

Organizadores

Matheus de Castro

Maria Cristina Cereser Pezzella

Janaína Reckziegel

Série

Direitos Fundamentais Civis

*A Ampliação dos Direitos Subjetivos
no Brasil e na Alemanha - Tomo II*



Editora Unoesc



Organizadores

Matheus de Castro

Maria Cristina Cereser Pezzella

Janaína Reckziegel

Série

Direitos Fundamentais Civis

*A Ampliação dos Direitos Subjetivos
no Brasil e na Alemanha - Tomo II*

Joaçaba 2013



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini, Débora Diersmann Silva Pereira, Giovana Patrícia Bizinela, Gilvana Toniélo, Maria Lúcia Gelain
Projeto gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

A526 A Ampliação dos Direitos Subjetivos no Brasil e na Alemanha : Tomo II / organizadores Matheus de Castro, Maria Cristina Cereser Pezzela, Janaína Reckziegel. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. - (Série Direitos Fundamentais Cíveis)
289 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-006-9

1. Direitos fundamentais. 2. Direito comparado - Brasil - Alemanha. I. Castro, Matheus de. II. Pezzela, Maria Cristina Cereser. III. Reckziegel, Janaína. IV. Série

CDD 340.1

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitor Acadêmico
Nelson Santos Machado

Vice-reitores de *Campi*
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D' Agostini

Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Conselho Editorial

Nelson Santos Machado
Débora Diersmann Silva Pereira
Jéssica Romeiro Mota
Eliane Salete Filippim
Marcelo Zenaro
Jane Mary L. N. Gelinski
Evelácio Roque Kaufmann
Ieda Margarete Oro
Cláudio Luiz Orço
José Francisco Manta Bragança
Gilberto Pinzetta

Organizadores

Matheus de Castro
Maria Cristina Pezzela
Janaína Reckziegel

Comissão Científica

Riva Sobrado de Freitas (Unoesc, Brasil)
Wilson Steinmetz (Unoesc, Brasil)
Narciso Leandro Xavier Baez (Unoesc, Brasil)
Guido Smorto (Palermo, Italia)
Simone Pajno (Palermo, Italia)
Miguel Ángel Aparicio Pérez (Barcelona, UAB)
Rosalice Fidalgo Pinheiro (Unibrasil, Brasil)
Daury Cezar Fabríz (FDV, Brasil)
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
---------------------------	----------

CAPÍTULO I - TEORIA GERAL DOS DIREITOS SUBJETIVOS

A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS. O EXEMPLO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA	9
--	----------

Hans Jörg Sandkühler

AS CATEGORIAS DO SER E DO DEVER SER NA PERSPECTIVA DE HANS KELSEN	35
--	-----------

Bruno Queiroz Oliveira, Arnaldo Vasconcelos

À SOMBRA DO PENSAMENTO CALCULADOR EM MARTIN HEIDEGGER: A JUSTIÇA BRASILEIRA E AS METAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	47
---	-----------

Dirce Nazare de Andrade Ferreira, Daury Cesar Fabriz, Aloisio Krohling

DAS MÚLTIPLAS COMPREENSÕES DA LIBERDADE: LIBERDADE COMO IDEAL DE IGUALDADE	65
---	-----------

Carlos Giovani Pinto Portugal, Rosalice Fidalgo Pinheiro

TUTELA AQUILIANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO COMPARADO: O CASO DOS DANOS BIOLÓGICOS, DANOS EXISTENCIAIS E DANOS AO PROJETO DE VIDA.....	79
--	-----------

Eugênio Facchini Neto, Graziela Maria Rigo Ferrari

MERCADO: UMA QUESTÃO DE AUTENTICIDADE HUMANA	119
---	------------

Natercia Sampaio Siqueira, Jovina D'ávila Bordoni

TRADIÇÕES INDÍGENAS E TRANSFERÊNCIA COMPULSÓRIA FRENTE À DIGNIDADE HUMANA.....	133
---	------------

Ronaldo José Françosi, Narciso Leandro Xavier Baez

CAPÍTULO II - A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

O (DIREITO FUNDAMENTAL AO) ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: POR UMA CORRETA COMPREENSÃO.....	155
--	------------

Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira, Mônica Bonetti Couto

DOS POSSÍVEIS ENSINAMENTOS DO PROCESSO COLETIVO, EM PROL DA SEGURANÇA JURÍDICA E CORREÇÃO DAS DECISÕES.....	171
--	------------

Adalberto Pasqualotto, Alessandra Mizuta

O DIREITO À EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A NECESSIDADE DA INCLUSÃO DIGITAL PARA A INCLUSÃO SOCIAL.....	189
Izabel Preis Welter, Matheus Felipe de Castro	
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA TUTELA DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES.....	203
Maria Cristina Cereser Pezzella, Cinthya Sander Carbonera	
LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: RELEITURA À LUZ DOS DIREITOS CULTURAIS E DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR.....	227
Francisco Humberto Cunha Filho, Marcus Pinto Aguiar	
NOTAS SOBRE A ATUALIDADE DOS CONTRATOS ATÍPICOS E SOBRE A SUA RELAÇÃO COM OS (NOVOS) PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NOS DEZ ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	249
Fabio Siebeneichler de Andrade, Guilherme Bertotto Barth	
RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA DAS EMPRESAS: PROTEÇÃO LEGAL DE DADOS NA UTILIZAÇÃO DO BIG DATA.....	263
Lucimara Aparecida Main, Maitê Cecilia Fabbri Moro	
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL E A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO.....	277
Leonardo Raphael Carvalho de Matos, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches	

APRESENTAÇÃO

Os direitos fundamentais constituem um campo inesgotável de investigação teórica e científica. Não é um âmbito de exclusivo interesse analítico, interpretativo e reflexivo da comunidade dos pesquisadores do direito, mas está fora de dúvida que as contribuições dessa comunidade são indispensáveis para a adequada compreensão e exitosa efetivação desses direitos em uma sociedade cada vez mais complexa e diferenciada.

