. 10, n. 33, p. 5-15, 2006.

FURTADO, Márcio Medeiros. Algumas considerações acerca do Tribunal Penal Internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 783, p. 470-503, 2001.

GRECO, Luís Filipe Maksoud. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004.

GUERRA, Carolina. Marca Zara está envolvida em denúncia de trabalho escravo. *Veja*, 17 ago. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/trabalho-escravo-encontrado-na-rede-da-zara>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, 1994.

MACIULEVICIUS, Paula; FERNANDES, Paulo. Rapaz sofre agressão motivada por homofobia no centro da Capital. *Campo Grande News*, Campo Grande, 16 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.campograndenews.com.br/cidades/capital/rapaz-sofre-agressao-motivada-por-homofobia-no-centro-da-capital>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese*, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/22388/superacao_antinomias_dialogo_fontes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 jan. 2011.

MELIÁ, Manuel Cancio. De novo: “direito penal” do inimigo? *Panóptica*, Vitória, v. 3, n. 17, p. 214-240, 2009. Disponível em: <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A12.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.

MOTT, Luiz. Mott sobre ataques a gays: Igrejas têm mãos sujas de sangue. *Terra Magazine*, 17 nov. 2010. Entrevista de Ana Cláudia Barros. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4796310-EI6578,00-Mott+sobre+ataques+a+gays+Igrejas+tem+maos+sujas+de+sangue.html>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

O ESTADO DE S. PAULO. Ato contra PL que criminaliza homofobia reúne 15 mil. São Paulo, 2 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,ato-contra-pl-que-criminaliza-homofobia-reune-15-mil,726928,0.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no Direito Internacional dos Direitos Humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 62, p. 9-55, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. O impacto da Convenção Americana de Direitos Humanos na relação do direito internacional e o direito interno. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, DF, v. 1, n. 4, p. 51-71, 2002.

RIBEIRO, Ednaldo Aparecido. Mudança de valores e tolerância entre brasileiros. *Desarrollo Humano*, Santiago, n. 73, p. 1-26, 2011. Edición especial. Disponível em: <http://www.revistadesarrollohumano.org/descarga.php?archivo=iehfzgjHe03Brasil_73.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2011.

ROCHA, Patrícia Barcelos Nunes de Mattos. *As transformações do direito penal clássico*. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, v. 3, n. 3, p. 1-10, out. 2007. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Revista/7/02.pdf>>. Acesso: 22 mar. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O limite entre o Judiciário e a lei. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 8 maio 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?tl=1&id=1123555&tit=O-limite-entre-o-Judiciario-e-a-lei>>. Acesso em: 20 maio 2011.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 1, n. 2, p. 75-83, 2009. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinus.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas yempresas en derecho comparado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 21-35, 1995.

Internet

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Legislação*. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/index.php#>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Migalhas, 2011. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em: 31 maio 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. *Brasil sem homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual*. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/004_1_3.pdf>. Acesso em: 1º mar. 2011.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo*. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/trab_escravo/7337.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo. *Resultados da fiscalização para erradicação do trabalho escravo por federação e anual – 2010*. Brasília, DF, 2011f. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/est_resultado_quadro_trabescravo2010.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo. *Resultados da fiscalização – janeiro a dezembro de 2010*. Brasília, DF, 2011g. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DEC3B32012DECA21BCB04D0/Resultados%20da%20Fiscalização%20-%20Jan-Dezembro%202010.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2011.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo. *Resultados da fiscalização para erradicação do trabalho escravo por federação e anual – 2009*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fisca_trab/est_resultado_quadro_divulgacao2009.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *MPT na Escola*. Disponível em: <http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/area_de_atuacao/trabalho_infantil/trabalho infantil_programasacoes>. Acesso em: 15 ago. 2011L.

BRASIL. Senado Federal. *Pesquisa nacional: criminalização do preconceito ou discriminação contra homossexuais*. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-PLC_122.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

D. *Casal acusado de homofobia perde direito de adotar na Inglaterra*. Tradução de Lana Lim. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/blog/d/casal-acusado-de-homofobia-perde-direito-de-adotar-na-inglaterra>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Direito dos homossexuais*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/programa-fantastico---09-01-2011.cont>>. Acesso em: 12 jan. 2011a.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e o direito à diferença*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/26_-_homoafetividade_e_o_direito_%E0_diferen%E7a.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2011c.

DIAS, Maria Berenice. *Liberdade de orientação sexual na sociedade atual*. In: FÓRUM SEMIRA PELA IGUALDADE, 1., 2007, Goiânia. Palestra. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/53_-_liberdade_de_orienta%E7%E3o_sexual_na_sociedade_atual.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

DIAS, Maria Berenice. *O reconhecimento do direito à diferença*. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/o_reconhecimento_do_direito_%E0_diferen%E7a.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2011b.

DUQUE, Tiago. *Sexualidade, gênero e abjeção: uma reflexão sobre Direitos Humanos e LGBTs no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_artigo/duque%2C_tiago_-_sexualidade%2C_g%EAnero_e_abje%E7%E3o.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2011.

FREITAS, Edmilson. *Congresso Nacional recebe 100 mil assinaturas pela criminalização da homofobia*. Brasília, DF, 17 maio 2011. Disponível em: <http://www.informes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7331:-congresso-nacional-recebe-100-mil-assinaturas-pela-criminalizacao-dahomofobia&catid=42:rokstories&Itemid=108>. Acesso em: 12 jan. 2011.

G1. *55% das pessoas são contra união estável gay, diz pesquisa do Ibope*. São Paulo, 28 jul 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/07/55-das-pessoas-sao-contra-uniao-estavel-gay-diz-pesquisa-do-ibope.html>>. Acesso em: 2 ago. 2011.

IG. *EUA assinam acordo sobre "trabalho decente" com Brasil*. São Paulo, 19 mar. 2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/visitaobama/eua+assinam+acordo+sobre+trabalho+decente+com+brasil/n1238180964289.html>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. *Seminário discute a diversidade sexual e o combate à homofobia*. Belo Horizonte, 2 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=4565>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2009*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad_sintese_2009.pdf>. Acesso: 21 mar. 2011.

KASSOUF, Ana Lúcia. *Trabalho infantil: causas e consequências* [sic]. Piracicaba, 2005. Disponível em: <<http://www.cepea.esalq.usp.br/pdf/texto.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

MARMELSTEIN, George. *Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas*. Scribd, 24 maio 2011. p. 1-37. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/56183523/arcoiris-versao-completa>>. Acesso em: 27 jun. 2011.

MOTT, Luiz. *Declarações de Luiz Mott*. Disponível em: <<http://www.oocities.org/br/luizmottbr/>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

NAÇÕES UNIDAS. *Combater a discriminação com base na orientação sexual e na identidade de gênero*. Nova York, 2010. Folheto. 2 p. Disponível em: <http://www.onu.org.br/docs/discriminacao-onu-pt_br.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2011.

NERY, Wellington Gonçalves. *O princípio da alteridade*. Falando na Lata, Jequié, 2 nov. 2010. Disponível em: <<http://jornalistanery.blogspot.com/2010/11/o-principio-da-alteridade.html>>. Acesso em: 3 mar. 2011.

NEVES, Maria. *Homofobia: pesquisas mostram aumento da violência contra homossexuais*. EcoDebate, 2010. Reportagem. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2010/11/25/homofobia-pesquisas-mostram-aumento-da-violencia-contr-homossexuais/>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Combatendo o trabalho infantil: guia para educadores*. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <http://white.oit.org.pe/ipecc/documentos/escola1_br.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *O custo da coerção: Relatório Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho*. Genebra, 2009b. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=398>>. Acesso em: 22 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Perfil do trabalho decente no Brasil*. Brasília, DF, 2009a. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/topic/decent_work/doc/perfiltdbrasil_129.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho infantil*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/topic/ipecc/doc/fact_sheet_2010c_157.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

PACTO NACIONAL. *Clipping: casal é condenado nos EUA por trabalho escravo*. São Paulo, 19 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/pacto/clipping/view/421>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

PACTO NACIONAL. *Clipping: jornais dos EUA destacam escravidão na Flórida*. São Paulo, 5 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/pacto/clipping/view/421>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Caderno do currículo permanente: Direito Constitucional – módulo V*. Porto Alegre: EMAGIS, 2006b. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ccp5_flavia_piovesan.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2011.

PIOVESAN, Flávia; GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. *Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial*. Disponível em: <http://200.144.0.24/resources/profissional/aceso_rapido/gtae/saude_pop_negra/convencao_sobre_a Eliminacao_de_todas_as_formas_de_discriminacao_racial.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

PRÓ-MENINO. *Trabalho infantil*. ECOAR. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/Conteudold/07c8dcdf-d6c0-4543-bac8-3709c5387303/Default.aspx#3>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

PYL, Bianca. *Indígenas são explorados em condições degradantes*. Repórter Brasil, 1º mar. 2011a. Não paginado. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1863&name=Indígenas-são-explorados-em-condições-degradantes>>. Acesso em: 12 mar. 2011.

PYL, Bianca. *Atlas revira entranhas do trabalho escravo no Maranhão*. Repórter Brasil, 1º fev. 2011b. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1848>>. Acesso em: 8 jun. 2011.

REPÓRTER BRASIL. *Documentos para pesquisa sobre trabalho escravo*. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/conteudo.php?id=3>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia A. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Não paginado. Disponível em: <http://www.paf.adv.br/novosite/artigos/index.php?cod_artigo=7>. Acesso em: 12 jan. 2011.

SANTOS, Débora. *Majoria dos ministros do STF reconhece união homossexual*. G1, São Paulo, 5 maio 2011. Disponível em: <[HTTP://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/supremo-reconhece-uniao-estavel-de-homossexuais.html](http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/05/supremo-reconhece-uniao-estavel-de-homossexuais.html)>. Acesso em: 20 maio 2011.

SERGIO VIEIRA DE MELLO FOUNDATION. *About Sergio*. Disponível em: <<http://www.sergiovdmfoundation.org/wcms/index.php?lang=en>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. O Seu Portal Jurídico, 2007a. Disponível em <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=66&Itemid=40>. Acesso: 23 mar. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”?* O Seu Portal Jurídico, 2008. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=77&Itemid=29>. Acesso: 23 mar. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermissverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. O Seu Portal Jurídico, 2007b. Disponível em <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=77&Itemid=29>. Acesso: 23 mar. 2011.

VARELLA, Draúzio. *Violência contra homossexuais*. Não paginado. Disponível em: <<http://www.drauziovarella.com.br/ExibirConteudo/6375/violencia-contra-homossexuais>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

Conjunto Jurídico

BRASIL. Ministério da Justiça. *Pareceres*. Brasília, DF, 2011m. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B81BC3F3D%2DACAF%2D4C66%2D9B17%2D1626278CC8F3%7D>>. Acesso em: 10 mar. 2011.

BRASIL. Presidência da República. *Constituições*. Brasília, DF, 2011j. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/principal.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Presidência da República. *Emendas constitucionais*. Brasília, DF, 2011k. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Presidência da República. *Legislação*. Brasília, DF, 2011c. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Senado Federal. *Atividade legislativa*. Brasília, DF, 2011e. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudências*. Brasília, DF, 2011d. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Processos*. Brasília, DF, 2011h. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudências*. Brasília, DF, 2011a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Legislação*. Brasília, DF, 2011b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoPlanaltoSenado>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Processos*. Brasília, DF, 2011i. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª região. *Jurisprudências*. Disponível em: <<http://www.trt24.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 10 jan. 2011.

NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. San Francisco, 1945. Não paginado. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php>. Acesso em: 10 mar. 2007.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*. Brasília, DF, 1968. Não paginado. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_cs.php>. Acesso em: 12 jan. 2011.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)*. Durban, 2001. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/Declarac255eo%20e%20Plano%20de%20Ac255eo%20-%20Viena.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2007.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Brasília, DF, 1948. Não paginado. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) (Pacto de San José da Costa Rica)*. San José de Costa Rica, 1969. Não paginado. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/Pacto%20de%20San%20Jose%20da%20Costa%20Rica.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 138 – sobre a idade mínima de admissão ao emprego*. Brasília, DF, 1973a. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/legislacao/convencoes/cv_138.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção Relativa a Abolição do Trabalho Forçado* [de 26 de junho de 1957]. Brasília, DF, 1959. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_105.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção sobre o Trabalho Forçado ou Obrigatório* [de 28 de junho de 1930]. Brasília, DF, 1932. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/info/download/conv_29.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Recomendação 146 – recomendação relativa à idade mínima de admissão ao emprego*. Brasília, DF, 1973b. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/legislacao/convencoes/cv_138_recomendacoes.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2011.

Apoio ao conhecimento

DUTRA, Maria Zuila Lima. *Meninas domésticas, infâncias destruídas: legislação e realidade social*. São Paulo: LTr, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. Gênese dos Direitos Humanos. In: HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Academia, 1994. v. 1.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: trabalho infantil 2001*. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em:
<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoadevida/trabalho_infantil/trabinf2001.pdf>. Acesso: 21 mar. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 54, p. 221-224, 2000.

POLAINO NAVARRETE, M. *El bien jurídico en el Derecho Penal*. Sevilha: Public de La Universidad, 1974.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009b. p. 15-43.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de Derecho Penal comum vigente em Alemanha*. Tradução de Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemer. 14. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Tradução de João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal alemão*. Tradução de Luíz Jimenez de Asúa. 4. ed. Madrid: Reus, 1999. tomo 3.

ANEXOS

ANEXO A – Convenções

CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL

Os Estados-partes na presente Convenção,

Considerando que a Carta das Nações Unidas baseia-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos, e que todos os Estados-membros comprometem-se a tomar medidas separadas e conjuntas, em cooperação com a Organização, para a consecução de um dos propósitos das Nações Unidas, que é promover e encorajar o respeito universal e a observância dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião,

Considerando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que toda pessoa pode invocar todos os direitos estabelecidos nessa Declaração, sem distinção alguma, e principalmente de raça, cor ou origem nacional,

Considerando que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação,

Considerando que as Nações Unidas têm condenado o colonialismo e todas as práticas de segregação e discriminação a ele associadas, em qualquer forma e onde quer que existam, e que a Declaração sobre a Outorga da Independência aos Países e Povos Coloniais de 14 de dezembro de 1960 (Resolução 1514 (XV) da Assembléia Geral) afirmou e proclamou solenemente a necessidade de levá-las a um fim rápido e incondicional,

Considerando que a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 20 de dezembro de 1963 (Resolução 1.904 (XVIII) da Assembléia Geral) afirma solenemente a necessidade de eliminar rapidamente a discriminação racial no mundo, em todas as suas formas e manifestações, e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana,

Convencidos de que a doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum,

Reafirmando que a discriminação entre as pessoas por motivo de raça, cor ou origem étnica é um obstáculo às relações amistosas e pacíficas entre as nações e é capaz de perturbar a paz e a segurança entre os povos e a harmonia de pessoas vivendo lado a lado, até dentro de um mesmo Estado,

Convencidos de que a existência de barreiras raciais repugna os ideais de qualquer sociedade humana,

Alarmados por manifestações de discriminação racial ainda em evidência em algumas áreas do mundo e por políticas governamentais baseadas em superioridade racial ou ódio, como as políticas de *apartheid*, segregação ou separação,

Resolvidos a adotar todas as medidas necessárias para eliminar rapidamente a discriminação racial em todas as suas formas e manifestações, e a prevenir e combater doutrinas e práticas racistas e construir uma comunidade internacional livre de todas as formas de segregação racial e discriminação racial,

Levando em conta a Convenção sobre a Discriminação no Emprego e Ocupação, adotada pela Organização Internacional do Trabalho de 1958, e a Convenção contra a Discriminação

no Ensino, adotada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, em 1960,

Desejosos de completar os princípios estabelecidos na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e assegurar o mais cedo possível a adoção de medidas práticas para esse fim,

Acordam o seguinte:

PARTE I

Artigo 1º - Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de Direitos Humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

2. Esta Convenção não se aplicará às distinções, exclusões, restrições e preferências feitas por um Estado-parte entre cidadãos e não cidadãos.

3. Nada nesta Convenção poderá ser interpretado como afetando as disposições legais dos Estados-partes, relativas à nacionalidade, cidadania e naturalização, desde que tais disposições não discriminem contra qualquer nacionalidade particular.

4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de Direitos Humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

Artigo 2º - Os Estados-partes condenam a discriminação racial e comprometem-se a adotar, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a encorajar a promoção de entendimento entre todas as raças, e para este fim:

a) Cada Estado-parte compromete-se a abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação racial contra pessoas, grupos de pessoas ou instituições e zelar para que as autoridades públicas nacionais ou locais atuem em conformidade com esta obrigação;

b) Cada Estado-parte compromete-se a não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial praticada por uma pessoa ou uma organização qualquer;

c) Cada Estado-parte deverá tomar as medidas eficazes, a fim de rever as políticas governamentais nacionais e locais e modificar, abrogar ou anular qualquer disposição regulamentar que tenha como objetivo criar a discriminação ou perpetuá-la onde já existir;

d) Cada Estado-parte deverá tomar todas as medidas apropriadas, inclusive, se as circunstâncias o exigirem, medidas de natureza legislativa, para proibir e pôr fim à discriminação racial praticada por quaisquer pessoas, grupo ou organização;

e) Cada Estado-parte compromete-se a favorecer, quando for o caso, as organizações e movimentos multiraciais, bem como outros meios próprios para eliminar as barreiras entre as raças e a desencorajar o que tenda a fortalecer a divisão racial.

2. Os Estados-partes tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, medidas especiais e concretas para assegurar, como convier, o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais ou de indivíduos pertencentes a

esses grupos, com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos, em razão dos quais foram tomadas.

Artigo 3º - Os Estados-partes condenam a segregação racial e o *apartheid* e comprometem-se a proibir e a eliminar nos territórios sob a sua jurisdição todas as práticas dessa natureza.

Artigo 4º - Os Estados-partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias [sic] ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendam justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais, e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo V da presente Convenção, *inter alia*:

a) a declarar como delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias [sic] baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;

b) a declarar ilegais e a proibir as organizações, assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitem à discriminação racial e que a encorajem e a declarar delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades;

c) a não permitir às autoridades públicas nem às instituições públicas, nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

Artigo 5º - Em conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados-partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos:

a) direito a um tratamento igual perante os tribunais ou qualquer órgão que administre a justiça;

b) direito à segurança da pessoa ou à proteção do Estado contra violência ou lesão corporal cometida, quer por funcionários de Governo, quer por qualquer indivíduo, grupo ou instituição;

c) direitos políticos, particularmente direitos de participar nas eleições - de votar e ser votado - conforme o sistema de sufrágio universal e igual, de tomar parte no Governo, assim como na direção dos assuntos públicos a qualquer nível, e de acesso em igualdade de condições às funções públicas;

d) outros direitos civis, particularmente:

i) direito de circular livremente e de escolher residência dentro das fronteiras do Estado;

ii) direito de deixar qualquer país, inclusive o seu, e de voltar ao seu país;

iii) direito a uma nacionalidade;

iv) direito de casar-se e escolher o cônjuge;

v) direito de qualquer pessoa, tanto individualmente como em conjunto, à propriedade;

vi) direito de herdar;

vii) direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião;

- viii) direito à liberdade de opinião e de expressão;
- ix) direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas;
- e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente:
 - i) direitos ao trabalho, à livre escolha de trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, à proteção contra o desemprego, a um salário igual para um trabalho igual, a uma remuneração equitativa e satisfatória;
 - ii) direito de fundar sindicatos e a eles se afiliar;
 - iii) direito à habitação;
 - iv) direitos à saúde pública, a tratamento médico, à previdência social e aos serviços sociais;
 - v) direito à educação e à formação profissional;
 - vi) direito à igual participação nas atividades culturais;
- f) direito de acesso a todos os lugares e serviços destinados ao uso do público, tais como meios de transporte, hotéis, restaurantes, cafés, espetáculos e parques.

Artigo 6º - Os Estados-partes assegurarão, a qualquer pessoa que estiver sob sua jurisdição, proteção e recursos eficazes perante os tribunais nacionais e outros órgãos do Estado competentes, contra quaisquer atos de discriminação racial que, contrariamente à presente Convenção, violarem seus direitos individuais e suas liberdades fundamentais, assim como o direito de pedir a esses tribunais uma satisfação ou reparação justa e adequada por qualquer dano de que foi vítima, em decorrência de tal discriminação.

Artigo 7º - Os Estados-partes comprometem-se a tomar as medidas imediatas e eficazes, principalmente no campo do ensino, educação, cultura, e informação, para lutar contra os preconceitos que levem à discriminação racial e para promover o entendimento, a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais e étnicos, assim como para propagar os propósitos e os princípios da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e da presente Convenção.

PARTE II

Artigo 8º - 1. Será estabelecido um Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial (doravante denominado "Comitê"), composto de dezoito peritos de grande prestígio moral e reconhecida imparcialidade, que serão eleitos pelos Estados-partes dentre os seus nacionais e que exercerão suas funções a título pessoal, levando-se em conta uma distribuição geográfica equitativa e a representação das formas diversas de civilização, assim como dos principais sistemas jurídicos.

2. Os membros do Comitê serão eleitos em votação secreta dentre uma lista de pessoas indicadas pelos Estados-partes. Cada Estado-parte pode indicar uma pessoa dentre os seus nacionais.

3. A primeira eleição se realizará seis meses após a data da entrada em vigor da presente Convenção. Ao menos três meses antes da data de cada eleição, o Secretário Geral da Organização das Nações Unidas enviará uma carta aos Estados-partes para convidá-los a apresentar suas candidaturas no prazo de dois meses. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas organizará uma lista, por ordem alfabética, de todos os candidatos assim designados, com indicações dos Estados-partes que os tiverem designado, e a comunicará aos Estados-partes.

4. Os membros do Comitê serão eleitos durante uma reunião dos Estados-partes convocada pelo Secretário Geral das Nações Unidas. Nesta reunião, na qual o quorum será

estabelecido por dois terços dos Estados-partes, serão eleitos membros do Comitê os candidatos que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados-partes presentes e votantes.

5. a) Os membros do Comitê serão eleitos para um mandato de quatro anos. Entretanto, o mandato de nove dos membros eleitos na primeira eleição expirará ao final de dois anos; imediatamente após a primeira eleição, os nomes desses nove membros serão escolhidos, por sorteio, pelo Presidente do Comitê.

b) Para preencher as vagas fortuitas, o Estado-parte cujo perito tenha deixado de exercer suas funções de membro do Comitê nomeará outro perito entre seus nacionais, sob reserva da aprovação do Comitê.

6. Os Estados-partes serão responsáveis pelas despesas dos membros do Comitê para o período em que estes desempenharem funções no Comitê.

Artigo 9º - 1. Os Estados-partes comprometem-se a submeter ao Secretário Geral das Nações Unidas, para exame do Comitê, um relatório sobre as medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou outras que adotarem para tornarem efetivas as disposições desta Convenção:

a) no prazo de um ano, a partir da entrada em vigor da Convenção, para o Estado interessado; e

b) posteriormente, pelo menos a cada quatro anos e toda vez que o Comitê vier a solicitar.

O Comitê poderá solicitar informações complementares aos Estados-partes.

2. O Comitê submeterá anualmente à Assembléia Geral um relatório sobre suas atividades e poderá fazer sugestões e recomendações de ordem geral baseadas no exame dos relatórios e das informações recebidas dos Estados-partes. Levará estas sugestões e recomendações de ordem geral ao conhecimento da Assembléia Geral e, se as houver, juntamente com as observações dos Estados-partes.

Artigo 10 - O Comitê adotará seu próprio regulamento interno.

2. O Comitê elegerá sua Mesa para um período de dois anos.

3. O Secretário Geral das Nações Unidas fornecerá os serviços de Secretaria ao Comitê.

4. O Comitê reunir-se-á normalmente na sede das Nações Unidas.

Artigo 11 - Se um Estado-parte considerar que outro Estado-parte não vem cumprindo as disposições da presente Convenção poderá chamar a atenção do Comitê sobre a questão. O Comitê transmitirá, então, a comunicação ao Estado-parte interessado. Em um prazo de três meses, o Estado destinatário submeterá ao Comitê as explicações ou declarações por escrito, a fim de esclarecer a questão e indicar as medidas corretivas que por acaso tenham sido tomadas pelo referido Estado.

2. Se, dentro do prazo de seis meses, a contar da data do recebimento da comunicação original pelo Estado destinatário, a questão não estiver dirimida satisfatoriamente para ambos os Estados-partes interessados, por meio de negociações bilaterais ou por qualquer outro processo que estiver a sua disposição, tanto um como o outro terão o direito de submetê-la ao Comitê, mediante notificação endereçada ao Comitê ou ao outro Estado interessado.

3. O Comitê só poderá tomar conhecimento de uma questão, de acordo com o parágrafo 2º do presente artigo, após ter assegurado que todos os recursos internos disponíveis tenham sido utilizados e esgotados, em conformidade com os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos. Não se aplicará essa regra quando a aplicação dos mencionados recursos exceder prazos razoáveis.

4. Em qualquer questão que lhe for submetida, o Comitê poderá solicitar aos Estados-partes presentes que lhe forneçam quaisquer informações complementares pertinentes.

5. Quando o Comitê examinar uma questão conforme o presente artigo, os Estados-partes interessados terão o direito de nomear um representante que participará sem direito de voto dos trabalhos no Comitê durante todos os debates.

Artigo 12 - 1. a) Depois que o Comitê obtiver e consultar as informações que julgar necessárias, o Presidente nomeará uma Comissão de Conciliação *ad hoc* (doravante denominada "Comissão"), composta de 5 pessoas que poderão ou não ser membros do Comitê. Os membros serão nomeados com o consentimento pleno e unânime das partes na controvérsia e a Comissão porá seus bons ofícios à disposição dos Estados presentes, com o objetivo de chegar a uma solução amigável da questão, baseada no respeito à presente Convenção.

b) Se os Estados-partes na controvérsia não chegarem a um entendimento em relação a toda ou parte da composição da Comissão, em um prazo de três meses, os membros da Comissão que não tiverem o assentimento dos Estados-partes na controvérsia serão eleitos por escrutínio secreto, dentre os próprios membros do Comitê, por maioria de dois terços.

2. Os membros da Comissão atuarão a título individual. Não deverão ser nacionais de um dos Estados-partes na controvérsia nem de um Estado que não seja parte na presente Convenção.

3. A Comissão elegerá seu Presidente e adotará seu regulamento interno.

4. A Comissão reunir-se-á normalmente na Sede das Nações Unidas ou em qualquer outro lugar apropriado que a Comissão determinar.

5. O secretariado, previsto no parágrafo 3º do artigo 10, prestará igualmente seus serviços à Comissão cada vez que uma controvérsia entre os Estados-partes provocar sua formação.

6. Todas as despesas dos membros da Comissão serão divididas igualmente entre os Estados-partes na controvérsia, com base em um cálculo estimativo feito pelo Secretário Geral.

7. O Secretário Geral ficará autorizado a pagar, se for necessário, as despesas dos membros da Comissão, antes que o reembolso seja efetuado pelos Estados-partes na controvérsia, de conformidade com o parágrafo 6º do presente artigo.

8. As informações obtidas e confrontadas pelo Comitê serão postas à disposição da Comissão, que poderá solicitar aos Estados interessados que lhe forneçam qualquer informação complementar pertinente.

Artigo 13 - 1. Após haver estudado a questão sob todos os seus aspectos, a Comissão preparará e submeterá ao Presidente do Comitê um relatório com as conclusões sobre todas as questões de fato relativas à controvérsia entre as partes e as recomendações que julgar oportunas, a fim de chegar a uma solução amistosa da controvérsia.

2. O Presidente do Comitê transmitirá o relatório da Comissão a cada um dos Estados-partes na controvérsia. Os referidos Estados comunicarão ao Presidente do Comitê, em um prazo de três meses, se aceitam ou não as recomendações contidas no relatório da Comissão.

3. Expirado o prazo previsto no parágrafo 2º do presente artigo, o Presidente do Comitê apresentará o Relatório da Comissão e as declarações dos Estados-partes interessados aos outros Estados-partes nesta Convenção.

Artigo 14 - Todo Estado-parte na presente Convenção poderá declarar, a qualquer momento, que reconhece a competência do Comitê para receber e examinar as comunicações enviadas por indivíduos ou grupos de indivíduos sob sua jurisdição, que aleguem ser vítimas de violação, por um Estado-parte, de qualquer um dos direitos

enunciados na presente Convenção. O Comitê não receberá comunicação alguma relativa a um Estado-parte que não houver feito declaração dessa natureza.

2. Qualquer Estado-parte que fizer uma declaração de conformidade com o parágrafo 1º do presente artigo, poderá criar ou designar um órgão dentro de sua ordem jurídica nacional, que terá a competência para receber e examinar as petições de pessoas ou grupos de pessoas sob sua jurisdição, que alegarem ser vítimas de uma violação de qualquer um dos direitos enunciados na presente Convenção e que esgotaram os outros recursos locais disponíveis.

3. A declaração feita de conformidade com o parágrafo 1º do presente artigo e o nome de qualquer órgão criado ou designado pelo Estado-parte interessado, consoante o parágrafo 2º do presente artigo, serão depositados pelo Estado-parte interessado junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, que remeterá cópias aos outros Estados-partes. A declaração poderá ser retirada a qualquer momento, mediante notificação ao Secretário Geral das Nações Unidas, mas esta retirada não prejudicará as comunicações que já estiverem sendo estudadas pelo Comitê.

4. O órgão criado ou designado de conformidade com o parágrafo 2º do presente artigo, deverá manter um registro de petições, e cópias autenticadas do registro serão depositadas anualmente por canais apropriados junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, no entendimento de que o conteúdo dessas cópias não será divulgado ao público.

5. Se não obtiver reparação satisfatória do órgão criado ou designado de conformidade com o parágrafo 2º do presente artigo, o peticionário terá o direito de levar a questão ao Comitê, dentro de seis meses.

6.a) O Comitê levará, a título confidencial, qualquer comunicação que lhe tenha sido endereçada, ao conhecimento do Estado-parte que supostamente houver violado qualquer das disposições desta Convenção, mas a identidade da pessoa ou dos grupos de pessoas não poderá ser revelada sem o consentimento expresso da referida pessoa ou grupos de pessoas. O Comitê não receberá comunicações anônimas.

b) Dentro dos três meses seguintes, o Estado destinatário submeterá ao Comitê as explicações ou declarações por escrito que elucidem a questão e, se for o caso, indiquem o recurso jurídico adotado pelo Estado em questão.

7.a) O Comitê examinará as comunicações recebidas em conformidade com o presente artigo à luz de todas as informações a ele submetidas pelo Estado interessado e pelo peticionário. O Comitê só examinará uma comunicação de um peticionário após ter-se assegurado de que este esgotou todos os recursos internos disponíveis. Entretanto, esta regra não se aplicará se os processos de recurso excederem prazos razoáveis.

b) O Comitê comunicará suas sugestões e recomendações eventuais ao Estado-parte e ao peticionário em questão.

8. O Comitê incluirá em seu relatório anual um resumo destas comunicações e, se for necessário, um resumo das explicações e declarações dos Estados-partes interessados, assim como suas próprias sugestões e recomendações.

9. O Comitê somente terá competência para exercer as funções previstas neste artigo se pelo menos dez Estados-partes nesta Convenção estiverem obrigados, por declarações feitas de conformidade com o parágrafo 1º deste artigo.

Artigo 15 - 1. Enquanto não forem atingidos os objetivos da Resolução 1.514 (XV) da Assembléia Geral de 14 de dezembro de 1960, relativa à Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais, as disposições da presente Convenção não restringirão de maneira alguma o direito de petição concedido aos povos por outros instrumentos internacionais ou pela Organização das Nações Unidas e suas agências especializadas.

2. a) O Comitê, constituído de conformidade com o parágrafo 1 do artigo VIII desta Convenção, receberá cópia das petições provenientes dos órgãos das Nações Unidas que se encarregarem de questões diretamente relacionadas com os princípios e objetivos da presente Convenção e expressará sua opinião e formulará recomendações sobre essas petições, quando examinar as petições dos habitantes dos territórios sob tutela ou sem governo próprio ou de qualquer outro território a que se aplicar a Resolução 1.514 (XV) da Assembléia Geral, relacionadas a questões tratadas pela presente Convenção e que forem submetidas a esses órgãos.

b) O Comitê receberá dos órgãos competentes da Organização das Nações Unidas cópia dos relatórios sobre medidas de ordem legislativa, judiciária, administrativa ou outras diretamente relacionadas com os princípios e objetivos da presente Convenção que as Potências Administradoras tiverem aplicado nos territórios mencionados na alínea "a" do presente parágrafo e expressará sua opinião e fará recomendações a esses órgãos.

3. O Comitê incluirá em seu relatório à Assembléia Geral um resumo das petições e relatórios que houver recebido de órgãos das Nações Unidas e as opiniões e recomendações que houver proferido sobre tais petições e relatórios.

4. O Comitê solicitará ao Secretário Geral das Nações Unidas qualquer informação relacionada com os objetivos da presente Convenção, de que este dispuser, sobre os territórios mencionados no parágrafo 2º (a) do presente artigo.

Artigo 16 - As disposições desta Convenção, relativas à solução das controvérsias ou queixas, serão aplicadas sem prejuízo de outros processos para a solução de controvérsias e queixas no campo da discriminação, previstos nos instrumentos constitutivos das Nações Unidas e suas agências especializadas, e não excluirão a possibilidade dos Estados-partes recorrerem a outros procedimentos para a solução de uma controvérsia, de conformidade com os acordos internacionais ou especiais que os ligarem.

PARTE III

Artigo 17 - 1. A presente Convenção estará aberta à assinatura de todos os Estados-membros da Organização das Nações Unidas ou membros de qualquer uma de suas agências especializadas, de qualquer Estado-parte no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assim como de qualquer outro Estado convidado pela Assembléia Geral das Nações Unidas a tornar-se parte na presente Convenção.

2. Esta Convenção está sujeita à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas.

Artigo 18 - Esta Convenção está aberta à adesão de todos os Estados mencionados no parágrafo 1º do artigo XVII.

2. Far-se-á a adesão mediante depósito do instrumento de adesão junto ao Secretário Geral das Nações Unidas.

Artigo 19 - 1. A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a contar da data em que o vigésimo sétimo instrumento de ratificação ou adesão houver sido depositado junto ao Secretário Geral das Nações Unidas.

2. Para os Estados que vierem a ratificar a presente Convenção ou a ela aderir após o depósito do vigésimo sétimo instrumento de ratificação ou adesão, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia a contar da data em que o Estado em questão houver depositado seu instrumento de ratificação ou adesão.

Artigo 20 - 1. O Secretário Geral das Nações Unidas receberá e enviará, a todos os Estados que forem ou vierem a tornar-se partes nesta Convenção, as reservas feitas pelos Estados no momento da ratificação ou adesão. Qualquer Estado que objetar a essas reservas,

deverá notificar ao Secretário Geral, dentro de noventa dias da data da referida comunicação, que não a aceita.

2. Não será permitida reserva incompatível com o objeto e o propósito desta Convenção, nem reserva cujo efeito seja o de impedir o funcionamento de qualquer dos órgãos previstos nesta Convenção. Uma reserva será considerada incompatível ou impeditiva se a ela objetarem ao menos dois terços dos Estados-partes nesta Convenção.

3. As reservas poderão ser retiradas a qualquer momento por uma notificação endereçada com esse objetivo ao Secretário Geral das Nações Unidas. A notificação surtirá efeito na data de seu recebimento.

Artigo 21 - Todo Estado-parte poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação por escrito endereçada ao Secretário Geral das Nações Unidas. A denúncia produzirá efeitos um ano depois da data do recebimento da notificação pelo Secretário Geral.

Artigo 22 - As controvérsias entre dois ou mais Estados-partes, com relação à interpretação ou aplicação da presente Convenção que não puderem ser dirimidas por meio de negociação ou pelos processos previstos expressamente nesta Convenção, serão, a pedido de um deles, submetidas à decisão da Corte Internacional de Justiça, a não ser que os litigantes concordem com outro meio de solução.

Artigo 23 - 1. Qualquer Estado-parte poderá, em qualquer momento, formular pedido de revisão desta Convenção, mediante notificação escrita dirigida ao Secretário Geral da Organização das Nações Unidas.

2. A Assembléia Geral das Nações Unidas decidirá sobre as medidas a serem tomadas, se for o caso, com respeito a este pedido.

Artigo 24 - O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas comunicará a todos os Estados mencionados no parágrafo 1º do artigo XVII desta Convenção:

- a) As assinaturas, ratificações e adesões recebidas em conformidade com os artigos 17 e 18;
- b) A data da entrada em vigor da Convenção, nos termos do artigo 19;
- c) As comunicações e declarações recebidas em conformidade com os artigos 19, 20, 23;
- d) As denúncias recebidas em conformidade com o artigo 21.

Artigo 25 - 1. A presente Convenção, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositada junto ao Secretário Geral das Nações Unidas.

2. O Secretário Geral da Organização das Nações Unidas encaminhará cópias autenticadas da presente Convenção a todos os Estados.

*Adotada pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21.12.1965 - ratificada pelo Brasil em 27.03.1968

CONVENÇÃO (29) SOBRE O TRABALHO FORÇADO OU OBRIGATÓRIO

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho e reunida, em 10 de junho de 1930, em sua Décima Quarta Reunião;

Tendo decidido adotar diversas proposições relativas ao trabalho forçado ou obrigatório, o que constitui a primeira questão da ordem do dia da reunião;

Tendo decidido que essas proposições se revistam da forma de uma convenção internacional, adota, no dia vinte e oito de junho de mil novecentos e trinta, esta Convenção que pode ser citada como a Convenção sobre o Trabalho Forçado, de 1930, a ser ratificada pelos Países-membros da Organização Internacional do Trabalho, conforme as disposições da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

Artigo 1º

1. Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível.
2. Com vista a essa abolição total, só se admite o recurso a trabalho forçado ou obrigatório, no período de transição, unicamente para fins públicos e como medida excepcional, nas condições e garantias providas nesta Convenção.
3. Decorridos cinco anos, contados da data de entrada em vigor desta Convenção e por ocasião do relatório ao Conselho de Administração do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho, nos termos do Artigo 31, o mencionado Conselho de Administração examinará a possibilidade de ser extinto, sem novo período de transição o trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas e deliberará sobre a conveniência de incluir a questão na ordem do dia da Conferência.

Artigo 2º

1. Para fins desta Convenção, a expressão "trabalho forçado ou obrigatório" compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.
2. A expressão "trabalho forçado ou obrigatório" não compreenderá, entretanto, para os fins desta Convenção:
 - a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar;
 - b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano,
 - c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição;

* Data de entrada em vigor: 1º de maio de 1932.

- d) qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundações, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou epizooticas, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população;

e) pequenos serviços comunitários que, por serem executados por membros da comunidade, o seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com referência á necessidade desses serviços.

Artigo 3º

Para os fins desta Convenção, o termo "autoridade competente" designará uma autoridade do país metropolitano ou a mais alta autoridade central do território concernente.

Artigo 4º

1. A autoridade competente não imporá nem permitirá que se imponha trabalho forçado ou obrigatório em proveito de particulares, empresas ou associações.