A relevância e atualidade dos direitos fundamentais são amplamente reconhecidas em sociedades que adotam o Estado Democrático de Direito ou o Estado constitucional democrático. Como já descrito por inúmeros autores, esse paradigma estatal tem como fundamentos a dignidade da pessoa, a liberdade, a igualdade e a soberania popular. Além disso, orienta-se por fins ou objetivos sociais e econômicos que impedem que o Estado, especialmente em suas funções legislativa e executiva, seja neutro ou indiferente perante as desigualdades materiais, culturais e de poder existentes nas relações sociais.

Analisando o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico da República Federal da Alemanha, que incorpora o Estado democrático de direito, Robert Alexy descreve a posição normativa desses direitos. Essa descrição é, em linhas gerais, válida também para o caso brasileiro.

Direitos fundamentais são direitos subjetivos de máxima hierarquia normativa, porque estão na Constituição. Por isso, operam como parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos infraconstitucionais. No direito brasileiro são limites materiais ao poder de emendar a Constituição, o que autoriza o exame de constitucionalidade das alterações ao texto constitucional aprovadas pelo Congresso Nacional. São direitos de máxima força normativa, porque são de aplicação imediata e vinculam todos os poderes públicos em todos os níveis da organização federativa. São direitos que tutelam bens de máxima importância para as pessoas e para a comunidade da qual elas fazem parte (vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança, bases materiais para uma vida decente, etc.).

Essas três características não são mais objeto de controvérsia, ao menos de controvérsia provocada e justificada com argumentos relevantes e de repercussões abrangentes. Contudo, quando se soma a essas características o máximo grau de indeterminação das disposições de direitos fundamentais, problemas de interpretação e aplicação aparecem, não raro com gravidade, especialmente nos denominados *hard cases*. Os enunciados do texto constitucional são sucintos e vagos. Assim, “os direitos fundamentais são o que são sobretudo por meio da interpretação” (Robert Alexy). Os órgãos do Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, jogam um papel decisivo na determinação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais. Mas essa não é uma tarefa exclusiva de quem tem o poder-dever de aplicar as normas de direitos fundamentais de forma a garantir sua efetividade no mundo da vida, seja nas relações entre os indivíduos e o Estado, seja, quando for o caso, nas relações entre os particulares.

Existe uma comunidade aberta dos intérpretes da Constituição (Peter Häberle) que participa e contribui para clarificar conceitos e argumentos, propor respostas, cons-

truir soluções e sugerir agenda de debates para os temas, problemas e controvérsias suscitadas na fundamentação, interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Dessa comunidade, fazem parte os pesquisadores do direito. Posição privilegiada, e também por isso de grande responsabilidade, assumem os docentes e discentes de programas de pós-graduação *stricto sensu* cujas áreas de concentração, linhas de pesquisa, grupos de pesquisa e projetos de pesquisa abarcam ou têm por objeto específico os direitos fundamentais. É o caso dos autores que participam desta coletânea.

Esta coletânea reúne textos que contêm os resultados e as contribuições de investigações desenvolvidas por docentes e discentes, organizados em grupos de pesquisa institucionalizados, nos programas de pós-graduação em direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul (PUCRS), das Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil), da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e da Universidade de Fortaleza (Unifor). Os textos compõem um mosaico que abarca inúmeros temas e problemas, com diferentes recortes epistemológicos (teoria, dogmática, sociologia e política do direito) e abordagens metodológicas. A unidade da coletânea é assegurada pela aderência aos direitos fundamentais como eixo temático de concentração e orientação. Além disso, ressalvadas as inevitáveis e salutares diferenças de orientações metodológicas e pré-compreensões, os autores compartilham, em linhas gerais, um mesmo horizonte hermenêutico.

Wilson Steinmetz

Capítulo I

Teoria Geral dos Direitos Subjetivos

A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO DOS DIREITOS HUMANOS. O EXEMPLO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

Hans Jörg Sandkühler *

1 A EXPERIÊNCIA DA INJUSTIÇA - A FONTE DA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Como conceito jurídico e norma constitucional, a “dignidade humana”, positivada primeiramente no século XX, especialmente após 1945, por conta das experiências de violência e injustiça que levaram, na “Carta das Nações Unidas” de 26 de junho de 1945, a acentuar a “fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”.

Os direitos à dignidade humana, formulados no século XX sob a impressão dos crimes do colonialismo e do imperialismo, do nacional-socialismo alemão, do fascismo italiano e do militarismo japonês, bem como do stalinismo, têm como último objetivo as relações cosmo-politas de vida. Tais condições de vida pressupõem um constitucionalismo de estado de direito global, ou seja, uma “ordem jurídica democrática mundial”, sem discriminação e repressão, fome e miséria, violência e guerra. Habermas¹ escreveu a esse respeito:

Apenas quando os direitos humanos tiverem encontrado seu “assento” em uma ordem jurídica democrática mundial, de maneira semelhante a como os direitos fundamentais o encontraram em nossas constituições nacionais, poderemos entender também no plano global que os destinatários desses direitos podem compreender a si mesmo como seus autores.”