2. Onde existir trabalho forçado ou obrigatório, em proveito de particulares, empresas ou associações, na data em que for registrada pelo Diretor Geral do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho a ratificação desta Convenção por um País-membro, esse País-membro abolirá totalmente o trabalho forçado ou obrigatório a partir da data de entrada em vigor desta Convenção em seu território.

Artigo 5º

1. Nenhuma concessão feita a particulares, empresas ou associações implicará qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório para a produção ou coleta de produto que esses particulares, empresas ou associações utilizam ou negociam.

2. Onde existirem concessões que contenham disposições que envolvam essa espécie de trabalho forçado ou obrigatório, essas disposições serão rescindidas, tão logo quanto possível, para dar cumprimento ao Artigo 1º desta Convenção.

Artigo 6º

Funcionários da administração, mesmo quando tenham o dever de estimular as populações sob sua responsabilidade a se engajarem em alguma forma de trabalho, não as pressionarão ou a qualquer um de seus membros a trabalhar para particulares, companhias ou associações.

Artigo 7º

1. Dirigentes que não exercem funções administrativas não poderão recorrer a trabalhos forçados ou obrigatórios.

2. Dirigentes que exercem funções administrativas podem, com a expressa autorização da autoridade competente, recorrer a trabalho forçado ou obrigatório nos termos do Artigo 10º desta Convenção.

3. Dirigentes legalmente reconhecidos e que não recebem adequada remuneração sob outras formas podem beneficiar-se de serviços pessoais devidamente regulamentados, desde que sejam tomadas todas as medidas necessárias para prevenir abusos.

Artigo 8º

1. Caberá á mais alta autoridade civil do território interessado a responsabilidade por qualquer decisão de recorrer a trabalho forçado ou obrigatório.

2. Essa autoridade poderá, entretanto, delegar competência ás mais altas autoridades locais para exigir trabalho forçado ou obrigatório que não implique o afastamento dos trabalhadores do local de sua residência habitual. Essa autoridade poderá também delegar competência ás mais altas autoridades locais, por períodos e nas condições estabelecidas

no Artigo 23 desta Convenção, para exigir trabalho forçado ou obrigatório que implique o afastamento do trabalhador do local de sua residência habitual, a fim de facilitar a movimentação de funcionários da administração, em serviço, e transportar provisões do Governo.

Artigo 9º

Ressalvado o disposto no Artigo 10º desta Convenção, toda autoridade competente para exigir trabalho forçado ou obrigatório, antes de se decidir pelo recurso a essa medida, assegurar-se-á de que:

- a) o trabalho a ser feito ou o serviço a ser prestado é de interesse real e direto da comunidade convocada para executá-lo ou prestá-lo;
- b) o trabalho ou serviço é de necessidade real ou premente;
- c) foi impossível conseguir mão-de-obra voluntária para a execução do trabalho ou para a prestação do serviço com o oferecimento de níveis salariais e condições de trabalho não inferiores aos predominantes na área interessada para trabalho ou serviço semelhante;
- d) o trabalho ou serviço não representará um fardo excessivo para a população atual, levando-se em consideração a mão-de-obra disponível e sua capacidade para se desincumbir da tarefa.

Artigo 10º

1. Será progressivamente abolido o trabalho forçado ou obrigatório exigido a título de imposto, a que recorre a autoridade administrativa para execução de obras públicas.

2. Entrementes, onde o trabalho forçado ou obrigatório for reclamado a título de imposto ou exigido por autoridades administrativas para a execução de obras públicas, a autoridade interessada assegurar-se-á primeiramente que:

- a) o trabalho a ser feito ou o serviço a ser prestado é de interesse real e direto da comunidade convocada para executá-lo ou prestá-lo;
- b) o trabalho ou serviço é de necessidade real ou premente;
- c) o trabalho ou serviço não representará um fardo excessivo para a população atual, levando-se em consideração a mão-de-obra disponível e sua capacidade para se desincumbir da tarefa;
- d) o trabalho ou serviço não implicará o afastamento do trabalhador do local de sua residência habitual;
- e) a execução do trabalho ou a prestação do serviço será conduzida de acordo com as exigências da religião, vida social e da agricultura.

Artigo 11

1. Só adultos do sexo masculino fisicamente aptos, cuja idade presumível não seja inferior a dezoito anos nem superior a quarenta e cinco, podem ser convocados para trabalho forçado ou obrigatório. Ressalvadas as categorias de trabalho enumeradas no Artigo 10º desta Convenção, serão observadas as seguintes limitações e condições:

- a) prévio atestado, sempre que possível por médico da administração pública, de que as pessoas envolvidas não sofrem de qualquer doença infecto-contagiosa e de que estão fisicamente aptas para o trabalho exigido e para as condições em que será executado;
- b) dispensa de professores e alunos de escola primária e de funcionários da administração pública, em todos os seus níveis;
- c) manutenção, em cada comunidade, do número de homens adultos fisicamente aptos indispensáveis á vida familiar e social;

d) respeito aos vínculos conjugais e familiares.

2. Para os efeitos a alínea "c" do parágrafo anterior, as normas prescritas no Artigo 23 desta Convenção fixarão a proporção de indivíduos fisicamente aptos da população masculina adulta que pode ser convocada, em qualquer tempo, para trabalho forçado ou obrigatório, desde que essa proporção, em nenhuma hipótese, ultrapasse vinte e cinco por cento. Ao fixar essa proporção, a autoridade competente levará em conta a densidade da população, seu desenvolvimento social e físico, a época do ano e o trabalho a ser executado na localidade pelas pessoas concernentes, no seu próprio interesse, e, de um modo geral, levará em consideração as necessidades econômicas e sociais da vida da coletividade envolvida.

Artigo 12

1. O período máximo, durante o qual uma pessoa pode ser submetida a trabalho forçado ou obrigatório de qualquer espécie, não ultrapassará 60 dias por período de doze meses, incluídos nesses dias o tempo gasto, de ida e volta, em seus deslocamentos para a execução do trabalho.

2. Toda pessoa submetida a trabalho forçado ou obrigatório receberá certidão que indique os períodos do trabalho que tiver executado.

Artigo 13

1. O horário normal de trabalho de toda pessoa submetida a trabalho forçado ou obrigatório será o mesmo adotado para trabalho voluntário, e as horas trabalhadas além do período normal serão remuneradas na mesma base das horas de trabalho voluntário.

2. Será concedido um dia de repouso semanal a toda pessoa submetida a qualquer forma de trabalho forçado ou obrigatório, e esse dia coincidirá, tanto quanto possível, com o dias consagrados pela tradição ou costume nos territórios ou regiões concernentes.

Artigo 14

1. Com a exceção do trabalho forçado ou obrigatório a que se refere o Artigo 10º desta Convenção, o trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, será remunerado em espécie, em base não-inferior á que prevalece para espécies similares de trabalho na região onde a mão-de-obra é empregada ou na região onde é recrutada, prevalecendo a que for maior.

2. No caso de trabalho imposto por dirigentes no exercício de suas funções administrativas, o pagamento de salários, nas condições estabelecidas no parágrafo anterior, será efetuado o mais breve possível.

3. Os salários serão pagos a cada trabalhador, individualmente, e não ao chefe de seu grupo ou a qualquer outra autoridade.

4. Os dias de viagem, de ida e volta, para a execução do trabalho, serão computados como dias trabalhados para efeito do pagamento de salários.

5. Nada neste Artigo impedirá o fornecimento de refeições regulares como parte do salário; essas refeições serão no mínimo equivalentes em valor ao que corresponderia ao seu pagamento em espécie, mas nenhuma dedução do salário será feita para pagamento de impostos ou de refeições extras, vestuários ou alojamento especiais proporcionados ao trabalhador para mantê-lo em condições adequadas a execução do trabalho nas condições especiais de algum emprego, ou pelo fornecimento de ferramentas.

Artigo 15

1. Toda legislação ou regulamento referente a indenização por acidente ou doença resultante do emprego do trabalhador e toda legislação ou regulamento que prevejam indenizações para os dependentes de trabalhadores falecidos ou inválidos, que estejam

ou estarão em vigor no território interessado serão igualmente aplicáveis às pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório e a trabalhadores voluntários.

2. Incumbirá, em qualquer circunstância, a toda autoridade empregadora de trabalhador em trabalho forçado ou obrigatório, lhe assegurar a subsistência se, por acidente ou doenças resultante de seu emprego, tornar-se total ou parcialmente incapaz de prover suas necessidades, e tomar providências para assegurar a manutenção de todas as pessoas efetivamente dependentes desse trabalhador no caso de morte ou invalidez resultante do trabalho.

Artigo 16

1. As pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório não serão transferidas, salvo em caso de real necessidade, para regiões onde a alimentação e o clima forem tão diferentes daquelas a que estão acostumadas a que possam por em risco sua saúde.

2. Em nenhum caso será permitida a transferência desses trabalhadores antes de se poder aplicar rigorosamente todas as medidas de higiene e de habitação necessárias para adaptá-los às novas condições e proteger sua saúde.

3. Quando for inevitável a transferência, serão adotadas medidas que assegurem a adaptação progressiva dos trabalhadores às novas condições de alimentação e de clima, sob competente orientação médica.

4. No caso de serem os trabalhadores obrigados a executar trabalho regular com o qual não estão acostumados, medidas serão tomadas para assegurar sua adaptação a essa espécie de trabalho, em particular no tocante a treinamento progressivo, às horas de trabalho, aos intervalos de repouso e à melhoria ou ao aumento da dieta que possa ser necessário.

Artigo 17

Antes de autorizar o recurso a trabalho forçado ou obrigatório em obras de construção ou de manutenção que impliquem a permanência do trabalhador nos locais de trabalho por longos períodos, a autoridade competente assegurar-se-á de que:

a) sejam tomadas todas as medidas necessárias para proteger a saúde dos trabalhadores e lhes garantir assistência médica indispensável e, especialmente:

I - sejam os trabalhadores submetidos a exame médico antes de começar o trabalho e a intervalos determinados durante o período de serviço; II - haja serviço médico adequado, ambulatorios, enfermeiras, hospitais e material necessário para fazer face a todas as necessidades, e III - sejam satisfatórias as condições de higiene dos locais de trabalho, o suprimento de água potável, de alimentos, combustível, e dos utensílios de cozinha e, se necessário, de alojamento e roupas;

b) sejam tomadas medidas adequadas para assegurar a subsistência das famílias dos trabalhadores, em especial facilitando a remessa, com segurança, de parte do salário para a família, a pedido ou com o consentimento dos trabalhadores;

c) corram por conta e responsabilidade da administração os trajetos de ida e volta dos trabalhadores, para execução do trabalho, facilitando a realização desses trajetos com a plena utilização de todos os meios de transportes disponíveis;

d) corra por conta da administração o repatriamento do trabalhador no caso de enfermidade ou acidente que acarrete sua incapacidade temporária para o trabalho;

e) seja permitido a todo o trabalhador, que assim o desejar, permanecer como trabalhador voluntário no final do período de trabalho forçado ou obrigatório, sem perda do direito ao repatriamento gratuito num período de dois anos.

Artigo 18

1. O trabalho forçado ou obrigatório no transporte de pessoas ou mercadorias, tal como o de

carregadores e barqueiros, deverá ser suprimido o quanto antes possível e, até que seja suprimido, as autoridades competentes deverão expedir regulamentos que determinem, entre outras medidas, as seguintes:

- a) que somente seja utilizado para facilitar a movimentação de funcionários da administração em serviço ou para o transporte de provisões do Governo ou, em caso de urgente necessidade, transporte de outras pessoas além de funcionários;
- b) que os trabalhadores assim empregados tenham atestado médico de aptidão física, onde houver serviço médico disponível, e onde não houver, o empregador seja considerado responsável pelo atestado de aptidão física do trabalhador e de que não sofre de qualquer doença infectocontagiosa;
- c) a carga máxima que pode ser transportada por esses trabalhadores;
- d) o percurso máximo a ser feito por esses trabalhadores a partir do local de sua residência;
- e) o número máximo de dias por mês ou por qualquer outro período durante os quais esses trabalhadores podem ser utilizados, incluídos os dias de viagem de regresso;
- f) as pessoas autorizadas a recorrer a essa forma de trabalho forçado ou obrigatório, e os limites da faculdade de exigí-lo.

2. Ao fixar os limites máximos mencionados nas alíneas "c", "d" e "e" do parágrafo anterior, a autoridade competente terá em conta todos os fatores pertinentes, notadamente o desenvolvimento físico da população na qual são recrutados os trabalhadores, a natureza da região através da qual viajarão e as condições climáticas.

3. A autoridade competente providenciará ainda para que o trajeto diário normal desses trabalhadores não exceda distância correspondente à duração média de um dia de trabalho de oito horas, ficando entendido que serão levadas em consideração não só a carga a ser transportada e a distância a ser percorrida, mas também as condições da estrada, a época do ano os outros fatores pertinentes, e, se exigidas horas extras além de um trajeto diário normal, essas horas serão remuneradas em base superior à das horas normais.

Artigo 19

1. A autoridade competente só autorizará o cultivo obrigatório como precaução contra a fome ou a escassez de alimentos e sempre sob a condição de que o alimento ou a produção permanecerá propriedade dos indivíduos ou da comunidade que os produziu.

2. Nada neste artigo será interpretado como derogatório da obrigação de membros de uma comunidade, onde a produção é organizada em base comunitária, por força da lei ou costume, e onde a produção ou qualquer resultado de sua venda permanece da comunidade, de executar o trabalho exigido pela comunidade por força de lei ou costume.

Artigo 20

Leis de sanções coletivas, segundo as quais uma comunidade pode ser punida por crimes cometidos por qualquer de seus membros, não conterão disposições de trabalho forçado ou obrigatório pela comunidade como um dos meios de punição.

Artigo 21

O trabalho forçado ou obrigatório não será utilizado para trabalho subterrâneo em minas.

Artigo 22

Os relatórios anuais que os Países-membros que ratificam esta Convenção se comprometem a apresentar ao Secretariado da Organização Internacional do Trabalho, sobre as medidas por eles tomadas para aplicar as disposições desta Convenção, conterão as informações mais detalhadas possíveis com referência a cada território envolvido, sobre a incidência de recurso a trabalho forçado ou obrigatório nesse território; os fins para os

quais foi empregado; os índices de doenças e de mortalidade; horas de trabalho; sistemas de pagamento dos salários e suas bases, e quaisquer outras informações pertinentes.

Artigo 23

1. Para fazer vigorar as disposições desta Convenção, a autoridade competente baixará regulamentação abrangente e precisa para disciplinar o emprego do trabalho forçado ou obrigatório.

2. Esta regulamentação conterà, *inter alia*, normas que permitam a toda pessoa submetida a trabalho forçado ou obrigatório apresentar às autoridades reclamações relativas às suas condições de trabalho e lhe dêem a garantia de que serão examinadas e levadas em consideração.

Artigo 24

Medidas apropriadas serão tomadas, em todos os casos, para assegurar a rigorosa aplicação dos regulamentos concernentes ao emprego de trabalho forçado ou obrigatório, seja pela extensão ao trabalho forçado ou obrigatório das atribuições de algum organismo de inspeção já existente para a fiscalização do trabalho voluntário, seja por qualquer outro sistema adequado. Outras medidas serão igualmente tomadas no sentido de que esses regulamentos sejam do conhecimento das pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório.

Artigo 25

A imposição ilegal de trabalho forçado ou obrigatório será passível de sanções penais e todo País-membro que ratificar esta Convenção terá a obrigação de assegurar que as sanções impostas por lei sejam realmente adequadas e rigorosamente cumpridas.

Artigo 26

Todo País-membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar esta Convenção compromete-se a aplicá-la nos territórios submetidos à sua soberania, jurisdição, proteção, suserania, tutela ou autoridade, na medida em que tem o direito de aceitar obrigações referentes a questões de jurisdição interna. Se, todavia, o País-membro quiser valer-se das disposições do Artigo 35 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, acrescentará à sua ratificação declaração que indique:

- a) os territórios nos quais pretende aplicar, sem modificações, as disposições desta Convenção;
- b) os territórios nos quais pretende aplicar, com modificações, as disposições desta Convenção, juntamente com o detalhamento das ditas modificações;
- c) os territórios a respeito dos quais pospõe sua decisão.

2. A dita declaração será considerada parte integrante da ratificação e terá os mesmos efeitos.

É facultado a todo País-membro cancelar, no todo ou em parte, por declaração subsequente [sic], quaisquer ressalvas feitas em sua declaração anterior, nos termos das disposições das alíneas "a" e "c" deste Artigo.

Artigo 27

As ratificações formais desta Convenção serão comunicadas, para registro, ao Diretor Geral do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho.

Artigo 28

1. Esta Convenção obrigará unicamente os Países-membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tiverem sido registradas no Secretariado da Organização Internacional do Trabalho.

2. Esta Convenção entrará em vigor doze meses após a data do registro pelo Diretor Geral das ratificações dos Países-membros.
3. A partir de então, esta Convenção entrará em vigor, para todo País-membro, doze meses após a data do registro de sua ratificação.

Artigo 29

1. O Diretor Geral do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho notificará todos os Países-membros da Organização, tão logo tenham sido registradas as ratificações de dois Países membros junto ao Secretariado da Organização Internacional do Trabalho. Do mesmo modo lhes dará ciência do registro de ratificações que possam ser comunicadas subsequente[m]ente [sic] por outros Paísesmembros da Organização.
2. Ao notificar os Países-membros da Organização do registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor Geral lhes chamará a atenção para a data na qual esta Convenção entrará em vigor.

Artigo 30

1. O País-membro que ratificar esta Convenção poderá denunciá-la ao final de um período de dez anos, a contar da data de sua entrada em vigor, mediante comunicação ao Diretor Geral do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho, para registro. A denúncia não terá efeito antes de se completar um ano a contar da data de seu registro.
2. Todo País-membro que ratificar esta Convenção e que, no prazo de um ano após expirado o período de dez anos referido no parágrafo anterior, não tiver exercido o direito de denúncia provido neste Artigo, ficará obrigado a um novo período de dez anos e, daí em diante, poderá denunciar esta Convenção ao final de cada período de dez anos, nos termos deste Artigo.

Artigo 31

O Conselho de Administração do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho apresentará á Conferência Geral, quando considerar necessário, relatório sobre o desempenho desta Convenção e examinará a conveniência de incluir na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Artigo 32

No caso de adotar a Conferência uma nova convenção que reveja total ou parcialmente esta Convenção, a ratificação por um País-membro da nova convenção revista implicará, *ipso jure*, a denúncia desta Convenção sem qualquer exigência de prazo, a partir do momento em que entrar em vigor a nova Convenção revista, não obstante o disposto no Artigo 30.

2. A partir da data da entrada em vigor da convenção revista, esta Convenção deixará de estar sujeita a ratificação pelos Países-membros.
3. Esta Convenção continuará, entretanto, em vigor, na sua forma e conteúdo atuais, para os Países-membros que a ratificaram, mas não ratificarem a Convenção revista.

CONVENÇÃO N. 105 DA OIT SOBRE A ABOLIÇÃO DO TRABALHO FORÇADO

Adoptada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 40.^a sessão, em Genebra, a 25 de Junho de 1957.

Entrada em vigor na ordem internacional: 17 de Janeiro de 1959.

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, convocada em Genebra pelo conselho de administração do Bureau Internacional do Trabalho e que aí se reuniu em 5 de Junho de 1957, em sua quadragésima sessão:

Depois de ter examinado a questão do trabalho forçado, que constituiu o quarto ponto da ordem do dia da sessão;

Depois de ter tomado nota das disposições da convenção sobre o trabalho forçado, 1930;

Depois de ter notado que a convenção de 1926 relativa à escravatura prevê que medidas úteis devem ser tomadas para evitar que o trabalho forçado ou obrigatório conduza a condições análogas à escravatura e que a convenção suplementar de 1956 relativa à abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura visa obter a abolição completa da servidão, quer por dívidas quer por quaisquer outras formas;

Depois de ter notado que a convenção sobre a protecção do salário, 1949, enuncia que este seja pago em intervalos regulares e proíbe as formas de pagamento que privem o trabalhador de toda a possibilidade real de deixar o seu emprego;

Depois de ter decidido adoptar outras propostas relativas à abolição de certas formas de trabalho forçado ou obrigatório que constituem uma violação dos direitos do homem, tais como são referidos na Carta das Nações Unidas e enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem;

Depois de ter decidido que tais propostas tomariam a forma de uma convenção internacional:

Adopta, no dia 21 de Junho de 1957, a seguinte convenção, que será denominada Convenção sobre a abolição do trabalho forçado, 1957.

Artigo 1.º

Todo o Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção compromete-se a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório e a não o utilizar sob qualquer forma:

- a) Quer por medida de coerção ou de educação política, quer como sanção a pessoas que tenham ou exprimam certas opiniões políticas ou manifestem a sua oposição ideológica à ordem política, social ou económica estabelecida;
- b) Quer como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra com fins de desenvolvimento económico;
- c) Quer como medida de disciplina do trabalho;
- d) Quer como punição, por ter participado em greves;
- e) Quer como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Artigo 2.º

Todo o Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente convenção compromete-se tomar medidas eficazes com vista à abolição imediata e

completa do trabalho forçado ou obrigatório, nos termos do artigo 1.º da presente convenção.

Artigo 3.º

As ratificações formais da presente convenção serão comunicadas ao director-geral do Bureau Internacional do Trabalho e por ele registadas.

Artigo 4.º

A presente convenção obrigará apenas os Membros da Organização Internacional do Trabalho cuja ratificação tenha sido registada pelo director-geral.

A convenção entrará em vigor doze meses depois de terem sido registadas pelo director-geral as ratificações de dois Estados-Membros.

Depois, esta convenção entrará em vigor para cada Estado-Membro doze meses após a data do registo da sua ratificação.

Artigo 5.º

Todo o Estado-Membro que tiver ratificado a presente convenção, ao expirar um período de dez anos após a data da sua entrada em vigor inicial, pode denunciá-la por meio de uma comunicação ao director-geral do Bureau Internacional do Trabalho, que por este será registada. A denúncia não produzirá efeito senão um ano após o seu registo.

Todo o Estado-Membro que ratificar a presente convenção e que, no prazo de um ano, depois de expirar o período de dez anos mencionado no parágrafo precedente, não tiver usado a faculdade de denúncia prevista no presente artigo, ficará obrigado por um novo período de dez anos e, conseqüentemente, poderá denunciar a presente convenção ao fim de cada período de dez anos, nas condições previstas neste artigo.

Artigo 6.º

O director-geral do Bureau Internacional do Trabalho notificará a todos os Estados-Membros da Organização Internacional do Trabalho o registo de todas as ratificações e denúncias que lhe forem comunicadas pelos Estados-Membros da Organização.

Ao notificar aos Estados-Membros da Organização o registo da segunda ratificação que lhe for comunicada, o director-geral chamará a sua atenção para a data da entrada em vigor da presente convenção.

Artigo 7.º

O director-geral do Bureau Internacional do Trabalho comunicará ao secretário-geral das Nações Unidas para fins de registo, de harmonia com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas, informações completas sobre todas as ratificações e actos de denúncia que tiver registado, em conformidade com os artigos anteriores.

Artigo 8.º

Sempre que o julgar necessário, o Conselho de Administração do Bureau Internacional do Trabalho apresentará à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente convenção e examinará a conveniência de inscrever na ordem do dia da Conferência a questão da sua revisão total ou parcial.

Artigo 9.º

1. Se a Conferência adoptar uma nova convenção, revendo total ou parcialmente a presente, e a menos que a nova convenção disponha em contrário:

a) A ratificação por um Estado-Membro da nova convenção terá como consequência, não obstante os termos do artigo 5.º, a denúncia imediata da presente convenção, sob reserva de que a nova convenção tenha entrado em vigor,

b) A partir da data da entrada em vigor da nova convenção, a presente deixará de estar aberta à ratificação dos Estados-Membros.

2. A presente convenção continuará, em todo o caso em vigor, na sua forma e conteúdo, para os Estados-Membros que a tiverem ratificado e que não tenha ratificado a nova convenção revista.

Artigo 10.º

Fazem igualmente fé os textos francês e inglês convenção.

CONVENÇÃO 138, SOBRE IDADE MÍNIMA DE ADMISSÃO AO EMPREGO

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho e reunida em 6 de junho de 1973, em sua quinquagésima [sic] oitava reunião;

Tendo decidido adotar diversas propostas relativas à idade mínima para admissão a emprego, tema que constitui o quarto ponto da agenda da reunião;

Considerando os dispositivos das seguintes Convenções:

Convenção sobre a idade mínima (indústria), de 1919;

Convenção sobre a idade mínima (trabalho marítimo), de 1920;

Convenção sobre a idade mínima (agricultura), de 1921;

Convenção sobre a idade mínima (estivadores e foguistas), de 1921;

Convenção sobre a idade mínima (emprego não-industrial), de 1932;

Convenção (revista) sobre a idade mínima (trabalho marítimo), de 1936;

Convenção (revista) sobre a idade mínima (indústria), de 1937;

Convenção (revista) sobre a idade mínima (emprego não-industrial), de 1937;

Convenção sobre a idade mínima (pescadores), de 1959, e a

Convenção sobre a idade mínima (trabalho subterrâneo), de 1965;

Considerando ter chegado o momento de adotar um instrumento geral sobre a matéria, que substitua gradualmente os atuais instrumentos, aplicáveis a limitados setores econômicos, com vistas à total abolição do trabalho infantil;

Tendo determinado que essas propostas tomem a forma de uma convenção internacional, adota, no dia vinte e seis de junho de mil novecentos e setenta e três, a seguinte Convenção, que pode ser citada como a Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973:

Artigo 1º

Todo País-Membro em que vigore esta Convenção, compromete-se a seguir uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e eleve progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do adolescente.

Artigo 2º

1. Todo Membro que ratificar esta Convenção especificará, em declaração anexa à ratificação, uma idade mínima para admissão a emprego ou trabalho em seu território e nos meios de transporte registrados em seu território; ressalvado o disposto nos Artigos 4º e 8º desta Convenção, nenhuma pessoa com idade inferior a essa idade será admitida a emprego ou trabalho em qualquer ocupação.

2. Todo País-membro que ratificar esta Convenção poderá notificar ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, por declarações subsequentes [sic], que estabelece uma idade mínima superior à anteriormente definida.

3. A idade mínima fixada nos termos do parágrafo 1º deste Artigo não será inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos.

4. Não obstante o disposto no Parágrafo 3º deste Artigo, o País-membro, cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá, após consulta

às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, definir, inicialmente, uma idade mínima de quatorze anos.

5. Todo País-membro que definir uma idade mínima de quatorze anos, de conformidade com o disposto no parágrafo anterior, incluirá em seus relatórios a serem apresentados sobre a aplicação desta Convenção, nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, declaração:

a) de que subsistem os motivos dessa providência ou

b) de que renuncia ao direito de se valer da disposição em questão a partir de uma determinada data.

Artigo 3º

1. Não será inferior a dezoito anos a idade mínima para a admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstâncias em que for executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do adolescente.

2. Serão definidos por lei ou regulamentos nacionais ou pela autoridade competente, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, as categorias de emprego ou trabalho às quais se aplica o parágrafo 1 deste Artigo.

3. Não obstante o disposto no parágrafo 1 deste Artigo, a lei ou regulamentos nacionais ou a autoridade competente poderá, após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, autorizar emprego ou trabalho a partir da idade de dezesseis anos, desde que estejam plenamente protegidas a saúde, a segurança e a moral dos adolescentes envolvidos e lhes seja proporcionada instrução ou treinamento adequado e específico no setor da atividade pertinente.

Artigo 4º

1. A autoridade competente, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, poderá, na medida do necessário, excluir da aplicação desta Convenção um limitado número de categorias de emprego ou trabalho a respeito das quais se levantarem reais e especiais problemas de aplicação.

2. Todo País-membro que ratificar esta Convenção arrolará em seu primeiro relatório sobre sua aplicação, a ser submetido nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, todas as categorias que possam ter sido excluídas de conformidade com o parágrafo 1 deste Artigo, dando as razões dessa exclusão, e indicará, nos relatórios subsequentes [sic], a situação de sua lei e prática com referência às categorias excluídas e a medida em que foi dado ou se pretende dar efeito à Convenção com relação a essas categorias.

3. Não será excluído do alcance da Convenção, de conformidade com este Artigo, emprego ou trabalho protegido pelo Artigo 3 desta Convenção.

Artigo 5º

1. O País-membro, cuja economia e condições administrativas não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores, se as houver, limitar inicialmente o alcance de aplicação desta Convenção.

2. Todo País-membro que se servir do disposto no parágrafo 1 deste Artigo especificará, em declaração anexa à sua ratificação, os setores de atividade econômica ou tipos de empreendimentos aos quais aplicará os dispositivos da Convenção.

3. Os dispositivos desta Convenção serão aplicáveis, no mínimo, a: mineração e pedreira; indústria manufatureira; construção; eletricidade, água e gás; serviços sanitários; transporte, armazenamento e comunicações; plantações e outros empreendimentos agrícolas de fins

comerciais, excluindo, porém, propriedades familiares e de pequeno porte que produzam para o consumo local e não empreguem regularmente mão-de-obra remunerada.

4. Todo País-membro que tiver limitado o alcance de aplicação desta Convenção, nos termos deste Artigo:

a) indicará em seus relatórios, nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, a situação geral com relação ao emprego ou trabalho de adolescentes e crianças nos setores de atividade excluídos do alcance de aplicação desta Convenção e todo progresso que tenha sido feito no sentido de uma aplicação mais ampla de seus dispositivos;

b) poderá, em qualquer tempo, estender formalmente o alcance de aplicação com uma declaração encaminhada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho.

Artigo 6º

Esta Convenção não se aplicará a trabalho feito por crianças e adolescentes em escolas de educação vocacional ou técnica ou em outras instituições de treinamento em geral ou a trabalho feito por pessoas de no mínimo quatorze anos de idade em empresas em que esse trabalho for executado dentro das condições prescritas pela autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, onde as houver, e constituir parte integrante de:

a) curso de educação ou treinamento pelo qual é principal responsável uma escola ou instituição de treinamento;

b) programa de treinamento principalmente ou inteiramente executado em uma empresa, que tenha sido aprovado pela autoridade competente, ou

c) programa de orientação vocacional para facilitar a escolha de uma profissão ou de um tipo de treinamento.

Artigo 7º

1. As leis ou regulamentos nacionais poderão permitir o emprego ou trabalho a pessoas entre treze e quinze anos em serviços leves que:

a) não prejudiquem sua saúde ou desenvolvimento, e

b) não prejudiquem sua freqüência [sic] escolar, sua participação em programas de orientação vocacional ou de treinamento aprovados pela autoridade competente ou sua capacidade de se beneficiar da instrução recebida.

2. As leis ou regulamentos nacionais poderão também permitir o emprego ou trabalho a pessoas com, no mínimo, quinze anos de idade e que não tenham ainda concluído a escolarização obrigatória em trabalho que preencher os requisitos estabelecidos nas alíneas a) e b) do parágrafo 1º deste Artigo.

3. A autoridade competente definirá as atividades em que o emprego ou trabalho poderá ser permitido nos termos dos parágrafos 1º e 2º deste Artigo e estabelecerá o número de horas e as condições em que esse emprego ou trabalho pode ser desempenhado.

4. Não obstante o disposto nos parágrafos 1º e 2º deste Artigo, o País-membro que se tiver servido das disposições do parágrafo 4º do Artigo 2º poderá, enquanto continuar assim procedendo, substituir as idades de treze e quinze anos pelas idades de doze e quatorze anos e a idade de quinze anos pela idade de quatorze anos dos respectivos Parágrafos 1º e 2º deste Artigo.

Artigo 8º

1. A autoridade competente, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores concernentes, se as houver, poderá, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções para a proibição de emprego ou trabalho provida no Artigo 2º desta Convenção, para finalidades como a participação em representações artísticas.
2. Licenças dessa natureza limitarão o número de horas de duração do emprego ou trabalho e estabelecerão as condições em que é permitido.

Artigo 9º

1. A autoridade competente tomará todas as medidas necessárias, inclusive a instituição de sanções apropriadas, para garantir a efetiva vigência dos dispositivos desta Convenção.
2. As leis ou regulamentos nacionais ou a autoridade competente designarão as pessoas responsáveis pelo cumprimento dos dispositivos que colocam em vigor a Convenção.
3. As leis ou regulamentos nacionais ou a autoridade competente prescreverão os registros ou outros documentos que devem ser mantidos e postos à disposição pelo empregador; esses registros ou documentos conterão nome, idade ou data de nascimento, devidamente autenticados sempre que possível, das pessoas que emprega ou que trabalham para ele e tenham menos de dezoito anos de idade.

Artigo 10

1. Esta Convenção revê, nos termos estabelecidos neste Artigo, a Convenção sobre a Idade Mínima (Indústria), de 1919; a Convenção sobre a Idade Mínima (Marítimos), de 1920; a Convenção sobre a Idade Mínima (Agricultura), de 1921; a Convenção sobre a Idade Mínima (Estivadores e Foguistas), de 1921; a Convenção sobre a Idade Mínima (Emprego não-Industrial), de 1932; a Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Marítimos), de 1936; a Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Indústria), de 1937; a Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Emprego não-Industrial), de 1937; a Convenção sobre a Idade Mínima (Pescadores), de 1959 e a Convenção sobre a Idade Mínima (Trabalho Subterrâneo), de 1965.
2. A entrada em vigor desta Convenção não priva de ratificações ulteriores as seguintes convenções: Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Marítimos), de 1936; a Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Indústria) de 1937; a Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Emprego não-Industrial), de 1937; a Convenção sobre a Idade Mínima (Pescadores), de 1959 e a Convenção sobre a Idade Mínima (Trabalho Subterrâneo), de 1965.
3. A Convenção sobre a Idade Mínima (Indústria), de 1919; a Convenção (revista), sobre a Idade Mínima (Marítimos), de 1920; a Convenção sobre a Idade Mínima, (Agricultura), de 1921 e a Convenção sobre a Idade Mínima (Estivadores e Foguistas), de 1921, não estarão mais sujeitas a ratificações ulteriores quando todos seus participantes assim estiverem de acordo pela ratificação desta Convenção ou por declaração enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho.
4. Quando as obrigações desta Convenção forem aceitas -
 - a) por um País-membro que faça parte da Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Indústria), de 1937, e que tenha fixado uma idade mínima de admissão ao emprego não inferior a quinze anos, nos termos do Artigo 2º desta Convenção, isso implicará **ipso jure** a denúncia imediata daquela Convenção;
 - b) com referência ao emprego não-industrial, conforme definido na Convenção sobre Idade Mínima (Emprego não-Industrial), de 1932, por um País-membro que faça parte dessa Convenção, isso implicará **ipso jure** a denúncia imediata da referida Convenção;

c) com referência ao emprego não industrial, conforme definido na Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Emprego não Industrial), de 1937, por um País-membro que faça parte dessa Convenção e for fixada uma idade mínima de não menos de quinze anos nos termos do Artigo 2º desta Convenção, isso implicará **ipso jure** a denúncia imediata daquela Convenção;

d) com referência ao emprego marítimo, por um País-membro que faça parte da Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Marítimos), de 1936, e for fixada uma idade mínima de não menos de quinze anos, nos termos do Artigo 2º desta Convenção, ou País-membro definir que o Artigo 3º desta Convenção aplica-se ao emprego marítimo, isso implicará **ipso jure** a denúncia imediata daquela Convenção;

e) com referência ao emprego em pesca marítima, por um País-membro que faça parte da Convenção sobre a Idade Mínima (Pescadores), de 1959 e for especificada uma idade mínima de não menos de quinze anos, nos termos do Artigo 2º desta Convenção, ou o País-membro especificar que o Artigo 3º desta Convenção aplica-se ao emprego em pesca marítima, isso implicará **ipso jure** a denúncia imediata daquela Convenção;

f) por um País-membro que for parte da Convenção sobre a Idade Mínima (Trabalho Subterrâneo), de 1965 e for especificada uma idade mínima de não menos de quinze anos, nos termos do Artigo 2º desta Convenção, ou o País-membro estabelecer que essa idade aplica-se a emprego subterrâneo em minas, por força do Artigo 3º desta Convenção, isso implicará **ipso jure** a denúncia imediata daquela Convenção, a partir do momento em que esta Convenção entrar em vigor.

5. A aceitação das obrigações desta Convenção -

a) implicará a denúncia da Convenção sobre a Idade Mínima (Indústria), de 1919, de conformidade com seu Artigo 12;

b) com referência à agricultura, implicará a denúncia da Convenção sobre a Idade Mínima (Indústria), de 1919, de conformidade com seu Artigo 12;

c) com referência ao emprego marítimo, implicará a denúncia da Convenção sobre a Idade Mínima (Marítimos), de 1920, de conformidade com seu Artigo 10, e da Convenção sobre a Idade Mínima (Estivadores e Foguistas), de 1921, de conformidade com seu Artigo 12, a partir do momento em que esta Convenção entrar em vigor.

Artigo 11

As ratificações formais desta Convenção serão comunicadas, para registro, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho.

Artigo 12

1. Esta Convenção obrigará unicamente os Países-membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Esta Convenção entrará em vigor doze meses após a data de registro, pelo Diretor-Geral, das ratificações de dois Países-membros.

3. A partir de então, esta Convenção entrará em vigor, para todo País-membro, doze meses depois do registro de sua ratificação.

Artigo 13

1. O País-membro que ratificar esta Convenção poderá denunciá-la ao final de um período de dez anos, a contar da data de sua entrada em vigor, mediante comunicação ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, para registro. A denúncia não terá efeito antes de se completar um ano a contar da data de seu registro.

2. Todo País-membro que ratificar esta Convenção e que, no prazo de um ano após expirado o período de dez anos referido no parágrafo anterior, não tiver exercido o direito de

denúncia previsto neste Artigo, ficará obrigado a um novo período de dez anos e, daí por diante, poderá denunciar esta Convenção ao final de cada período de dez anos, nos termos deste Artigo.

Artigo 14

1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho dará ciência a todos os Países-membros da Organização do registro de todas as ratificações e denúncias que lhe forem comunicadas pelos Países-membros da Organização.

2. Ao notificar os Países-membros da Organização sobre o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor-Geral lhes chamará a atenção para a data em que a Convenção entrará em vigor.

Artigo 15

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário Geral das Nações Unidas, para registro, nos termos do Artigo 102 da Carta das Nações Unidas, informações pormenorizadas sobre todas as ratificações e atos de denúncia por ele registrado, conforme o disposto nos artigos anteriores.

Artigo 16

O Conselho de Administração da Repartição do Trabalho apresentará à Conferência Geral, quando considerar necessário, relatório sobre o desempenho desta Convenção e examinará a conveniência de incluir na pauta da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Artigo 17

1. No caso de adotar a Conferência uma nova convenção que reveja total ou parcialmente esta Convenção, a menos que a nova convenção disponha de outro modo,

a) A ratificação, por um País-membro, da nova convenção revisora implicará, **ipso jure**, a partir do momento em que entrar em vigor a convenção revisora, a denúncia imediata desta Convenção, não obstante os dispositivos do Artigo 13;

b) Esta Convenção deixará de estar sujeita à ratificação pelos Países-membros a partir da data de entrada em vigor da convenção revisora;

c) Esta Convenção continuará a vigorar, na sua forma e conteúdo, nos Países-membros que a ratificaram, mas não ratificarem a convenção revisora.