“A obsolescência do estado de natureza ainda persistente entre estados belicistas, que já perderam sua soberania, de qualquer maneira já começou. O estado cosmopolita não é mais um mero fantasma, mesmo que ainda estejamos distantes dele. Nacionalidade e cosmopolitismo formam um contínuo cujos contornos já estão traçados.”²

No surgimento da Constituição da República Federal da Alemanha, o holocausto e os crimes de guerra ocupavam o primeiro plano como uma forma historicamente nova do mal. Arendt³ escreveu a Jaspers em 04 de março de 1951:

Toda a religião transmitida pela tradição, judaica ou cristã, não me diz mais nada como tal. Também não acredito que ela ainda possa oferecer, em algum lugar ou

* Doutor em Filosofia e Ciência do Direito (1971-1974); Professor em Gießen (1974-2005) Professor de Filosofia na Universidade de Bremen; Professor visitante em Turin e Paris (2003-2011); Diretor do Departamento Alemão de “Direitos Humanos e Culturas” da cátedra europeia da UNESCO para a Filosofia de Paris; Desde 1998 estreita cooperação com a cátedra da UNESCO para a filosofia para o mundo árabe em Tunis; ênfases de trabalho: teoria do direito e do Estado; editor da enciclopédia em três volumes, publicada em segunda edição em 2010 Enzyklopädie Philosophie; Ultimamente publicando os livros Menschenrechte in die Zukunft denken (2009), Recht und Moral (2010) e Recht und Kultur (2011).

¹ Habermas (1999, p. 4).

² Habermas (1994, p. 660).

³ Hannah Arendt a Karl Jaspers, 04 de março de 1951. In: Arendt e Jaspers (2001, p. 202).

de alguma maneira, um fundamento para algo tão imediatamente positivo quanto as leis. O mal se revelou mais radical do que previsto. Falando externamente: os crimes modernos não foram previstos no decálogo. Ou: a tradição ocidental adoeceu com o preconceito de que o pior mal que o homem pode fazer se origina nos vícios do egoísmo; enquanto sabemos que o pior mal ou o radicalmente mal não tem mais nada a ver com tais motivos pecaminosos e humanamente compreensíveis. Não sei o que o mal radical efetivamente é, mas me parece que ele tem a ver, de alguma maneira, com os seguintes fenômenos: que os seres humanos tenham se tornado supérfluos como seres humanos (não utilizá-los como meios, o que deixa a sua humanidade intocada e apenas fere sua dignidade humana, mas sim torná-los supérfluos como homens). Isso ocorre tão logo se exclui tudo que é imprevisível, que corresponde, no lado do ser humano, à espontaneidade. Tudo isso, por outro lado, surge, ou melhor, está relacionado com a loucura de uma onipotência (e não a mera busca por poder) *do ser humano.*”

A positivação jurídica do conceito de dignidade humana foi

[...] tanto no direito nacional quanto no internacional simultaneamente uma reação a experiências históricas muito concretas do século XX: a experiência de duas guerras mundiais e da aniquilação promovida industrialmente de milhões de seres humanos sob a ditadura fascista na Alemanha. A posição destacada do conceito de dignidade humana em numerosos documentos internacionais e a expressa obrigação de proteger a dignidade humana, imposta pela *Constituição* ao Estado, devem ser entendidas como consequências de uma história que não deve se repetir. Os campos de concentração deixaram inequivocamente claro que hoje o homem não precisa se afirmar mais primariamente contra um “destino” inexorável ou contra uma natureza superpoderosa, mas contra ele mesmo.”⁴

Para tornar a proteção da dignidade humana um objeto do direito e para a positivação dos direitos humanos foi decisiva a introdução de novas infrações, determinante para o direito internacional a partir de 1945. Em correspondência à “Declaração de Moscou sobre as Atrocidades Alemãs na Europa Ocupada” de outubro de 1943, os representantes diplomáticos da França, da Grã-Bretanha, da União Soviética e dos Estados Unidos negociaram na ocasião da Conferência de São Francisco, em maio de 1945, a criação de um Tribunal Militar Internacional para o julgamento dos crimes de guerra europeus. No acordo de Londres feito pelas quatro potências em 08 de agosto de 1945 foi assinado o “Acordo sobre a Persecução e Punição dos Criminosos de Guerra Principais do Eixo Europeu”, com a inclusão do “Estatuto para o Tribunal Militar Internacional”.

No processo principal de Nuremberg, realizado de 20 de novembro de 1945 a 01 de outubro de 1946, foi promulgada em 30 de setembro de 1946 a sentença na qual os réus foram classificados como culpados ou inocentes, de acordo com quatro pontos de vista da acusação. Foram condenados à morte por enforcamento 12 acusados, dois à prisão perpétua e quatro a penas de prisão entre 10 e 20 anos.

Um exemplo pode ser aqui suficiente para tornar compreensível o que quer dizer “experiência da injustiça” “Os métodos aplicados nos campos de concentração para o ani-

⁴ Bayertz (1995, p. 741).

quilamento foram, entre outros: maus-tratos sob o pretexto de experimentos pseudocientíficos (esterilização de mulheres em Auschwitz e Ravensbrück, estudo do desenvolvimento do câncer de ovário em Auschwitz, de tifo em Buchenwald, exames anatômicos em Natzweiler, injeções no coração em Buchenwald, transplante de ossos e remoção de músculos em Ravensbrück, etc.)”.⁵ Foi encontrada em Auschwitz,

[...] nos documentos do campo, uma lista do comandante do campo [...] Essa lista foi assinada pelo comandante substituto do campo, Sella. Nela se encontra uma rubrica para “prisioneiros destinados a experimentos”. Na rubrica está escrito: “mulheres sob experimento: 14 de maio de 1944 400, 15 de junho de 1944 413, 19 de junho de 1944 248 etc”.⁶

Foi estudado o efeito de diversos preparados químicos de diversas empresas alemãs. Um médico alemão, Dr. Valentin Erwin, afirmou que houve um caso em que os representantes da indústria química da Alemanha - Glauber, um ginecologista de Königshütte e Gevel, um químico - compraram 150 mulheres com a administração do campo para tais experimentos.”⁷ A correspondência da empresa Bayer com os comandantes do campo de concentração de Auschwitz comprova esse crime:

Em referência à proposta de fazer experimentos com um novo sonífero, agradeceríamos se os senhores nos disponibilizassem uma quantidade de 150 mulheres [...] Recebemos sua resposta; contudo, o preço de 200 marcos por mulher nos parece alto demais. Propomos não pagar mais que 170 marcos por cabeça. Se isso lhes parecer aceitável, tomaremos posse das mulheres. Precisamos de cerca de 150 mulheres [...] Confirmamos seu consentimento. Reservem-nos 150 mulheres com o melhor estado possível de saúde e, tão logo nos comuniquem que elas estão prontas, nós as buscaremos [...] Recebido o pedido de 150 mulheres. Apesar de seu estado de saúde debilitado, elas foram consideradas suficientemente adequadas. Manteremo-las atualizados sobre o desenvolvimento dos experimentos [...] Os testes foram feitos. Todas as pessoas morreram. Entraremos em breve em contato com os senhores a respeito de uma nova remessa.⁸

⁵ O processo contra os criminosos de guerra principais no Tribunal Internacional de Justiça de Nuremberg. 14 de. Novembro de 1945 a 1 de outubro de 1946. Versão oficial em língua alemã, Nuremberg 1947 (a seguir: Processo de Nuremberg), v. 2, p. 60, Primeiro dia. Terça-feira, 20 nov. 1945.

⁶ O processo contra os criminosos de guerra principais no Tribunal Internacional de Justiça de Nuremberg. 14 de. Novembro de 1945 a 1 de outubro de 1946. Versão oficial em língua alemã, Nuremberg 1947 (a seguir: Processo de Nuremberg), 2, p. 60, Primeiro dia. Terça-feira, 20 nov. 1945. V. 8, p. 345.

⁷ O processo contra os criminosos de guerra principais no Tribunal Internacional de Justiça de Nuremberg. 14 de. Novembro de 1945 a 1 de outubro de 1946. Versão oficial em língua alemã, Nuremberg 1947 (a seguir: Processo de Nuremberg), 2, p. 60, Primeiro dia. Terça-feira, 20 nov. 1945. p. 345 e ss.

⁸ Esse documento comprova, entre muitas coisas, os experimentos com humanos realizados a pedido da empresa IG-Farben. O documento da correspondência da empresa Bayer com o comandante do campo de concentração de Auschwitz, apresentado pela promotora nos Processos de Nuremberg, foi publicado pela Comissão Central para a Investigação dos Crimes Nazistas na Polônia: an Sehn, Konzentrationslager Oswiecim-Brzezinka - Auschwitz-Birkenau, Warszawa 1957, p. 89 ss., Fn. 2; Nürnberger Dokumente NJ. 7. Giorgio Abamben, assustado com o “muçulmano”, o morto vivo no campo de concentração defendeu a tese de que Auschwitz significaria “o fim e a derrocada de toda ética da dignidade e da aproximação de uma norma.” (AGAMBEN, 2003, p. 60): “O muçulmano se dirigiu a uma zona do humano - pois negar-lhe simplesmente a humanidade significaria aceitar o veredito da SS, repetir o seu gesto -, no qual não apenas a ajuda, mas também a dignidade e o respeito próprio se tornaram inúteis. Mas se há uma zona do humano na qual esses conceitos não têm sentido, então não se pode tratar de conceitos genuinamente éticos. Pois nenhuma ética pode pretender excluir uma parte do humano.” (AGAMBEN, 2003, p. 55).

No processo principal de Nuremberg, as sentenças foram, em parte, promulgadas de acordo com a nova categoria de elemento constitutivo de crime, o “status”:

As ações seguintes, ou cada uma delas em particular, representam crimes por cujo julgamento o tribunal é responsável. O autor de tais crimes é pessoalmente responsável: (a) *crimes contra a paz* [...]; (b) *crimes de guerra* [...]; (c) *crimes contra a humanidade*: são eles: assassinato, extermínio, escravização, deportação ou outras ações desumanas, cometidas contra qualquer população civil antes ou durante a guerra, perseguição por motivos políticos, racistas ou religiosos, cometidos na execução de um crime ou em ligação com um crime pelo qual o tribunal é responsável, *independentemente de a ação ferir ou não o direito do país no qual foi cometida*. Líderes, organizadores, incitadores e participantes que tiveram parte no planejamento ou na execução de um plano em comum ou em uma conspiração para a realização de um dos crimes citados são responsáveis por todas as ações cometidas por qualquer pessoa na execução de tal plano.⁹

O assistente de acusação da União Soviética, N. L. Smirnow, explicou:

O conceito de “crimes contra a humanidade” é [...] muito mais amplo do que o conceito de todos os outros crimes dos fascistas alemães cujas provas já foram apresentadas ao tribunal [...] A máquina impiedosa do estado fascista quis forçar [os prisioneiros do campo de concentração] a se desprenderem de tudo que se tornou parte constituinte indissolúvel da humanidade como resultado do desenvolvimento humano milenar. Assim, a morte sempre pairou sobre eles, eles foram forçados, contudo, no caminho para morte, a humilhações agonizantes, que ferem toda dignidade humana e que, em conjunto, formam aquilo que a acusação chama de “crimes contra a humanidade”.¹⁰

Da mesma maneira como em todo o processo principal de Nuremberg, o conceito da dignidade humana também esteve no centro da argumentação do acusador principal francês, François de Menthon:

Na classificação dos diversos crimes que foram cometidos durante a guerra por meio do *Führer* da Alemanha nacional-socialista, chegamos finalmente ao grupo que descrevemos como crimes contra a dignidade humana (crime contre la condition humaine). A princípio, é importante que eu explique claramente ao Alto Tribunal o significado dessa expressão. Essa expressão francesa clássica faz parte tanto ao vocabulário técnico do direito quanto da linguagem filosófica. Ela significa a totalidade das capacidades cujo exercício e desenvolvimento formam o sentido da vida humana.¹¹

Ele continuou:

⁹ Nürnberger Prozess, v. 1, p. 11 ss. (grifo nosso).

¹⁰ Nürnberger Prozess, v. 1, p. 11 ss. (grifo nosso).