Artigo 18

As versões em inglês e francês do texto desta Convenção são igualmente autênticas.

Recomendação 146

Recomendação 146 sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho e reunida em 6 de junho de 1973, em sua quinquagésima [sic] oitava reunião;

Ciente de que a efetiva eliminação do trabalho infantil e a progressiva elevação da idade mínima para admissão a emprego constituem apenas um aspecto da proteção e do progresso de crianças e adolescentes;

Considerando o interesse de todo o sistema das Nações Unidas por essa proteção e esse progresso;

Tendo adotado a Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973;

Desejosa de melhor definir alguns elementos de políticas do interesse da Organização Internacional do Trabalho;

Tendo decidido adotar algumas propostas relativas à idade mínima para admissão a emprego, tema que constitui o quarto ponto da agenda da reunião;

Tendo decidido que essas propostas tomem a forma de uma recomendação suplementar à Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973, adota, no vigésimo sexto dia de junho de mil novecentos e setenta e três, a seguinte Recomendação, que pode ser citada como a Recomendação sobre a Idade Mínima, de 1973:

I. Política Nacional

1. Para assegurar o sucesso da política nacional definida no Artigo 1º da Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973, alta prioridade deveria ser conferida à identificação e atendimento das necessidades de crianças e adolescentes em políticas e em programas nacionais de desenvolvimento, e à progressiva extensão de medidas coordenadas necessárias para criar as melhores condições possíveis para o desenvolvimento físico e mental de crianças e adolescentes.

2. Nesse contexto, especial atenção deveria ser dispensada às seguintes áreas de planejamento e de políticas:

a) O firme compromisso nacional com o pleno emprego, nos termos da Convenção e da Recomendação sobre a Política de Emprego, de 1964, e a tomada de medidas destinadas a promover o desenvolvimento voltado para o emprego, tanto nas zonas rurais como nas urbanas;

b) A progressiva extensão de outras medidas econômicas e sociais destinadas a atenuar a pobreza onde quer que exista e a assegurar às famílias padrões de vida e de renda tais que tornem desnecessário o recurso à atividade econômica de crianças;

c) O desenvolvimento e a progressiva extensão, sem qualquer discriminação, de medidas de seguridade social e de bem-estar familiar destinadas a garantir a manutenção da criança, inclusive de salários-família;

d) O desenvolvimento e a progressiva extensão de meios adequados de ensino, e de orientação vocacional e treinamento apropriados, em sua forma e conteúdo, para as necessidades das crianças e adolescentes concernentes;

e) O desenvolvimento e a progressiva extensão de meios apropriados à proteção e ao bem-estar de crianças e adolescentes, inclusive de adolescentes empregados, e à promoção de seu desenvolvimento.

3. Deveriam ser objeto de especial atenção as necessidades de crianças e adolescentes sem família, ou que não vivam com suas próprias famílias, e de crianças e adolescentes migrantes que vivem e viajam com suas famílias. As medidas tomadas nesse sentido deveriam incluir a concessão de bolsas de estudo e treinamento.

4. Deveria ser obrigatória e efetivamente assegurada a frequência [sic] escolar integral ou a participação em programas aprovados de orientação profissional ou de treinamento, pelo menos até a idade mínima especificada para admissão a emprego, conforme disposto no Artigo 2 da Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973.

5. (1) Atenção deveria ser dispensada a medidas tais como treinamento preparatório, isento de riscos, para tipos de emprego ou trabalho nos quais a idade mínima prescrita, nos termos do Artigo 3 da Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973, seja superior à idade em que cessa a escolarização obrigatória integral.

(2) Medidas análogas deveriam ser consideradas quando as exigências profissionais de uma determinada ocupação incluem uma idade mínima para admissão superior à idade em que termina a escolarização obrigatória integral.

II. Idade Mínima

6. A idade mínima definida deveria ser igual para todos os setores de uma atividade econômica.

7. (1) Os Países-membros deveriam ter como objetivo a elevação progressiva, para dezesseis anos, da idade mínima, para admissão a emprego ou trabalho, especificada em cumprimento do Artigo 2º da Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973.

(2) Onde a idade mínima para emprego ou trabalho coberto pelo Artigo 2º da Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973, estiver abaixo de 15 anos, urgentes providências deveriam ser tomadas para elevá-las a esse nível.

8. Onde não for imediatamente viável definir uma idade mínima para todo emprego na agricultura e em atividades correlatas nas áreas rurais, uma idade mínima deveria ser definida no mínimo para emprego em plantações e em outros empreendimentos agrícolas referidos no Artigo 5º, parágrafo 3º, da Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973.

III. Emprego ou trabalho perigoso

9. Onde a idade mínima para admissão a tipos de emprego ou de trabalho que possam comprometer a saúde, a segurança e a moral de adolescentes estiver ainda abaixo de dezoito anos, providências imediatas deveriam ser tomadas para elevá-la a esse nível.

10. (1) Na definição dos tipos de emprego ou de trabalho a que se refere o Artigo 3º da Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973, deveriam ser levadas em conta as pertinentes normas internacionais de trabalho, como as que dizem respeito a substâncias, agentes ou processos perigosos (inclusive radiações ionizantes), levantamento de cargas pesadas e trabalho subterrâneo.

(2) Deveria ser reexaminada periodicamente, em particular à luz dos progressos científicos e tecnológicos, e revista, se necessário, a lista dos tipos de emprego ou de trabalho em questão.

11. Onde não foi imediatamente definida, nos termos do Artigo 5º da Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973, uma idade mínima para certos setores da atividade econômica ou para certos tipos de empreendimentos, dispositivos adequados sobre a idade mínima deveriam ser aplicáveis, nesse particular, a tipos de emprego ou trabalho que ofereçam riscos para adolescentes.

IV. Condições de emprego

12. (1) Medidas deveriam ser tomadas para assegurar que as condições em que estão empregados ou trabalham crianças e adolescentes com menos de dezoito anos de idade alcancem padrões satisfatórios e neles sejam mantidas. Essas condições deveriam estar sob rigoroso controle.

(2) Medidas também deveriam ser tomadas para proteger e fiscalizar as condições em que crianças e adolescentes recebem orientação profissional ou treinamento dentro de empresas, instituições de treinamento e escolas de ensino profissional ou técnico, e para estabelecer padrões para sua proteção e desenvolvimento.

13. (1) Com relação à aplicação do parágrafo anterior e em cumprimento do Artigo 7º, parágrafo 3º, da Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973, especial atenção deveria ser dispensada:

a) ao provimento de uma justa remuneração, e sua proteção, tendo em vista o princípio de salário igual para trabalho igual;

b) à rigorosa limitação das horas diárias e semanais de trabalho, e à proibição de horas extras, de modo a deixar tempo suficiente para a educação e treinamento (inclusive o tempo necessário para os deveres de casa), para o repouso durante o dia e para atividades de lazer;

c) à concessão, em possibilidade de exceção, salvo em situação de real emergência, de um período consecutivo mínimo de doze horas de repouso noturno, e de costumeiros dias de repouso semanal;

d) à concessão de férias anuais remuneradas de pelo menos quatro semanas e, em qualquer hipótese, não mais curtas do que as concedidas a adultos;

e) à proteção por regimes de seguridade social, inclusive regimes de prestação em caso de acidentes de trabalho e de doenças de trabalho, assistência médica e prestação de auxílio-doença, quaisquer que sejam as condições de emprego ou de trabalho;

f) à manutenção de padrões satisfatórios de segurança e de saúde e instrução e supervisão apropriadas.

(2) O inciso (1) deste parágrafo aplica-se a marinheiros adolescentes na medida em que não se encontram protegidos em relação a questões tratadas pelas convenções ou recomendações internacionais do trabalho concernentes especificamente ao emprego marítimo.

V. Aplicação

14. (1) As medidas para garantir a efetiva aplicação da Convenção sobre a Idade Mínima, de 1973, e desta Recomendação deveriam incluir:

a) o fortalecimento, na medida em que for necessário, da fiscalização do trabalho e de serviços correlatos, como, por exemplo, o treinamento especial de fiscais para detectar e corrigir abusos no emprego ou trabalho de crianças e adolescentes;

b) o fortalecimento de serviços destinados à melhoria e a fiscalização do treinamento dentro das empresas.

(2) Deveria ser ressaltado o papel que pode ser desempenhado por fiscais no suprimento de informações e assessoramento sobre os meios eficazes de aplicar dispositivos pertinentes, bem como na efetiva execução de tais dispositivos.

(3) A fiscalização do trabalho e a fiscalização do treinamento em empresas deveriam ser estreitamente coordenadas com vistas a assegurar a maior eficiência econômica e, de um modo geral, os serviços de administração do trabalho deveriam funcionar em estreita colaboração com os serviços responsáveis pela educação, treinamento, bem-estar e orientação de crianças e adolescentes.

15. Atenção especial deveria ser dispensada:

a) à aplicação dos dispositivos relativos aos tipos perigosos de emprego ou trabalho, e

b) à prevenção do emprego ou trabalho de crianças e adolescentes durante as horas de aula, enquanto for obrigatório a educação ou o treinamento.

16. Deveriam ser tomadas as seguintes medidas para facilitar a verificação de idades:

a) As autoridades públicas deveriam manter um eficiente sistema de registros de nascimento, que incluía a emissão de certidões de nascimento;

b) Os empregadores deveriam ser obrigados a manter, e pôr à disposição da autoridade competente, registros ou outros documentos indicando os nomes e idades ou datas de nascimento, devidamente autenticados se possível, não só de crianças e adolescentes por eles empregados, mas também daqueles que recebem orientação ou treinamento em suas empresas;

c) Crianças e adolescentes que trabalhem nas ruas, em estabelecimentos ao ar livre, em lugares públicos, ou exerçam ocupações ambulantes ou em outras circunstâncias que tornem impraticável a verificação de registros de empregadores, deveriam portar licenças ou outros documentos que atestem que eles preenchem as condições necessárias para o trabalho em questão.

ANEXO B – Legislação

LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989**Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

~~Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.~~

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Art. 2º (Vetado).

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica: (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

§ 2º Ficarà sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas atividades não justifiquem essas exigências.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 6º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau.

Pena: reclusão de três a cinco anos.

Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos a pena é agravada de 1/3 (um terço).

Art. 7º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar.

Pena: reclusão de três a cinco anos.

Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 9º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 10. Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 11. Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos:

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 12. Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios, barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 13. Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas.

Pena: reclusão de dois a quatro anos.

Art. 14. Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social.

Pena: reclusão de dois a quatro anos.

Art. 15. (Vetado).

Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.

Art. 17. (Vetado).

Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Art. 19. (Vetado).

~~Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. (Artigo incluído pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990)~~

~~Pena: reclusão de dois a cinco anos.~~

~~§ 1º Incorre na mesma pena quem fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Parágrafo incluído pela Lei nº 8.882, de 3.6.1994)~~

~~§ 2º Poderá o juiz determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes de inquérito policial, sob pena de desobediência: (Parágrafo renumerado pela Lei nº 8.882, de 3.6.1994)~~

~~I – o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;~~

~~II – a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.~~

~~§ 3º Constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Parágrafo renumerado pela Lei nº 8.882, de 3.6.1994)~~

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (Renumerado pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990)

Art. 22. Revogam-se as disposições em contrário. (Renumerado pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990)

Brasília, 5 de janeiro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

JOSÉ SARNEY

Paulo Brossard

PROJETO DE LEI N. 122/2006

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3, do art. 140, do Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940— Código Penal — e ao art. 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta

Art. 1º Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, definindo os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Art. 2º A ementa da lei passa vigorar com a seguinte redação: “Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero (NR)”

Art. 3º O artigo 1º, da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1º Serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. (NR)”

Art. 4º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4º: “Art. 4º Praticar o empregador ou seu preposto, atos de dispensa direta ou indireta. Pena: reclusão de dois a cinco anos.”

Art. 5º Os artigos 5º, 6º e 7º, da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 5º Impedir, recusar ou proibir o ingresso ou permanência em qualquer ambiente ou estabelecimento público ou privado, aberto ao público; Pena — reclusão de um a três anos” “Art. 6º Recusar, negar, impedir, preterir, prejudicar retardar ou excluir em qualquer sistema de seleção educacional, recrutamento ou promoção funcional ou profissional. Pena — reclusão de três a cinco anos” “Art. 7º Sobretaxar, recusar, preterir ou impedir a hospedagem em hotéis, motéis, pensões ou similares; Pena — reclusão de três a cinco anos”

Art. 6º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º ‘Art. 7º Sobretaxar recusar, preterir ou impedir a locação, a compra, a aquisição, o arrendamento ou empréstimo de bens móveis ou imóveis de qualquer finalidade; Pena: reclusão de dois a cinco anos.”

Art. 7º A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes art. 8º-A e 8º-B: “Art. 8º-A. Impedir ou restringir a expressão e a manifestação de afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público, em virtude das características previstas no artigo 1º; Pena: reclusão de dois a cinco anos.” “Art. 8º-B. Proibir a livre expressão e manifestação de afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas ao demais cidadãos ou cidadãos. Pena: reclusão de dois a cinco anos.”

Art. 8º Os artigos 16 e 20, da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 16. Constitui efeito da condenação; I - a perda do cargo ou função pública. para o servidor público; II - inabilitação Para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional; III — proibição de acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras, ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos; IV — vedação de isenções, remissões, anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária. V— multa de até 10.000 (dez mil) UFIRs, podendo ser multiplicada em até 10 (dez) vezes em caso de reincidência, e levando-

se em conta a capacidade financeira do infrator. VI — suspensão do funcionamento dos estabelecimentos por prazo não superior a três meses. § 1º Os recursos provenientes das multas estabelecidas por esta lei, serão destinados para campanhas educativas contra a discriminação. § 2º Quando o ato ilícito for praticado por contratado, concessionário, permissionário da Administração Pública, além das responsabilidades individuais será acrescida a pena de rescisão do instrumento contratual do convênio ou da permissão. § 3º Em qualquer caso, o prazo de inabilitação será de doze meses contados da data da aplicação da sanção. § 4º As informações cadastrais e as referências invocadas como justificadoras da discriminação serão sempre acessíveis a todos aqueles que se sujeitarem a processo seletivo, no que se refere à sua participação. (NR) “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

§ 5º O disposto neste artigo envolve a prática de qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória, de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica; (NR)”

Art. 9º A Lei nº.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 20-A e 20-B: “Art. 20-A. A prática dos atos discriminatórios a que se refere esta lei será apurada em processo administrativo e pena), que terá início mediante: I - reclamação do ofendido ou ofendida; II – ato ou ofício de autoridade competente; III - comunicado de organizações não governamentais de defesa da cidadania e Direitos Humanos.” “Art. 20-B. A interpretação dos dispositivos dessa lei e de todos os instrumentos normativos de proteção do direitos de igualdade, de oportunidade e de tratamento, atenderá ao princípio da mais ampla proteção dos Direitos Humanos. § 1º Nesse intuito, serão observados, além dos princípios e direitos previstos nessa lei, todas disposições decorrentes de tratados ou convenções internacionais das quais o Brasil seja signatário, da legislação interna e das disposições administrativas. § 2º Para fins de interpretação e aplicação dessa lei, serão observadas, sempre que mais benéficas em favor da luta antidiscriminatória, as diretrizes traçadas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, devidamente reconhecidas pelo Brasil.”

Art. 10. O § 3º, do art. 140, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art.140

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena — reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa (NR)” Art. 11.0 Artigo 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: “Art. 5º

Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, orientação sexual e identidade de gênero, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art.7º da Constituição Federal.” Art.12. Esta lei entrará vigor na data de sua publicação. Sala da Comissão, 3 de agosto de 2005.— Deputado Antonio Carlos Biscaia Presidente.

LEI Nº 3.157, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2005.

Dispõe sobre as medidas de combate à discriminação devido a orientação sexual no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Toda e qualquer forma de discriminação, prática de violência, seja de ordem física, psicológica, cultural e verbal ou manifestação de caráter preconceituoso contra pessoa por motivos derivados de sua orientação sexual e gênero, feminino ou masculino é, na forma dos artigos 5º e 7º da Constituição Federal, ilícita, devendo ser combatida e punida na forma desta Lei.

Art. 2º Entende-se por discriminação qualquer ação ou omissão que, motivada pela orientação sexual, causar constrangimento, exposição a situação vexatória, tratamento diferenciado, cobrança de valores adicionais ou preterição no atendimento a gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e travestis, sendo vedadas entre outras as seguintes:

I - impedir ou dificultar o ingresso ou permanência em espaços públicos, logradouros públicos, estabelecimentos abertos ao público e prédios públicos;

II - impedir ou dificultar o acesso de cliente, usuário de serviço ou consumidor ou recusar-lhe atendimento;

III - impedir o acesso ou a utilização de qualquer serviço público;

IV - negar ou dificultar a locação ou a aquisição de bens móveis ou imóveis;

V - criar embaraços à utilização das dependências comuns e áreas não privativas de qualquer edifício, bem como a seus familiares, amigos e pessoas de seu convívio;

VI - recusar, dificultar ou preterir atendimento médico ou ambulatorial;

VII - praticar, induzir ou iniciar por intermédio dos meios de comunicação a discriminação, o preconceito ou a prática de qualquer conduta vedada por esta Lei;

VIII - fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que incitem ou induzam à discriminação, preconceito, ódio ou violência com base na orientação sexual do indivíduo;

IX - negar emprego, demitir, impedir ou dificultar a ascensão em empresa pública ou privada;

X - impedir ou obstar o acesso a cargo público ou certame licitatório;

XI - preterir, impedir ou sobretaxar a utilização de serviços, meios de transporte ou de comunicação, consumo de bens, hospedagem em hotéis e estabelecimentos congêneros ou ingresso em espetáculos artísticos ou culturais;

XII - realizar qualquer forma de atendimento diferenciado não autorizado por lei;

XIII - inibir ou proibir a manifestação pública de carinho, afeto, emoção ou sentimento;

XIV - proibir, inibir ou dificultar a manifestação pública de pensamento;

XV - outras formas de discriminação, que atentem contra a dignidade à pessoa humana, não previstas na presente Lei.

Art. 3º O descumprimento do disposto na presente Lei acarretará ao infrator as sanções seguintes, sem prejuízo das punições civis e criminais correspondentes:

I - advertência por escrito;

II - multa no valor de 80 a 150 UFERMS;

III - proibição de contratar com a administração pública estadual pelo prazo de um ano.

Art. 4º No caso do infrator ser agente público, o descumprimento da presente Lei acarretará abertura de processo administrativo para apuração dos fatos e punição dos responsáveis.

Art. 5º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei devendo observar para sua implantação e execução os seguintes aspectos:

I - mecanismo de recebimento de denúncia ou representações fundadas nesta Lei;

II - forma de apuração das denúncias;

III - garantia de ampla defesa aos infratores.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Campo Grande, 27 de dezembro de 2005.

JOSÉ ORCÍRIO MIRANDA DOS SANTOS

Governador

ANEXO C – Relatórios Específicos

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO - MTE Secretaria de Inspeção do Trabalho - SIT Departamento de Fiscalização do Trabalho – DEFIT - Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo - DETRAE

**QUADRO DAS OPERAÇÕES DE FISCALIZAÇÃO PARA ERRADICAÇÃO DO
TRABALHO ESCRAVO - SIT/SRTE 2010**

Atualizado em 21/01/2011

UF	N.º Operações	N.º de estabelecimentos inspecionados	Trabalhadores cujos contratos foram formalizados no curso da ação fiscal	Trabalhadores Resgatados	Pagamento de Indenização	Als Lavrados
AC	1	1	8	8	16.341,58	12
AM	1	4	22	17	361.591,25	41
BA	5	15	134	101	270.482,62	121
ES	4	5	59	107	162.615,76	59
GO	11	24	314	343	1.036.120,14	403
MA	7	9	58	119	164.250,82	159
MG	18	20	350	511	2.938.499,68	630
MS	1	1	7	8	9.195,39	9
MT	20	41	195	122	350.269,43	355
PA	33	109	742	559	1.840.554,89	1086
PB	1	1	27	27	25.372,00	20
PE	1	1	100	0	0,00	9
PI	3	3	24	20	31.085,22	36
PR	6	26	131	120	244.898,59	325
RO	5	7	43	37	108.115,53	75
RJ	3	3	34	58	39.466,49	24
RS	1	1	26	24	25.714,44	13
SC	9	17	197	253	399.780,90	221
SP	7	7	201	91	510.654,09	147
TO	4	10	49	92	235.870,99	181
TOTAL	141	305	2.721	2.617	8.770.879,81	3.926

Fonte: Relatórios Específicos de Fiscalização Para Erradicação do Trabalho Escravo

LEGENDA

Operações: constitui-se na ação de uma equipe formada por auditores fiscais do trabalho, procurador do Ministério Público do Trabalho (MPT), agentes da polícia federal (eventualmente, delegado) e motoristas, com vistas a verificar in loco denúncia de prática de trabalho análogo a de escravo. A operação também pode ser impulsionada a partir do planejamento interno do MTE. Uma operação pode abranger a fiscalização de um ou mais estabelecimentos.

Trabalhadores cujos contratos foram formalizados no curso da ação fiscal: refere-se ao número de trabalhadores sem CTPS assinada e que, no curso da ação fiscal, tiveram o seu contrato formalizado. Esse número nem sempre corresponderá exatamente ao número de resgatados, pois alguns trabalhadores podem ser encontrados, no mesmo

estabelecimento, em situação de irregularidade trabalhista e não reduzidos à condição análoga a de escravos. Existe ainda a hipótese de os trabalhadores possuírem a CTPS assinada e mesmo assim estarem submetidos à condição que caracteriza o trabalho análogo a de escravo.

Trabalhador resgatado: refere-se ao trabalhador encontrado em situação análoga a de escravo incurso em uma ou mais hipóteses do artigo 149 do Código Penal. São elas: trabalho forçado, servidão por dívida, jornada exaustiva e/ou trabalho degradante.

Pagamento de Indenização: trata-se das verbas salariais devidas ao empregado, cujo pagamento no curso da ação fiscal é decorrente do rompimento do contrato de trabalho por causa dada pelo empregador. Compreende saldo de salários, de férias, décimo terceiro (gratificação natalina), entre outros. Não se confunde com as multas impostas pela auditoria trabalhista ou com as indenizações por danos morais propostas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT).

Autos de infração lavrados: documento fiscal imposto ao empregador em virtude de infração à legislação trabalhista. Cada auto de infração dará início a processo administrativo com duplo grau recursal, que ao final, declarado subsistente, redundará na imposição de multa pecuniária.

**QUADRO DEMONSTRATIVO DA ATUAÇÃO DA PROCURADORIA REGIONAL DO
TRABALHO 24ª, NA APURAÇÃO DE DENÚNCIAS DE TRABALHO
FORÇADO/ESCRAVO – 2011**

Procedimentos		Ações									Total
Adm. em andamento	Arq.	Arq.	ACP	ACC	AC	Exec.	RT	AA	ADV	TAC	
24	15	4	00	00	00	00	00	00	00	10	49

Legenda: ACP — Ação Civil Pública; ACC - Ação Civil Coletiva; AC - Ação Cautelar; Exec. - Ação de Execução de Título Extrajudicial; RT - Reclamação Trabalhista; AA - Ação Anulatória; ADV - Ação Diversa; TAC - Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta.

ANEXO D – Código Penal Português, artigos 180 a 189

Artigo 180º - Difamação

1 - Quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias.

2 - A conduta não é punível quando:

a) A imputação for feita para realizar interesses legítimos; e

b) O agente provar a verdade da mesma imputação ou tiver tido fundamento sério para, em boa fé, a reputar verdadeira.

3 - Sem prejuízo do disposto nas alíneas b), c) e d) do nº 2 do artigo 31º, o disposto no número anterior não se aplica quando se tratar da imputação de facto relativo à intimidade da vida privada e familiar.

4 - A boa fé referida na alínea b) do nº 2 exclui-se quando o agente não tiver cumprido o dever de informação, que as circunstâncias do caso impunham, sobre a verdade da imputação.

5 - Quando a imputação for de facto que constitua crime, é também admissível a prova da verdade da imputação, mas limitada à resultante de condenação por sentença transitada em julgado. (Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro).

Artigo 181º - Injúria

1 - Quem injuriar outra pessoa, imputando-lhe factos, mesmo sob a forma de suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivos da sua honra ou consideração, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 120 dias.

2 - Tratando-se da imputação de factos, é correspondentemente aplicável o disposto nos nºs 2, 3 e 4 do artigo anterior. (Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)

Artigo 182º Equiparação

À difamação e à injúria verbais são equiparadas as feitas por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão.

Artigo 183º - Publicidade e calúnia

1 - Se no caso dos crimes previstos nos artigos 180º, 181º e 182º:

a) A ofensa for praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação; ou,

b) Tratando-se da imputação de factos, se averiguar que o agente conhecia a falsidade da imputação; as penas da difamação ou da injúria são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

2 - Se o crime for cometido através de meio de comunicação social, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa não inferior a 120 dias.

Artigo 184º - Agravação

As penas previstas nos artigos 180º, 181º e 183º são elevadas de metade nos seus limites mínimo e máximo se a vítima for uma das pessoas referidas na alínea j) do nº 2 do artigo 132º, no exercício das suas funções ou por causa delas, ou se o agente for funcionário e praticar o facto com grave abuso de autoridade. (Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)

Artigo 185º - Ofensa à memória de pessoa falecida

1 - Quem, por qualquer forma, ofender gravemente a memória de pessoa falecida é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto:

- a) Nos nºs 2, 3 e 4 do artigo 180º; e
- b) No artigo 183º.

3 - A ofensa não é punível quando tiverem decorrido mais de 50 anos sobre o falecimento. (Redacção da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro)

Artigo 186º - Dispensa de pena

1 - O tribunal dispensa de pena o agente quando este der em juízo esclarecimentos ou explicações da ofensa de que foi acusado, se o ofendido, quem o represente ou integre a sua vontade como titular do direito de queixa ou de acusação particular, os aceitar como satisfatórios.

2 - O tribunal pode ainda dispensar de pena se a ofensa tiver sido provocada por uma conduta ilícita ou repreensível do ofendido.

3 - Se o ofendido ripostar, no mesmo acto, com uma ofensa a outra ofensa, o tribunal pode dispensar de pena ambos os agentes ou só um deles, conforme as circunstâncias.

Artigo 187º - Ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço

1 - Quem, sem ter fundamento para, em boa fé, os reputar verdadeiros, afirmar ou propalar factos inverídicos, capazes de ofenderem a credibilidade, o prestígio ou a confiança que sejam devidos a pessoa colectiva, instituição, corporação, organismo ou serviço que exerça autoridade pública, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto:

- a) No artigo 183º; e
- b) Nos nºs 1 e 2 do artigo 186º.

Artigo 188º - Procedimento criminal

1 - O procedimento criminal pelos crimes previstos no presente capítulo depende de acusação particular, ressalvados os casos:

- a) Do artigo 184º; e
- b) Do artigo 187º, sempre que o ofendido exerça autoridade pública; em que é suficiente a queixa ou a participação.

2 - O direito de acusação particular pelo crime previsto no artigo 185º cabe às pessoas mencionadas no nº 2 do artigo 113º, pela ordem neste estabelecida.

Artigo 189º - Conhecimento público da sentença condenatória

1 - Em caso de condenação, ainda que com dispensa de pena, nos termos do artigo 183º, da alínea

b) do nº 2 do artigo 185º, ou da alínea a) do nº 2 do artigo 187º, o tribunal ordena, a expensas do agente, o conhecimento público adequado da sentença, se tal for requerido, até ao encerramento da audiência em 1ª instância, pelo titular do direito de queixa ou de acusação particular.

2 - O tribunal fixa os termos concretos em que o conhecimento público da sentença deve ter lugar.

ANEXO E – Princípios de Yogyakarta

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero

INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual (1) e a identidade gênero (2) são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.

(1) Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

(2) Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.

Muitos avanços já foram conseguidos no sentido de assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas têm direito. Atualmente, muitos Estados possuem leis e constituições que garantem os direitos de igualdade e não-discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extra-judiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo.

Muitos Estados e sociedades impõem normas de gênero e orientação sexual às pessoas por meio de costumes, legislação e violência e exercem controle sobre o modo como elas vivenciam seus relacionamentos pessoais e como se identificam. O policiamento da sexualidade continua a ser poderosa força subjacente à persistente violência de gênero, bem como à desigualdade entre os gêneros.

O sistema internacional deu passos significativos na direção da igualdade entre os gêneros e na proteção contra a violência na sociedade, comunidade e família. Além disso, importantes mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas têm afirmado a obrigação dos Estados de assegurar a todas as pessoas proteção eficaz contra discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Entretanto, a resposta internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero tem sido fragmentada e inconsistente.

Para enfrentar essas deficiências, é necessário uma compreensão consistente do regime abrangente da legislação internacional de direitos humanos e sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. É crítico fazer um exame detalhado e clarificar as

obrigações dos Estados perante as atuais leis internacionais de direitos humanos, para promover e proteger todos os direitos humanos de todas as pessoas, na base da igualdade e sem discriminação.

A Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, em nome de uma coalizão de organizações de direitos humanos, realizaram um projeto com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero, no sentido de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados.

Um grupo eminente de especialistas em direitos humanos preparou um documento preliminar, desenvolveu, discutiu e refinou esses Princípios. Depois de uma reunião de especialistas, realizada na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, 29 eminentes especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos, adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

O relator da reunião, professor Michael O'Flaherty, deu uma contribuição imensa à versão preliminar e a revisão dos Princípios. Seu compromisso e esforço incansável foram críticos para o sucesso desse processo.

Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. No entanto, os especialistas também enfatizam que muitos outros atores têm responsabilidades na promoção e proteção dos direitos humanos. São feitas recomendações adicionais a esses outros atores, que incluem o sistema de direitos humanos das Nações Unidas, instituições nacionais de direitos humanos, mídia, organizações não-governamentais e financiadores.

Os e as especialistas concordam que os Princípios de Yogyakarta refletem o estado atual da legislação internacional de direitos humanos relativa às questões de orientação sexual e identidade de gênero. Também reconhecem que os Estados podem ter obrigações adicionais, à medida que a legislação de direitos humanos continue a se desenvolver.

Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos.

Sonia Onufer Corrêa Vitit Muntarbhorn

Co-presidenta Co-presidente

NÓS, DO PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

PREÂMBULO

LEMBRANDO que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, que cada pessoa tem o direito de desfrutar os direitos humanos sem distinção de qualquer tipo, tal como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra opinião, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status;

PREOCUPADOS com a violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito dirigidos contra pessoas em todas as partes do mundo por causa de sua

orientação sexual ou identidade de gênero, com que essas experiências sejam agravadas por discriminação que inclui gênero, raça, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico, e com que essa violência, assédio, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito solapem a integridade daquelas pessoas sujeitas a esses abusos, podendo enfraquecer seu senso de auto-estima e de pertencimento à comunidade, e levando muitas dessas pessoas a reprimirem sua identidade e terem vidas marcadas pelo medo e invisibilidade;

CONSCIENTES de que historicamente pessoas experimentaram essas violações de direitos humanos porque são ou são percebidas como lésbicas, gays ou bissexuais, ou em razão de seu comportamento sexual consensual com pessoas do mesmo sexo, ou porque são percebidas como transexuais, transgêneros, intersexuais, ou porque pertencem a grupos sexuais identificados em determinadas sociedades pela sua orientação sexual ou identidade de gênero;

COMPREENDENDO “orientação sexual” como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas;

ENTENDENDO “identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos;

OBSERVANDO que a legislação internacional de direitos humanos afirma que toda pessoa, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos, que a aplicação das prerrogativas existentes de direitos humanos deve levar em conta as situações específicas e as experiências de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, e que a consideração primordial em todas as ações relativas às crianças será a primazia dos interesses dessas crianças, e que uma criança capaz de formar opiniões pessoais tem o direito de expressá-las livremente e a essas opiniões deve ser atribuído o devido peso, de acordo com sua idade e maturidade;

NOTANDO que a legislação internacional de direitos humanos impõe uma proibição absoluta à discriminação relacionada ao gozo pleno de todos os direitos humanos, civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, que o respeito pelos direitos sexuais, orientação sexual e identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher e que os Estados devem adotar medidas que busquem eliminar preconceitos e costumes, baseados na idéia de inferioridade ou superioridade de um determinado sexo, ou baseados em papéis estereotipados de homens e mulheres, e notando ainda mais que a comunidade internacional reconheceu o direito de as pessoas decidirem livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, sem que estejam submetidas à coerção, discriminação ou violência;

RECONHECENDO que há um valor significativo em articular de forma sistemática a legislação internacional de direitos humanos como sendo aplicável à vida e a experiência de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas;

RECONHECENDO que esta articulação deve basear-se no atual estado da legislação internacional de direitos humanos e que vai exigir revisões regulares para incorporar desenvolvimentos desta lei e sua aplicação à vida e à experiência de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, ao longo do tempo e em diversas regiões e países.

A REUNIÃO DE ESPECIALISTAS REALIZADA EM YOGYAKARTA, INDONÉSIA, ENTRE 6 E 9 DE NOVEMBRO DE 2006, ADOTA, PORTANTO, OS SEGUINTE PRINCÍPIOS:

1 PRINCÍPIO

DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS

DIREITOS HUMANOS

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.

Os Estados deverão:

- a) Incorporar os princípios da universalidade, inter-relacionalidade, interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos nas suas constituições nacionais ou em outras legislações apropriadas e assegurar o gozo universal de todos os direitos humanos;
- b) Emendar qualquer legislação, inclusive a criminal, para garantir sua coerência com o gozo universal de todos os direitos humanos;
- c) Implementar programas de educação e conscientização para promover e aprimorar o gozo pleno de todos os direitos humanos por todas as pessoas, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero;
- d) Integrar às políticas de Estado e ao processo decisório uma abordagem pluralista que reconheça e afirme a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e identidade de gênero.

2 PRINCÍPIO

DIREITO À IGUALDADE E A NÃO-DISCRIMINAÇÃO

Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante a lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.

A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivos ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. A discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero pode ser, e comumente é, agravada por discriminação decorrente de outras circunstâncias, inclusive aquelas relacionadas ao gênero, raça, idade, religião, necessidades especiais, situação de saúde e status econômico.

Os Estados deverão:

- a) Incorporar os princípios de igualdade e não-discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero nas suas constituições nacionais e em outras legislações apropriadas, se ainda não tiverem sido incorporados, inclusive por meio de emendas e interpretações, assegurando-se a aplicação eficaz desses princípios;
- b) Revogar dispositivos criminais e outros dispositivos jurídicos que próbam, ou sejam empregados na prática para proibir, a atividade sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade do consentimento, assegurando que a mesma idade do

consentimento se aplique à atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo e pessoas de sexos diferentes;

c) Adotar legislação adequada e outras medidas para proibir e eliminar a discriminação nas esferas pública e privada por motivo de orientação sexual e identidade de gênero;

d) Tomar as medidas adequadas para assegurar o desenvolvimento das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, para garantir que esses grupos ou indivíduos desfrutem ou exerçam igualmente seus direitos humanos. Estas medidas não podem ser consideradas como discriminatórias;

e) Em todas as respostas à discriminação na base da orientação sexual ou identidade de gênero deve-se considerar a maneira pela qual essa discriminação tem interseções com outras formas de discriminação;

f) Implementar todas as ações apropriadas, inclusive programas de educação e treinamento, com a perspectiva de eliminar atitudes ou comportamentos preconceituosos ou discriminatórios, relacionados à idéia de inferioridade ou superioridade de qualquer orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero.

3 PRINCÍPIO

DIREITO AO RECONHECIMENTO PERANTE A LEI

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

a) Garantir que todas as pessoas tenham capacidade jurídica em assuntos cíveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como a oportunidade de exercer esta capacidade, inclusive direitos iguais para celebrar contratos, administrar, ter a posse, adquirir (inclusive por meio de herança), gerenciar, desfrutar e dispor de propriedade;

b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para respeitar plenamente e reconhecer legalmente a identidade de gênero autodefinida por cada pessoa;

c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e de outros tipos que sejam necessárias para que existam procedimentos pelos quais todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida por cada pessoa.

d) Assegurar que esses procedimentos sejam eficientes, justos e não-discriminatórios e que respeitem a dignidade e privacidade das pessoas;

e) Garantir que mudanças em documentos de identidade sejam reconhecidas em todas as situações em que a identificação ou desagregação das pessoas por gênero seja exigida por lei ou por políticas públicas;

f) Implementar programas focalizados para apoiar socialmente todas as pessoas que vivem uma situação de transição ou mudança de gênero.

4 PRINCÍPIO

DIREITO À VIDA

Toda pessoa tem o direito à vida. Ninguém deve ser arbitrariamente privado da vida, inclusive nas circunstâncias referidas à orientação sexual ou identidade de gênero. A pena de morte não deve ser imposta a ninguém por atividade sexual consensual entre pessoas que atingiram a idade do consentimento ou por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Revogar todas as formas de crimes que tenham como objetivo ou efeito a proibição da atividade sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade do consentimento e, até que esses dispositivos sejam revogados, nunca impor a pena de morte a nenhuma pessoa condenada por esses crimes;
- b) Cancelar penas de morte e libertar todas as pessoas que atualmente aguardam execução por crimes relacionados à atividade sexual consensual entre pessoas que já atingiram a idade do consentimento;
- c) Cessar quaisquer ataques patrocinados pelo Estado ou tolerados pelo Estado contra a vida das pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e garantir que tais ataques, realizados por funcionários do governo ou por qualquer indivíduo ou grupo, sejam energicamente investigados, e que, quando forem encontradas provas adequadas, os responsáveis sejam processados, julgados e devidamente punidos.

5 PRINCÍPIO

DIREITO À SEGURANÇA PESSOAL

Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito à segurança pessoal e proteção do Estado contra a violência ou dano corporal, infligido por funcionários governamentais ou qualquer indivíduo ou grupo.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas policiais e outras medidas necessárias para prevenir e proteger as pessoas de todas as formas de violência e assédio relacionadas à orientação sexual e identidade de gênero;
- b) Tomar todas as medidas legislativas necessárias para impor penalidades criminais adequadas à violência, ameaças de violência, incitação à violência e assédio associado, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer pessoa ou grupo de pessoas em todas as esferas da vida, inclusive a familiar;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que a orientação sexual ou identidade de gênero da vítima não possa ser utilizada para justificar, desculpar ou atenuar essa violência;
- d) Garantir que a perpetração dessas violências seja vigorosamente investigada e, quando provas adequadas forem encontradas, as pessoas responsáveis sejam processadas, julgadas e devidamente punidas, e que as vítimas tenham acesso a recursos jurídicos e medidas corretivas adequadas, incluindo indenização;

e) Realizar campanhas de conscientização dirigidas ao público em geral, assim como a perpetradores/as reais ou potenciais de violência, para combater os preconceitos que são a base da violência relacionada à orientação sexual e identidade de gênero.