¹¹ Nürnberger Prozess, v. 5, p. 456 ss.

A luta dos nazistas contra a dignidade humana completa a imagem total, trágica e terrível, dos crimes de guerra da Alemanha nazista e a põe sob o signo do rebaixamento do homem, como desejada conscientemente pela doutrina nacional-socialista. Com isso, ela lhe dá o verdadeiro caráter de um retorno sistemático à barbárie.¹²

Os réus e seus defensores também não puderam escapar à referência ao conceito de dignidade. O defensor do “Líder da Juventude do Reich”, Baldur von Schirach, acreditou poder afirmar: “Se foi possível manter os milhões de membros da juventude hitlerista sempre afastados de tais excessos, isso se deve ao fato de que a liderança se esforçou para inspirar na juventude o espírito da tolerância, do amor ao próximo, do respeito pela dignidade humana.”¹³ E Alfred Rosenberg, encarregado do *Führer* para a supervisão de todo o ensino espiritual e de visão de mundo e para a educação do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães; desde 1934 e posteriormente diretor do “Ministério Imperial para as Regiões Ocupadas no Leste”, declarou em sua defesa:

Sei que minha consciência está totalmente livre da culpa de contribuir para o genocídio. Em vez de operar a dissolução da cultura e do sentimento nacional dos povos do leste europeu, fui encarregado do estímulo de suas condições existenciais físicas e espirituais, em vez de destruir sua segurança pessoal e sua dignidade humana, opus-me comprovadamente e com força total à toda política de medidas violentas, estimei agudamente uma postura justa dos funcionários alemães e um tratamento humano dos trabalhadores orientais.¹⁴

O genocídio contra os judeus não é mencionado por Rosenberg, apesar das tiradas de ódio em seu livro amplamente difundido até 1944, *O mito do século XX. Uma avaliação das lutas formativas da alma e do espírito de nosso tempo*.¹⁵ Nele, fala-se da “[...] idolatria do povo hebraico, parasita e sempre inimigo” e que a “[...] glorificação do judaísmo provocou, muito diretamente, com a liberação da compulsão judaica, a deterioração de nossa cultura e de nossa política.”¹⁶

Será “[...] necessário apropriar-se da palavra de Lagarde sobre os judeus, que não se pode criar triquinhas, mas sim torná-las inofensivas o mais rápido possível.”¹⁷ Rosenberg difundiu o seguinte: “Casamentos entre alemães e judeus devem ser proibidos, *enquanto judeus ainda tiverem permissão para viver em solo alemão*. (É evidente que os judeus devem perder a cidadania e que deve ser estabelecido entre eles um novo direito condizente).”¹⁸ Dentro de 50 anos “[...] o povo nórdico terá de ter cuidado para que não haja mais nenhum negro, nenhum amarelo, nenhum mulato e nenhum judeu em seus

¹² Nürnberger Prozess v. 5, p. 463 e ss.; conforme Nürnberger Prozess p. 444, 450 ss. e 459.

¹³ Nürnberger Prozess v. 18, p. 501.

¹⁴ Nürnberger Prozess v. 22, p. 435.

¹⁵ Munique, 1934. Até 1944 foram impressos 1.075.000 exemplares da edição popular gedruckt; além de 260.000 exemplares da “edição de impressão fina”.

¹⁶ Ibid., p. 12.

¹⁷ Ibid., p. 591.

¹⁸ Ibid., p. 579. De acordo com Rosenberg já em 1934. (grifo nosso).

estados.”¹⁹ “Dignidade espiritual dos povos nórdicos”²⁰ foi a palavra de ordem desse programa de extermínio, complementada com a crítica à humanidade, à democracia e aos direitos humanos:

Graças ao sermão da humanidade e à doutrina da igualdade entre os homens, todo judeu, negro, mulato pode se tornar cidadão pleno de um estado europeu; graças ao cuidado humanitário com cada indivíduo, pululam nos estados europeus instituições de luxo para doentes incuráveis e loucos; graças ao humanismo, mesmo o criminoso reincidente, considerado um homem infeliz, é reconduzido à sociedade na primeira oportunidade, sem consideração dos interesses da totalidade do povo, e não é impedido em sua capacidade de reprodução.²¹

Rosenberg foi condenado à morte e enforcado no dia 16 de outubro de 1946. Outros também afirmaram, como, por exemplo, Werner August Max Schäfer, Diretor de Governo na aplicação de penas do Reich, de março de 1933 a março de 1934 comandante do campo de concentração de Oranienburg, em 1938 chefe da SA, que os presos “[...] jamais foram forçados a nada que de alguma maneira não tivesse a ver com dignidade humana.” E Schäfer adicionou: “É evidente que eles levavam a vida da maneira como a deve levar todo interno em um tal campo.”²²

Os sete “Princípios de Nuremberg”²³ foram ancorados no direito internacional e levaram a uma revolução do direito internacional e do direito penal internacional, em 29 de julho de 1959, por meio da “Comissão Internacional de Justiça” das Nações Unidas, fundada em 21 de novembro de 1947.²⁴

Depois das experiências de injustiça no século XX, a questão sobre a *legitimidade* do direito e do Estado se tornou central. Ela levou a uma avaliação e a uma qualificação do direito positivo, até mesmo com uma orientação em normas universais *de direitos humanos*. A legislação “racial” de Nuremberg e outras leis do nacional-socialismo desafiaram, em 1946, Radbruch²⁵, o importante filósofo do direito e político social democrata de direita da República de Weimar, a tirar as consequências correspondentes com a fórmula batizada com seu sobrenome. Em *Injustiça legal e direito suprallegal*, ele escreveu:

[...] de maneira alguma é de direito tudo “que é útil ao povo”, mas é útil ao povo, afinal, apenas aquilo que é de direito, que cria segurança jurídica e visa à justiça [...]. O conflito entre justiça e segurança jurídica poderia ser resolvido no sentido de que o seguro assegurado mediante regulamentação e poder também tenha precedência quando é injusto no conteúdo e inconveniente, seja porque a contradição

¹⁹ Ibid., p. 668.