6 PRINCÍPIO

DIREITO À PRIVACIDADE

Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar de privacidade, sem interferência arbitrária ou ilegal, inclusive em relação à sua família, residência e correspondência, assim como o direito à proteção contra ataques ilegais à sua honra e reputação. O direito à privacidade normalmente inclui a opção de revelar ou não informações relativas à sua orientação sexual ou identidade de gênero, assim como decisões e escolhas relativas a seu próprio corpo e a relações sexuais consensuais e outras relações pessoais.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir o direito de cada pessoa, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, de desfrutar a esfera privada, decisões íntimas e relações humanas, incluindo a atividade sexual consensual entre pessoas que já atingiram a idade do consentimento, sem interferência arbitrária;

b) Revogar todas as leis que criminalizam a atividades sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que já atingiram a idade do consentimento e assegurar que a mesma idade do consentimento se aplique à atividade sexual entre pessoas do mesmo sexo e de diferentes sexos;

c) Assegurar que os dispositivos criminais e outros dispositivos legais de aplicação geral não sejam aplicados de facto para criminalizar a atividade sexual consensual entre pessoas do mesmo sexo que tenham a idade do consentimento;

d) Revogar qualquer lei que proíba ou criminalize a expressão da identidade de gênero, inclusive quando expressa pelo modo de vestir, falar ou maneirismo, a qual negue aos indivíduos a oportunidade de modificar seus corpos, como um meio de expressar sua identidade de gênero;

e) Libertar todas as pessoas detidas com base em condenação criminal, caso sua detenção esteja relacionada à atividade sexual consensual entre pessoas que já atingiram a idade do consentimento ou estiver relacionada à identidade de gênero;

f) Assegurar o direito de todas as pessoas poderem escolher, normalmente, quando, a quem e como revelar informações sobre sua orientação sexual ou identidade de gênero, e proteger todas as pessoas de revelações arbitrárias ou indesejadas, ou de ameaças de revelação dessas informações por outras pessoas.

7 PRINCÍPIO

DIREITO DE NÃO SOFRER PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE

Ninguém deve ser sujeito à prisão ou detenção arbitrárias. Qualquer prisão ou detenção baseada na orientação sexual ou identidade de gênero é arbitrária, sejam elas ou não derivadas de uma ordem judicial. Todas as pessoas presas, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, têm direito, com base no princípio de igualdade, de serem informadas das razões da prisão e da natureza de qualquer acusação contra elas, de serem

levadas prontamente à presença de uma autoridade judicial e de iniciarem procedimentos judiciais para determinar a legalidade da prisão, tendo ou não sido formalmente acusadas de alguma violação da lei.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que a orientação sexual e a identidade de gênero não possam, em nenhuma circunstância, constituir justificção para prisão ou detenção, inclusive eliminando-se dispositivos da lei criminal definidos de maneira vaga que facilitam a aplicação discriminatória ou abrem espaço para prisões motivadas pelo preconceito;

b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que todas as pessoas presas, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, tenham o direito, com base no princípio de igualdade, de serem informadas das razões da prisão e da natureza de qualquer acusação contra elas, de serem levadas prontamente à presença de uma autoridade judicial e de iniciar procedimentos judiciais para determinar a legalidade da prisão, tendo ou não sido formalmente acusadas de alguma violação da lei;

c) Implementar programas de treinamento e conscientização para educar a polícia e outros funcionários encarregados da aplicação da lei no que diz respeito à arbitrariedade da prisão e detenção por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero de uma pessoa;

d) Manter registros precisos e atualizados de todas as prisões e detenções, indicando a data, local e motivo da detenção, e assegurando a supervisão independente de todos os locais de detenção por parte de organismos com autoridade e instrumentos adequados para identificar prisões e detenções que possam ter sido motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero de uma pessoa.

8 PRINCÍPIO

DIREITO A JULGAMENTO JUSTO

Toda pessoa tem direito a ter uma audiência pública e justa perante um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, para determinar seus direitos e obrigações num processo legal e em qualquer acusação criminal contra ela, sem preconceito ou discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para proibir e eliminar tratamento preconceituoso por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero em cada etapa do processo judicial, nos procedimentos civis e criminais e em todos os outros procedimentos judiciais e administrativos que determinem direitos e obrigações, e de assegurar que a credibilidade ou caráter de uma pessoa como parte interessada, testemunha, defensora ou tomadora de decisões não sejam impugnados por motivo de sua orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Tomar todas as medidas necessárias e razoáveis para proteger as pessoas de processos criminais ou procedimentos civis que sejam motivados, no todo ou em parte, por preconceito relativo à orientação sexual ou identidade de gênero;

c) Implementar programas de treinamento e de conscientização para juízes, funcionários de tribunais, promotores/as, advogados/as e outras pessoas sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

9 PRINCÍPIO

DIREITO A TRATAMENTO HUMANO DURANTE A DETENÇÃO

Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana. A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa.

Os Estados deverão:

- a) Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais;
- b) Fornecer acesso adequado à atenção médica e ao aconselhamento apropriado às necessidades das pessoas sob custódia, reconhecendo qualquer necessidade especial relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive no que se refere à saúde reprodutiva, acesso à informação e terapia de HIV/Aids e acesso à terapia hormonal ou outro tipo de terapia, assim como a tratamentos de reassignação de sexo/gênero, quando desejado;
- c) Assegurar, na medida do possível, que todos os detentos e detentas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero;
- d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral;
- e) Assegurar que as visitas conjugais, onde são permitidas, sejam concedidas na base de igualdade a todas as pessoas aprisionadas ou detidas, independente do gênero de sua parceira ou parceiro;
- f) Proporcionar o monitoramento independente das instalações de detenção por parte do Estado e também por organizações não-governamentais, inclusive organizações que trabalhem nas áreas de orientação sexual e identidade de gênero;
- g) Implantar programas de treinamento e conscientização, para o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão envolvidas com as instalações prisionais, sobre os padrões internacionais de direitos humanos e princípios de igualdade e não-discriminação, inclusive em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

10 PRINCÍPIO

DIREITO DE NÃO SOFRER TORTURA E TRATAMENTO OU CASTIGO CRUEL, DESUMANO OU DEGRADANTE

Toda pessoa tem o direito de não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, inclusive por razões relacionadas à sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para evitar e proteger as pessoas de tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, perpetrados por motivos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero da vítima, assim como o incitamento a esses atos;

- b) Tomar todas as medidas razoáveis para identificar as vítimas de tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, perpetrados por motivos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero, oferecendo recursos jurídicos, medidas corretivas e reparações e, quando for apropriado, apoio médico e psicológico;
- c) Implantar programas de treinamento e conscientização, para a polícia, o pessoal prisional e todas as outras pessoas do setor público e privado que estão em posição de perpetrar ou evitar esses atos.

11 PRINCÍPIO

DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA TODAS AS FORMAS DE EXPLORAÇÃO, VENDA E TRÁFICO DE SERES HUMANOS

Todas as pessoas têm o direito à proteção contra o tráfico, venda e todas as formas de exploração, incluindo mas não limitado à exploração sexual, com base na orientação sexual e identidade de gênero, real ou percebida. As medidas para prevenir o tráfico devem enfrentar os fatores que aumentam a vulnerabilidade, inclusive várias formas de desigualdade e discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero, reais ou percebidas, ou a expressão destas ou de outras identidades. Estas medidas devem ser coerentes com os direitos humanos das pessoas que correm riscos de serem vítimas de tráfico.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias, de natureza preventiva ou protetora, em relação ao tráfico, venda e todas as formas de exploração de seres humanos, incluindo mas não limitado à exploração sexual, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida;
- b) Garantir que nenhuma dessas leis ou medidas criminalize o comportamento, estigmatize, ou de qualquer outra forma, exacerbe as desvantagens daquelas pessoas vulneráveis a essas práticas;
- c) Implantar medidas, serviços e programas jurídicos, educacionais e sociais para enfrentar os fatores que aumentam a vulnerabilidade ao tráfico, venda e todas as formas de exploração, incluindo porém não limitado à exploração sexual, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, incluindo fatores como exclusão social, discriminação, rejeição da família ou de comunidades culturais, falta de independência financeira, falta de moradia, atitudes sociais discriminatórias que levam à baixa auto-estima e falta de proteção contra discriminação no acesso à habitação, emprego e serviços sociais.

12 PRINCÍPIO

DIREITO AO TRABALHO

Toda pessoa tem o direito ao trabalho digno e produtivo, a condições de trabalho justas e favoráveis e à proteção contra o desemprego, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para eliminar e proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero no emprego público e privado, inclusive em relação à educação profissional, recrutamento, promoção, demissão, condições de emprego e remuneração;
- b) Eliminar qualquer discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero para assegurar emprego e oportunidades de desenvolvimento iguais em todas as áreas do

serviço público, incluindo todos os níveis de serviço governamental e de emprego em funções públicas, também incluindo o serviço na polícia e nas forças militares, fornecendo treinamento e programas de conscientização adequados para combater atitudes discriminatórias.

13 PRINCÍPIO

DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL E A OUTRAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO SOCIAL

Toda pessoa tem o direito à seguridade social e outras medidas de proteção social, sem discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar acesso igual, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, à seguridade social e outras medidas de proteção social, inclusive benefícios de emprego, licença-parental, benefícios de desemprego, seguro-saúde ou atendimento e benefícios (inclusive para modificações corporais relacionadas à identidade de gênero), outros seguros sociais, benefícios para a família, ajuda funerária, pensões e benefícios relacionados à perda do apoio de cônjuges ou parceiros/parceiras resultante de doença ou morte;
- b) Assegurar que as crianças não sejam sujeitas a nenhuma forma de tratamento discriminatório no sistema de seguridade social ou na provisão de benefícios sociais por motivo de sua orientação sexual ou identidade de gênero, ou de qualquer membro de sua família;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o acesso a estratégias e programas de redução da pobreza, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

14 PRINCÍPIO

DIREITO A UM PADRÃO DE VIDA ADEQUADO

Toda pessoa tem o direito a um padrão de vida adequado, inclusive alimentação adequada, água potável, saneamento e vestimenta adequados, e a uma melhora contínua das condições de vida, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar acesso igual, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, à alimentação, água potável, saneamento e vestimenta adequados.

15 PRINCÍPIO

DIREITO À HABITAÇÃO ADEQUADA

Toda pessoa tem o direito à habitação adequada, inclusive à proteção contra o despejo, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir a segurança de contrato de aluguel e acesso à habitação de baixo custo, habitável, acessível, culturalmente apropriada e segura, incluindo abrigos e outras acomodações

emergenciais, sem discriminação por motivo de orientação sexual, identidade de gênero ou status conjugal ou familiar;

b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para proibir a execução de despejos que não estejam de acordo com as obrigações internacionais de direitos humanos; e assegurar que medidas legais adequadas e eficazes, ou outros recursos jurídicos apropriados, estejam disponíveis para qualquer pessoa a qual alegue que seu direito de proteção contra o despejo forçado foi violado ou está sob risco de violação, inclusive o direito a reassentamento, que inclui o direito a lote de terra alternativo de melhor ou igual qualidade e à habitação adequada, sem discriminação por motivo de orientação sexual, identidade de gênero ou status conjugal e familiar;

c) Garantir direitos iguais à propriedade da terra e da habitação, assim como o direito à herança, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

d) Estabelecer programas sociais, inclusive programas de apoio, para enfrentar fatores relacionados à orientação sexual e identidade de gênero que aumentam a vulnerabilidade à falta de moradia, especialmente para crianças e jovens, incluindo a exclusão social, violência doméstica e outras formas de violência, discriminação, falta de independência financeira e rejeição pela família ou comunidade cultural, assim como promover planos para o apoio e segurança dos vizinhos;

e) Promover programas de treinamento e de conscientização para assegurar que todas as agências relevantes fiquem conscientes e sensíveis às necessidades das pessoas que enfrentam a falta de moradias ou desvantagens sociais, como resultado de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

16 PRINCÍPIO

DIREITO À EDUCAÇÃO

Toda pessoa tem o direito educação, sem discriminação por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero, e respeitando essas características.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o acesso igual à educação e tratamento igual dos e das estudantes, funcionários/as e professores/as no sistema educacional, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;

b) Garantir que a educação seja direcionada ao desenvolvimento da personalidade de cada estudante, de seus talentos e de suas capacidades mentais e físicas até seu potencial pleno, atendendo-se as necessidades dos estudantes de todas as orientações sexuais e identidades de gênero;

c) Assegurar que a educação seja direcionada ao desenvolvimento do respeito aos direitos humanos e do respeito aos pais e membros da família de cada criança, identidade cultural, língua e valores, num espírito de entendimento, paz, tolerância e igualdade, levando em consideração e respeitando as diversas orientações sexuais e identidades de gênero;

d) Garantir que os métodos educacionais, currículos e recursos sirvam para melhorar a compreensão e o respeito pelas diversas orientações sexuais e identidades de gênero, incluindo as necessidades particulares de estudantes, seus pais e familiares relacionadas a essas características;

e) Assegurar que leis e políticas dêem proteção adequada a estudantes, funcionários/as e professores/as de diferentes orientações sexuais e identidades de gênero, contra toda forma de exclusão social e violência no ambiente escolar, incluindo intimidação e assédio;

- f) Garantir que estudantes sujeitos a tal exclusão ou violência não sejam marginalizados/as ou segregados/as por razões de proteção e que seus interesses sejam identificados e respeitados de uma maneira participativa;
- g) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que a disciplina nas instituições educacionais seja administrada de forma coerente com a dignidade humana, sem discriminação ou penalidade por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero do ou da estudante, ou de sua expressão;
- h) Garantir que toda pessoa tenha acesso a oportunidades e recursos para aprendizado ao longo da vida, sem discriminação por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive adultos que já tenham sofrido essas formas de discriminação no sistema educacional.

17 PRINCÍPIO

DIREITO AO PADRÃO MAIS ALTO ALCANÇÁVEL DE SAÚDE

Toda pessoa tem o direito ao padrão mais alto alcançável de saúde física e mental, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. A saúde sexual e reprodutiva é um aspecto fundamental desse direito.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o gozo do direito ao mais alto padrão alcançável de saúde, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que todas as pessoas tenham acesso às instalações, bens e serviços de atendimento à saúde, inclusive à saúde sexual e reprodutiva, e acesso a seu próprio histórico médico, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- c) Assegurar que as instalações, bens e serviços de atendimento à saúde sejam planejados para melhorar o status de saúde e atender às necessidades de todas as pessoas, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, mas levando em conta essas características, e que os registros médicos relacionados a isso sejam tratados de forma confidencial;
- d) Desenvolver e implementar programas para enfrentar a discriminação, preconceito e outros fatores sociais que solapam a saúde das pessoas por efeito de sua orientação sexual ou identidade de gênero;
- e) Assegurar que todas as pessoas sejam informadas e empoderadas para tomarem suas próprias decisões no que diz respeito ao atendimento e tratamento médicos, com consentimento realmente baseado em informações confiáveis, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- f) Garantir que todos os programas e serviços de saúde sexual e reprodutiva, educação, prevenção, atendimento e tratamento respeitem a diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero, estando igualmente disponíveis para todas as pessoas, sem discriminação;
- g) Facilitar o acesso daquelas pessoas que estão buscando modificações corporais relacionadas à reassignação de sexo/gênero, ao atendimento, tratamento e apoio competentes e não-discriminatórios;
- h) Assegurar que todos os provedores de serviços de saúde tratem os/as clientes e seus parceiros ou parceiras sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de

gênero, inclusive no que diz respeito ao reconhecimento de parceiros e parceiras como parentes mais próximos;

i) Adotar políticas e programas de educação e treinamento necessários para capacitar as pessoas que trabalham nos serviços de saúde a proverem o mais alto padrão alcançável de atenção à saúde a todas as pessoas, com pleno respeito à orientação sexual e identidade de gênero de cada uma.

18 PRINCÍPIO

PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS MÉDICOS

Nenhuma pessoa deve ser forçada a submeter-se a qualquer forma de tratamento, procedimento ou teste, físico ou psicológico, ou ser confinada em instalações médicas com base na sua orientação sexual ou identidade de gênero. Apesar de quaisquer classificações contrárias, a orientação sexual e identidade de gênero de uma pessoa não são, em si próprias, doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir a proteção plena contra práticas médicas prejudiciais por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, inclusive na base de estereótipos, sejam eles derivados da cultura ou de outros fatores, relacionados à conduta, aparência física ou normas de gênero percebidas;

b) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que nenhuma criança tenha seu corpo alterado de forma irreversível por procedimentos médicos, numa tentativa de impor uma identidade de gênero, sem o pleno e livre consentimento da criança que esteja baseado em informações confiáveis, de acordo com a idade e maturidade da criança e guiado pelo princípio de que em todas as ações relacionadas a crianças, tem primazia o melhor interesse da criança;

c) Implementar mecanismos de proteção à criança, de modo que nenhuma criança seja sujeita a abusos médicos ou corra esse risco;

d) Assegurar a proteção das pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero contra pesquisas e procedimentos médicos antiéticos ou involuntários, inclusive em relação à vacina, tratamentos ou microbicidas para o HIV/Aids e outras doenças;

e) Rever e emendar qualquer dispositivo ou programa de financiamento de saúde, incluindo aqueles de ajuda ao desenvolvimento, que possam promover, facilitar ou, de qualquer outra forma, tornar possíveis esses abusos;

f) Garantir que qualquer tratamento ou aconselhamento médico ou psicológico não trate, explícita ou implicitamente, a orientação sexual e identidade de gênero como doenças médicas a serem tratadas, curadas ou eliminadas.

19 PRINCÍPIO

DIREITO À LIBERDADE DE OPINIÃO E EXPRESSÃO

Toda pessoa tem o direito à liberdade de opinião e expressão, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio, assim como a liberdade para buscar, receber e transmitir informação e idéias de todos os tipos, incluindo idéias relacionadas aos direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, através de qualquer mídia, e independentemente das fronteiras nacionais.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o pleno gozo da liberdade de opinião e expressão, respeitando os direitos e liberdades das outras pessoas, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, incluindo a recepção e transmissão de informações e idéias sobre a orientação sexual e identidade de gênero, assim como a defesa de direitos legais, publicação de materiais, transmissão de rádio e televisão, organização de conferências ou participação nelas, ou disseminação e acesso à informação sobre sexo mais seguro;
- b) Garantir que os produtos e a organização da mídia que é regulada pelo Estado sejam pluralistas e não-discriminatórios em relação às questões de orientação sexual e identidade de gênero, e que o recrutamento de pessoal e as políticas de promoção dessas organizações não discriminem por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o pleno gozo do direito de expressar a identidade ou autonomia pessoal, inclusive por meio da palavra, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio;
- d) Assegurar que as noções de ordem pública, moralidade pública, saúde pública e segurança pública não sejam empregadas para restringir, de forma discriminatória, qualquer exercício da liberdade de opinião e expressão que afirme a diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero;
- e) Garantir que o exercício da liberdade de opinião e expressão não viole os direitos e liberdades das pessoas de orientações sexuais e identidade de gênero diversas;
- f) Assegurar que todas as pessoas independente de orientação sexual ou identidade de gênero, desfrutem de igual acesso a informações e idéias, assim como de participação no debate público.

20 PRINCÍPIO

DIREITO À LIBERDADE DE REUNIÃO E ASSOCIAÇÃO PACÍFICAS

Toda pessoa tem o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas, inclusive com o objetivo de manifestações pacíficas, independente de orientação sexual ou identidade de gênero. As pessoas podem formar associações baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero, assim como associações para distribuir informação, facilitar a comunicação e defender os direitos de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, e conseguir o reconhecimento dessas organizações, sem discriminação.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar os direitos de organização, associação, reunião e defesa pacíficas em torno dos temas de orientação sexual e identidade de gênero, e de obter reconhecimento legal para essas associações e grupos, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- b) Garantir especialmente que as noções de ordem pública, moralidade pública, saúde pública e segurança pública não sejam empregadas para restringir qualquer exercício do direito de reunião e associação pacíficas simplesmente porque elas afirmam orientações sexuais e identidade de gênero diversas;
- c) Sob nenhuma circunstância impedir o exercício do direito à reunião e associação pacíficas por motivos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero, e garantir que as pessoas que exercem esses direitos recebam proteção policial adequada e outras proteções físicas contra a violência ou assédio;

d) Prover treinamento e programas de conscientização para autoridades encarregadas de aplicar as leis e outros/as funcionários/as relevantes de maneira a capacitá-los/las a fornecer essa proteção;

e) Assegurar que as regras de divulgação de informação para associações e grupos voluntários não tenham, na prática, efeitos discriminatórias para essas associações e grupos que tratam de temas de orientação sexual ou identidade de gênero, assim como para seus membros.