²⁰ Ibid., p. 183

²¹ Ibid., p. 202.

²² O processo de Nuremberg, v. 21, p. 109.

²³ Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. Na tradição destes princípios estão os tribunais penais para a antiga Iugoslávia e Ruanda, bem como o Tribunal Penal Internacional estabelecido permanentemente em 2002 em Den Haag.

²⁴ Conferência Geral da ONU, Resolução 174 (II): Outras Resoluções: n. 485 (V) de 12 de dezembro de 1950, n. 984 (X) de dezembro de 1955, n. 985 (X) de dezembro de 1955 e n. 36/39 de 18 de novembro de 1981. Sobre o Estatuto da “Comissão Internacional de Justiça”, Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute_e.pds>.

²⁵ Radbruch (1946, p. 215 e ss. (grifo nosso).

da lei positiva em relação à justiça atinge uma medida tão insuportável que a lei deva ceder à justiça como “direito incorreto”.

A resposta de Radbruch à pergunta sobre a legitimidade do direito fez escola. O que é mostrado, após a introdução do “crime contra a humanidade” no processo de Nuremberg, pelo direito penal internacional que lhe seguiu e pelo Artigo 7º (2) da “Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais” de 04 de novembro de 1959. A norma ‘*nullum crimen, nulla poena sine lege*’ foi tão limitada, “[...] que alguém é condenado ou punido devido a uma ação ou omissão punível no período de seu cometimento de acordo com os fundamentos jurídicos gerais reconhecidos pelos povos civilizados.” (cláusula de Nuremberg).

Mas pertence ao âmbito da problemática “política do passado” na jovem República Federal da Alemanha²⁶ a “lei de anistia”, de 31 de dezembro de 1949,²⁷ complementada por uma segunda lei de anistia, de 17 de julho de 1954, para proteger criminosos nazistas de perseguição penal.

Houve, de fato, na jovem República Federal, a tendência de banalizar os crimes nazistas ou não puni-los. A estatística fala sempre uma linguagem clara. Depois de 6 milhões de judeus e 500.000 ciganos e síntios serem assassinados, 200.000 doentes mentais serem vítimas do assassinato institucionalizado, 3 milhões de prisioneiros soviéticos serem conduzidos à morte, 32.000 opositoristas serem enviados pelos tribunais militares e pela justiça penal política para o cadafalso, 6.201 pessoas foram condenadas à prisão chamadas de colaboradores. Apenas 167 pessoas foram condenadas à prisão perpétua como criminosos nazistas convictos. A desproporção entre crimes de Estado e sua punição é evidente - e esteve em contradição dramática com a Constituição de 1949.

A punição dos crimes nazistas encontrou forte oposição.

Assim, o governo Adenauer decidiu anular em 1952 a determinação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual primeiramente possibilitou a punição dos crimes nazistas por meio do direito internacional. [...] Em uma palavra: a estratégia do governo federal levou a uma reinterpretação do estado nazista como estado de direito - com consequências de longo alcance para o sistema judicial. Assim, a lei de anistia de 1954 (a qual também foi apoiada pela maioria da fração do SPD) declarou ilegais os delitos de autores de violência em cumprimento de ordens no período entre 01 de outubro de 1944 e 31 de junho de 1945, mas suspendeu as sanções penais especialmente para delitos de homicídio - na medida em que a expectativa fosse de uma pena de até três anos de prisão. A construção jurídica para a lei da impunidade teve origem essencialmente em Werner Best, que sob o regime de Hitler foi líder de grupo superior da SS e conselheiro do Escritório Central de Segurança do Reich.²⁸

No *Escrito Comemorativo para Heinrich Himmler*, o Líder da SS e Chefe da Polícia Alemã, o Chefe de Brigada da SS, Dr. Werner Best, Diretor Ministerial, atualmente Chefe

²⁶ Deutscher Bundestag, Drucksache 17/8134, 14 dez. 2011.

²⁷ Frei (1996, 1997, p. 29-53).

²⁸ Perels (2013, p. 38).

de Administração da Guerra, seu posto correspondia ao de um major-general das forças armadas, era substituto de Reinhard Heydrich na condução do “serviço de segurança do Líder da SS”; escreveu em sua contribuição *Questões fundamentais de uma administração de um grande espaço alemão*: “A organização do povo é formada por meio da vontade dos homens individuais. Na organização dos povos, os povos mais fortes impõem aos mais fracos a sua vontade.”²⁹ Em sua “[...] visão de mundo orgânico-popular”,³⁰ com sua concepção do “conceito jurídico popular” dirigido contra a “concepção mecanicista do conteúdo do “direito” como um sistema de direitos e deveres subjetivos” e contra a “época individualista liberal de nossa “história de Estado”³¹ e com a substituição do direito internacional pelo “organizações do grande espaço”,³² Best fundamentou o seu programa político:

A efetivação da vontade política, que o povo alemão sempre forma e expressa por meio do organismo de seu “movimento político” - ou seja, por meio do NSDAP como organismo político da organização do povo alemão - é garantida pelo “princípio de ordem” do NSDAP, segundo o qual todos os responsáveis pela tomada de decisões sobre as funções populares devem ser ao mesmo tempo, como representantes do NSDAP, participantes dessa formação de vontade política.³³

Best, que desde 1943 foi encarregado do Reich na Dinamarca, foi condenado à morte, em primeira instância, em 20 de setembro de 1948, sendo condenado a cinco anos de prisão após recurso e, depois de protestos da Suprema Corte dinamarquesa, a 12 anos de prisão. Em razão da pressão da República Federal, foi solto já em agosto de 1951 e deportado. No início dos anos 1950, Best foi consultor jurídico do partido FDP no Estado de Nordrhein-Westfalen, que reuniu antigas lideranças nazistas em torno do político do FDP e advogado Ernst Achenbach. Dedicou-se com Achenbach, em cujo escritório trabalhou, à lei de anistia³⁴ para criminosos nazistas e à sua reabilitação. Somente foi preso em março de 1969, como criminoso responsável pela organização de grupos de ataque na guerra de agressão contra a Polônia e por inúmeros assassinatos. Em fevereiro de 1972, a promotoria de Berlim o acusou do assassinato de ao menos 8.723 pessoas, realizado com Hitler, Göring, Himmler, Heydrich e Müller. O processo principal, contudo, não foi aberto em decorrência da saúde psíquica de Best. Quando a promotoria emitiu um novo pedido de abertura do processo principal em 1989, ele já estava morto.