21 PRINCÍPIO

DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO, CONSCIÊNCIA E RELIGIÃO

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, independente de orientação sexual ou identidade de gênero. Estes direitos não podem ser invocados pelo Estado para justificar leis, políticas ou práticas que neguem a proteção igual da lei, ou discriminem, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de as pessoas, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, terem e praticarem crenças religiosas ou não-religiosas, sozinhas ou associadas a outras pessoas, livres de interferência nessas crenças e também livres de coerção ou imposição de crenças;

b) Garantir que a expressão, prática e promoção de opiniões, convicções e crenças diferentes relacionadas a temas de orientação sexual ou identidade de gênero não sejam feitas de forma incompatível com os direitos humanos.

22 PRINCÍPIO

DIREITO À LIBERDADE DE IR E VIR

Toda pessoa que vive legalmente num Estado tem o direito à liberdade de ir e vir e de estabelecer residência dentro das fronteiras desse Estado, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. A orientação sexual e identidade de gênero nunca podem ser invocadas para limitar ou impedir a entrada, saída ou retorno a qualquer Estado, incluindo o próprio Estado da pessoa.

Os Estados deverão:

a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que o direito à liberdade de ir e vir e de estabelecer residência esteja garantido, independente da orientação sexual ou identidade de gênero.

23 PRINCÍPIO

DIREITO DE BUSCAR ASILO

Toda pessoa tem o direito de buscar e de desfrutar de asilo em outros países para escapar de perseguição, inclusive de perseguição relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero. Um Estado não pode transferir, expulsar ou extraditar uma pessoa para outro Estado onde esta pessoa experimente temor fundamentado de enfrentar tortura, perseguição ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante, em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Rever, emendar e aprovar leis para assegurar que o temor fundamentado de perseguição por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero seja aceito para reconhecimento do status de refugiado e asilado;
- b) Assegurar que nenhuma política ou prática discrimine aquelas pessoas que buscam asilo na base de sua orientação sexual ou identidade de gênero;
- c) Garantir que nenhuma pessoa seja transferida, expulsa ou extraditada para qualquer Estado onde essa pessoa experimente temor fundamentado de enfrentar tortura, perseguição ou qualquer outra forma de tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante, por causa da orientação sexual ou identidade de gênero daquela pessoa.

24 PRINCÍPIO

DIREITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA

Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar o direito de constituir família, inclusive pelo acesso à adoção ou procriação assistida (incluindo inseminação de doador), sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- b) Assegurar que leis e políticas reconheçam a diversidade de formas de família, incluindo aquelas não definidas por descendência ou casamento e tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nenhuma família possa ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros, inclusive no que diz respeito à assistência social relacionada à família e outros benefícios públicos, emprego e imigração;
- c) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que em todas as ações e decisões relacionadas a crianças, sejam tomadas por instituições sociais públicas ou privadas, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, o melhor interesse da criança tem primazia e que a orientação sexual ou identidade de gênero da criança ou de qualquer membro da família ou de outra pessoa não devem ser consideradas incompatíveis com esse melhor interesse;
- d) Em todas as ações ou decisões relacionadas as crianças, assegurar que uma criança capaz de ter opiniões pessoais possa exercitar o direito de expressar essas opiniões livremente, e que as crianças recebam a devida atenção, de acordo com sua idade e a maturidade;
- e) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para garantir que nos Estados que reconheçam o casamento ou parceria registrada entre pessoas do mesmo sexo, qualquer prerrogativa, privilégio, obrigação ou benefício disponível para pessoas casadas ou parceiros/as registrados/as de sexo diferente esteja igualmente disponível para pessoas casadas ou parceiros/as registrados/as do mesmo sexo;
- f) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar que qualquer obrigação, prerrogativa, privilégio ou benefício disponível para parceiros não-casados de sexo diferente esteja igualmente disponível para parceiros não-casados do mesmo sexo;

g) Garantir que casamentos e outras parcerias legalmente reconhecidas só possam ser contraídas com o consentimento pleno e livre das pessoas com intenção de ser cônjuges ou parceiras.

25 PRINCÍPIO

DIREITO DE PARTICIPAR DA VIDA PÚBLICA

Todo cidadão ou cidadã tem o direito de participar da direção dos assuntos públicos, inclusive o direito de concorrer a cargos eletivos, participar da formulação de políticas que afetem seu bem-estar e ter acesso igual a todos os níveis do serviço público e emprego em funções públicas, incluindo a polícia e as forças militares, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Rever, emendar e aprovar leis para assegurar o gozo pleno do direito de participar na vida pública e nos assuntos políticos, incluindo todos os níveis do serviço governamental e emprego em funções públicas, inclusive o serviço na polícia e nas forças militares, sem discriminação e com pleno respeito pela orientação sexual e identidade de gênero;
- b) Tomar todas as medidas apropriadas para eliminar estereótipos e preconceitos relacionados à orientação sexual e identidade de gênero que impeçam ou restrinjam a participação na vida pública;
- c) Assegurar o direito de cada pessoa de participar na formulação de políticas que afetem o seu bem-estar, sem discriminação com base na, e com pleno respeito por, sua orientação sexual e identidade de gênero.

26 PRINCÍPIO

DIREITO DE PARTICIPAR DA VIDA CULTURAL

Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e de expressar por meio da participação cultural a diversidade de orientação sexual e identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar oportunidades de participação na vida cultural a todas as pessoas, independente de sua orientação sexual e identidade de gênero e com pleno respeito por essas características;
- b) Promover o diálogo e o respeito mútuo entre aqueles e aquelas que expressam os diversos grupos culturais presentes na sociedade e representados no Estado, incluindo grupos que têm visões diferentes sobre questões de orientação sexual e identidade de gênero, com respeito pelos direitos humanos referidos nestes Princípios.

27 PRINCÍPIO

DIREITO DE PROMOVER OS DIREITOS HUMANOS

Toda pessoa tem o direito de promover a proteção e aplicação, individualmente ou em associação com outras pessoas, dos direitos humanos em nível nacional e internacional, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui atividades voltadas para a promoção da proteção dos direitos de pessoas de orientações

sexuais e identidades de gênero diversas, assim como o direito de desenvolver e discutir novas normas de direitos humanos e de defender sua aceitação.

Os Estados deverão:

- a) Tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras medidas necessárias para assegurar um ambiente favorável às atividades voltadas para a promoção, proteção e aplicação dos direitos humanos, inclusive direitos relevantes para a orientação sexual e identidade de gênero;
- b) Tomar todas as medidas adequadas para combater ações ou campanhas que visam atingir defensores e defensoras de direitos humanos que trabalham com temas de orientação sexual e identidade de gênero, assim como ações que visam defensores e defensoras de direitos humanos de orientações sexuais e identidade de gênero diversas;
- c) Assegurar que os defensores de direitos humanos, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e também sem importar quais temas e direitos humanos defendem, desfrutem de acesso não-discriminatório às organizações e órgãos de direitos humanos nacionais e internacionais, possam participar deles e estabelecer comunicação com eles;
- d) Garantir proteção aos defensores e defensoras de direitos humanos trabalhando com temas de orientação sexual e identidade de gênero contra qualquer violência, ameaça, retaliação, discriminação de facto ou de jure, pressão ou qualquer outra ação arbitrária perpetrada pelo Estado ou por atores não-estatais em resposta às suas atividades de direitos humanos. A mesma proteção deve ser assegurada a defensores e defensoras de direitos humanos que trabalhem com qualquer tema contra tal tratamento baseado na sua orientação sexual ou identidade de gênero;
- e) Apoiar o reconhecimento e acreditação de organizações que promovam e protejam os direitos humanos de pessoas de orientações sexuais e identidade de gênero diversas em nível nacional e internacional.

28 PRINCÍPIO

DIREITO A RECURSOS JURÍDICOS E MEDIDAS CORRETIVAS EFICAZES

Toda pessoa vítima de uma violação de direitos humanos, inclusive violação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, tem direito a recursos jurídicos eficazes, adequados e apropriados. As medidas adotadas com o objetivo de fornecer reparação a pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, ou de garantir o desenvolvimento apropriado dessas pessoas, constituem elementos essenciais do direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes.

Os Estados deverão:

- a) Estabelecer os procedimentos jurídicos necessários, incluindo a revisão de leis e políticas, para assegurar que as vítimas de violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero tenham acesso a medidas corretivas plenas, através de restituição, compensação, reabilitação, satisfação, garantia de não repetição e/ou qualquer outro meio que seja apropriado;
- b) Assegurar que esses recursos jurídicos sejam aplicados e implementados em tempo hábil;
- c) Garantir que sejam estabelecidas instituições e padrões eficazes para a provisão de recursos jurídicos e medidas corretivas, e que todo o seu pessoal seja treinado nos temas de violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual e identidade de gênero;

- d) Assegurar que todas as pessoas tenham acesso a todas as informações necessárias sobre os procedimentos para buscar recursos jurídicos e medidas corretivas;
- e) Garantir que seja fornecida ajuda financeira àquelas pessoas que não possam arcar com os custos das medidas corretivas e que seja eliminado qualquer outro obstáculo para assegurar essas medidas corretivas, seja ele financeiro ou de outro tipo;
- f) Assegurar programas de treinamento e conscientização, incluindo medidas voltadas para professores/as e estudantes em todos os níveis do ensino público, organismos profissionais, e violadores/as potenciais de direitos humanos, para promover o respeito e adesão aos padrões internacionais de direitos humanos de acordo com estes Princípios, assim como para combater atitudes discriminatórias por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

29 PRINCÍPIO

RESPONSABILIZAÇÃO (“ACCOUNTABILITY”)

Toda pessoa cujos direitos humanos sejam violados, inclusive direitos referidos nestes Princípios, tem o direito de responsabilizar por suas ações, de maneira proporcional à seriedade da violação, aquelas pessoas que, direta ou indiretamente, praticaram aquela violação, sejam ou não funcionários/as públicos/as. Não deve haver impunidade para pessoas que violam os direitos humanos relacionadas à orientação sexual ou identidade de gênero.

Os Estados deverão:

- a) Implantar procedimentos criminais, civis, administrativos e outros procedimentos, que sejam apropriados, acessíveis e eficazes, assim como mecanismos de monitoramento, para assegurar que as pessoas e instituições que violam os direitos humanos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero sejam responsabilizadas;
- b) Assegurar que todas as alegações de crimes praticados com base na orientação sexual ou identidade de gênero da vítima, seja ela real ou percebida, inclusive crimes descritos nestes Princípios, sejam investigados de forma rápida e completa e que, quando evidências adequadas sejam encontradas, os responsáveis sejam processados, julgados e devidamente punidos;
- c) Implantar instituições e procedimentos independentes e eficazes para monitorar a formulação de leis e políticas e sua aplicação, garantindo a eliminação da discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero;
- d) Eliminar qualquer obstáculo que impeça a responsabilização das pessoas que praticaram violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

RECOMENDAÇÕES ADICIONAIS

Todos os membros da sociedade e da comunidade internacional têm responsabilidades relacionadas à aplicação dos direitos humanos. Assim, recomendamos que:

- a) O Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos endosse estes Princípios, promova sua implementação em todo o mundo e os integre ao trabalho do Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos, inclusive em nível de trabalho de campo;
- b) O Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas endosse estes Princípios e dê atenção substantiva às violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, com a perspectiva de promover o cumprimento desses Princípios por parte dos Estados;

- c) Os Procedimentos Especiais de Direitos Humanos das Nações Unidas prestem a devida atenção às violações de direitos humanos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero e integre estes Princípios à implementação de seus respectivos mandatos;
- d) O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas reconheça e credencie as organizações não-governamentais cujo objetivo seja promover e proteger os direitos humanos de pessoas de diversas orientações sexuais e identidade de gênero, de acordo com sua Resolução 1996/31;
- e) Os Órgãos dos Tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas integrem vigorosamente estes Princípios à implementação de seus respectivos mandatos, inclusive à sua jurisprudência e ao exame dos relatórios dos Estados e, quando apropriado, adote Comentários Gerais ou outros textos interpretativos sobre a aplicação da legislação de direitos humanos a pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas;
- f) A Organização Mundial da Saúde e o Unids desenvolvam diretrizes sobre a provisão de serviços e atendimento de saúde adequados, que respondam às necessidades de saúde das pessoas relacionadas à sua orientação sexual ou identidade de gênero, com respeito pleno pelos seus direitos humanos e dignidade;
- g) O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados integre estes Princípios aos esforços para proteger pessoas que sofrem, ou têm temor bem fundamentado de sofrer, perseguição por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, assegurando que nenhuma pessoa seja discriminada por sua orientação sexual ou identidade de gênero, no que diz respeito ao recebimento de assistência humanitária e outros serviços, ou na determinação do status de refugiado;
- h) As organizações intergovernamentais regionais e sub-regionais com compromisso com os direitos humanos, assim como os órgãos regionais dos tratados de direitos humanos, assegurem que a promoção destes Princípios seja essencial à implementação dos mandatos de seus vários mecanismos, procedimentos e outros arranjos e iniciativas de direitos humanos; PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA 37
- i) Os tribunais de direitos humanos regionais integrem vigorosamente à sua jurisprudência sobre orientação sexual e identidade de gênero aqueles Princípios que sejam relevantes para os tratados de direitos humanos os quais eles interpretam;
- j) As organizações não-governamentais que trabalhem com direitos humanos em nível nacional, regional e internacional promovam o respeito por esses Princípios dentro do marco de referência de seus mandatos específicos;
- k) As organizações humanitárias incorporem estes Princípios a qualquer operação humanitária ou de ajuda e não discriminem pessoas por sua orientação sexual ou identidade de gênero no âmbito da provisão de ajuda financeira e de outros serviços;
- l) As instituições de direitos humanos nacionais promovam o respeito a estes Princípios por atores estatais e não-estatais, e integrem a seu trabalho a promoção e proteção dos direitos humanos de pessoas de orientações sexuais e identidade de gênero diversas;
- m) As organizações profissionais, incluindo aquelas nas áreas médica, de justiça criminal e civil e educacional revisem suas práticas e diretrizes para garantir que promovam vigorosamente a implementação destes Princípios;
- n) As organizações comerciais reconheçam e assumam o papel importante que têm em assegurar o respeito a estes Princípios no que diz respeito a suas próprias forças de trabalho e em promover estes Princípios nacional e internacionalmente;
- o) A mídia de massa evite o uso de estereótipos em relação à orientação sexual e identidade de gênero e promova a tolerância e aceitação da diversidade da orientação sexual humana e da identidade de gênero, assim como realize trabalho de conscientização em torno desses temas;

p) Os financiadores governamentais e privados forneçam assistência financeira às organizações não-governamentais e a outras organizações, para a promoção e proteção dos direitos humanos de pessoas de orientações sexuais e identidade de gênero diversas.

ESTES PRINCÍPIOS E RECOMENDAÇÕES refletem a aplicação da legislação de direitos humanos internacionais à vida e à experiência das pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, e nenhum deles deve ser interpretado como restringindo, ou de qualquer forma, limitando os direitos e liberdades dessas pessoas, conforme reconhecidos em leis e padrões internacionais, regionais e nacionais. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA 38

APÊNDICE

SIGNATÁRIOS E SIGNATÁRIAS DOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Maxim Anmeghichean (Moldávia), Associação Internacional de Lésbicas e Gays – Europa

Mauro Cabral (Argentina), Universidade Nacional de Córdoba, Argentina, Comissão Internacional de Direitos Humanos para Gays e Lésbicas.

Sonia Onufer Corrêa (Brasil), Pesquisadora Associada da Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids (Abia) e co-coordenadora do Observatório de Sexualidade e Política.

Elizabeth Evatt (Austrália), ex-integrante e presidenta do Comitê das Nações Unidas sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, ex-integrante do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e integrante da Comissão Internacional de Juristas.

Paul Hunt (Nova Zelândia), Relator Especial das Nações Unidas sobre o direito ao mais alto padrão de saúde alcançável e professor do Departamento de Direito, Universidade de Essex, Reino Unido

Maina Kiai (Quênia), Presidenta da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Quênia.

Miloon Kothari (Índia), Relator Especial das Nações Unidas sobre o direito à habitação adequada.

Judith Mesquita (Reino Unido), Pesquisadora Sênior do Centro de Direitos Humanos, Universidade de Essex, Reino Unido.

Alice M. Miller (Estados Unidos), Professora Assistente da Escola de Saúde Pública e Co-Diretora do Programa de Direitos Humanos da Universidade de Columbia, EUA.

Sanji Mmasenono Monageng (Botsuana), Juíza do Tribunal Superior (Gâmbia), integrante da Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, Presidenta do Comitê de Acompanhamento da implementação das Diretrizes de Robben Island sobre a proibição e prevenção da Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (Comissão Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos).

Vitit Muntarbhorn (Tailândia), Relator Especial das Nações Unidas sobre a situação de direitos humanos na República Popular Democrática da Coreia (Coreia do Norte) e professor de direito da Universidade de Chulalongkorn, Tailândia.

Lawrence Mute (Quênia), membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Quênia. PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA 39

Manfred Nowak (Áustria), Professor e co-diretor do Instituto de Direitos Humanos Ludwig Boltzmann, Áustria, e Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes.

Ana Elena Obando Mendoza (Costa Rica), advogada feminista, ativista dos direitos humanos das mulheres e consultora internacional.

Michael O'Flaherty (Irlanda), membro do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e professor de Direitos Humanos Aplicados e co-diretor do Centro de Direitos Humanos da Universidade de Nottingham (foi o relator durante a produção dos Princípios de Yogyakarta)

Sunil Pant (Nepal), Presidente da Sociedade Diamante Azul do Nepal.

Dimitrina Petrova (Bulgária), Diretora Executiva do Fundo para a Igualdade dos Direitos.

Rudi Mohammed Rizki (Indonésia), Relator Especial das Nações Unidas sobre solidariedade internacional; professor sênior e vice-reitor de Assuntos Acadêmicos da Faculdade de Direito da Universidade de Padjadjaran, Indonésia.

Mary Robinson (Irlanda), Fundadora do “Concretizando os Direitos: Iniciativa por uma Globalização Ética” (Realizing Rights: The Ethical Globalization Initiative), ex-presidenta da Irlanda e ex-Alta Comissária das Nações Unidas para Direitos Humanos.

Nevena Vuckovic Sahovic (Sérvia e Montenegro), integrante do Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e presidenta do Centro de Direitos da Criança, Belgrado, Sérvia e Montenegro.

Martin Scheinin (Finlândia), Relator Especial das Nações Unidas para luta contra o terrorismo e professor de direito constitucional e internacional da Universidade Åbo Akademi, Finlândia.

Wan Yanhai (China), Fundador do Projeto de Ação AIZHI e diretor do Instituto AIZHIXING de Educação de Saúde de Pequim.

Stephen Whittle (Reino Unido), Professor de Direito de Igualdade na Universidade Metropolitana de Manchester, Reino Unido.

Roman Wieruszewski (Polônia), Membro do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e diretor do Centro de Direitos Humanos de Poznan, Polônia.

Robert Wintemute (Reino Unido), Professor de Direitos Humanos, Faculdade de Direito, King's College, Londres, Reino Unido.