O caso de Best é um entre muitos exemplos de que, na República Federal da Alemanha, a injustiça nazista não foi punida por muito tempo ou somente foi punida seletivamente. Em vez disso, o novo Estado integrou ao seu serviço numerosas pessoas

²⁹ Best (1941, p. 35).

³⁰ Best (1941, p. 34).

³¹ Best (1941, p. 36).

³² Best (1941, p. 35). “A concepção de estado de direito e individualista que só via em cada atividade pública a aplicação do direito posto pelos cidadãos ou seus representantes” teria sido “superada pela concepção popular”; na preparação para serviço público diretivo, o “saber jurídico” deveria ser substituído pelo “saber do Estado”, “que resume a história, a doutrina racial, a visão de mundo, a vida econômica e outras áreas”. (BEST, 1941, p.59).

³³ Best (1941, p. 37).

³⁴ Assim, como autor do escrito determinante para a segunda lei de anistia Gesichtspunkte zur Liquidation der politischen Strafsachen einer abgeschlossenen Epoche, conforme Frei (1996, 1997, p. 106).

com carreiras no regime nazista.³⁵ A fundamentação jurídica foi dada com o Artigo 131 da Constituição; o parlamento alemão deliberou, em 11 de maio de 1951, sobre a *lei para a regulamentação das relações jurídicas das pessoas sujeitas ao Artigo 131 da Constituição*, segundo a qual todos os antigos funcionários públicos que não foram classificados como culpados principais ou incriminados poderiam ser novamente empregados.

As repetidas declarações honrosas de Konrad Adenauer a respeito da SS revelam a falta de consciência de injustiça e a mentalidade política restaurativa desse período. Em uma carta oficial, contendo cabeçalho do chanceler, ele escreveu em 17 de dezembro de 1952 ao Líder de Grupo Superior da SS e Coronel geral das SS Paul Hausser:

Muito prezado senhor coronel-geral! Seguindo uma sugestão, comunico que a declaração honrosa feita por mim em meu discurso de 3 de dezembro de 1952 diante do parlamento alemão para os soldados das antigas forças armadas alemãs também abrange os membros da SS, na medida em que eles lutaram exclusiva e honrosamente como soldados pela Alemanha. Com a expressão de uma grande estima, sou o seu Adenauer.³⁶

Em outubro de 1955, Adenauer repetiu em uma carta ao deputado do FDP e antigo general da tropa de tanques das forças armadas Hasso von Manteuffel:

Sei há muito tempo que os soldados da SS foram pessoas corretas. Mas na medida em que não possuímos a soberania, os vencedores decidem nessa questão, de modo que não possuímos meios para exigir uma reabilitação [...] Faça com que fique claro para as pessoas que a SS não fuzilou nenhum judeu, mas que seus soldados excelentes eram temidos pelos soviéticos.³⁷

Por muito tempo não houve na Alemanha Ocidental ou na República Federal tais declarações honrosas para a resistência contra o regime nazista. Era controverso se em 20 de julho de 1944 os que se levantaram contra o regime nazista seriam combatentes da resistência ou traidores. Somente quando, por ação do Promotor geral Fritz Bauer, o antigo Major geral Otto Ernst Remer, que em 1950 esteve entre os fundadores do Partido Socialista do Reich, radicalmente de direita, descreveu os promotores do atentado de 20 de julho como traidores a serviço do estrangeiro, foi condenado em 1952 pela Terceira Grande Câmara Penal do Tribunal Estadual de Braunschweig, por difamação e vilipêndio da memória dos mortos, mudaram a opinião pública e do Poder Legislativo. Bauer entendeu o direito à resistência como direito à legítima defesa e declarou: “Um estado de injustiça, que comete dez mil assassinatos a cada dia, autoriza qualquer pessoa à legítima defesa

³⁵ Dois exemplos: Hans Globke, que participou com liderança da legislação racional nazista e escreveu em 1936 com o Comandante da SS Wilhelm Stuckart um comentário sobre as “Leis de Nuremberg”, tornou-se em 1953 Secretário de Estado na Chancelaria Federal. Willi Geiger foi Líder de Tropa da AS desde 1938; como Promotor no Tribunal de Exceção de Bamberg, obteve no mínimo cinco penas de morte; depois da guerra, ele tornou-se Conselheiro do Tribunal Superior Estadual de Bamberg e em 1949 Diretor da Comissão Constitucional no Ministério da Justiça; em 1959 foi chamado para o Tribunal Federal, onde foi Presidente de um Senado a partir de 1951; ao mesmo tempo, foi de 1951 a 1977 Juiz no Tribunal Federal Constitucional.

³⁶ Disponível em: <<http://www.terra-kurier.de/Adenauer1.htm>>.

³⁷ Disponível em: <http://www.gelsenzentrum.de/deutsche_nazi_karrieren.htm>.

[...] Por isso, profiro a proposição: um estado de injustiça - em oposição ao atual estado de direito - [...] como o Terceiro Reich não é apto à alta traição.”³⁸ Sob iniciativa de Bauer, que, contra o sentimento difundido entre a população, abriu o primeiro processo de Auschwitz no Tribunal Estadual de Frankfurt em dezembro de 1963,³⁹ foi ali instalada uma placa com a frase: “A dignidade do homem é intangível.”

Aquilo que Gustav Radbruch escrevera em 1946 sobre a injustiça nazista foi reprimido por muito tempo. Somente com a sentença de 14 de fevereiro de 1968 o Tribunal Constitucional Federal se referiu à “fórmula de Radbruch”: “1. ‘Às prescrições jurídicas’ nacional-socialistas pode ser negada a validade como direito, se elas contradizem tão evidentemente os princípios fundamentais da justiça, de modo que o juiz que quisesse aplicá-las ou reconhecer suas consequências jurídicas fizesse injustiça em vez de direito.”⁴⁰

E: Direito e justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um “legislador pode organizar tudo de acordo com sua vontade significaria um retrocesso para uma posição espiritual de um positivismo legal desprovido de valorações, já superado há muito tempo na ciência e na prática jurídicas. O período do regime nacional-socialista na Alemanha ensinou que também o legislador pode instituir a injustiça.”⁴¹

“A injustiça instituída, que fere claramente os fundamentos constituintes do direito, não se torna direito ao ser aplicada e seguida.”⁴²

2 A “DIGNIDADE HUMANA” NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA

Na história alemã, a “Constituição da República Federal da Alemanha”,⁴³ que entrou em vigor em 23 de maio de 1949 e foi em grande medida determinada pela “Declaração Universal dos Direitos Humanos” de 10 de dezembro de 1948, significa um “[...] contraprograma ao desrespeito totalitário pelo indivíduo”⁴⁴ em razão da posição central da norma da dignidade. Um “contraprograma” aponta para o fato de que a norma da intangibilidade da dignidade humana foi anteriormente violada:

A norma de dever posta com a garantia constitucional da dignidade humana tem sua razão de surgimento primeiramente no fato essencial de sua pressuposição [...] de que no estado de injustiça e força, que nos precedeu, as *violações da dignidade humana* foram a “norma” no sentido (do conceito normativo sociológico) da “*prática factual*”. Exatamente essas violações e ameaças à dignidade humana experimentadas historicamente foram responsáveis por levar os legisladores a se

³⁸ Bauer (1998, p. 26). Para o apelo de Bauer em favor do direito de resistência contra o estado de injustiça, conforme também de Bauer (1962, 1965).

³⁹ Na sentença abrangente - LG LG Frankfurt/Main e 19 e 20 de agosto de 1965, 4 Ks 2/63, disponível em: <<http://www.holocaust-history.org/german-trials/auschwitz-urteil.shtml>> - que contém uma história detalhada do sistema de campos de concentração nazistas, sempre se fez referência à “dignidade humana”.

⁴⁰ BVerfGE 23, 98, Princípio 1.

⁴¹ Ibid., (30).

⁴² Ibid., Princípio 3 e v. 31.

⁴³ Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf>>.

⁴⁴ Dreier in Dreier 2004, Artigo 1 I, Rn. 40. Cf. Goos 2011.

ocuparem expressamente com esse fato em vista não apenas de nosso passado, mas também visando o presente e o futuro. Como sempre, é aqui a injustiça de que se destaca o direito.⁴⁵

Na literatura de direito constitucional, nos comentários à Constituição e em decisões do Tribunal Constitucional Federal, o Artigo 1, Parágrafo 1, é descrito como “norma fundamental”,⁴⁶ “princípio constitucional fundamental”⁴⁷ e “valor constitucional mais elevado”,⁴⁸ como “‘valor jurídico supremo’ no interior da ordem constitucional”,⁴⁹ como “a raiz de todos os direitos fundamentais” e “incomparável com qualquer direito fundamental singular”,⁵⁰ como “a ‘norma-chave’ para a compreensão de toda a Constituição”⁵¹ ou também como garantia constitucional com “[...] o significado de um direito humano supremo”.⁵² Com todas essas caracterizações está ligada a admissão do “efeito de penetração” do direito à dignidade humana “[...] sobre os outros direitos fundamentais e dos direitos a eles equiparados.”⁵³

A norma fundamental, a “[...] norma basilar para os direitos fundamentais subsequentes”⁵⁴ é a seguinte:

- a) a dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público;
- b) o povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo;
- c) os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A dignidade humana se refere aos *direitos humanos* por meio do Artigo 1, parágrafo 2 da Constituição:

O parágrafo 2 esclarece que os direitos fundamentais da constituição “também devem ser entendidos como expressão dos direitos humanos e os incorporou como padrão mínimo” [...] Direitos humanos são direitos fundamentais que pertencem ao humano em virtude de sua natureza [...] e que também estão ancorados no direito internacional [...] O parágrafo 2 esclarece, além disso, que os direitos humanos não servem apenas ao seu portador, mas também devem ser entendidos

⁴⁵ Maihofer (1968, p. 25 e ss).

⁴⁶ Conforme BVerfGE 27, 344 (351); 32, 273 (379); 34, 238 (245).

⁴⁷ BVerfGE 6, 32 (36).

⁴⁸ BVerfGE 109, 279 (115).

⁴⁹ Münch e Kunig (2012).

⁵⁰ BVerfGE 93, 266 (116).

⁵¹ Hillgruber in Epping/Hillgruber 2009, Überblick (vor Rn. 1).

⁵² Maihofer (1968, p. 103).

⁵³ Hönig (2009, p. 33).

⁵⁴ Hain (1999, p. 190). Conforme BVerfGE 93, 266 (116), 10 out. 1995 (“Soldados são assassinos”) com a conclusão de que “[...] todos os direitos fundamentais são concretizações do princípio da dignidade humana.”

como *fundamentação* de toda “boa” sociedade humana e, com isso, também da ordem fundada pela constituição.⁵⁵

Do princípio de que a pessoa e sua dignidade foram o ponto de referência e o limite de todo o exercício de poder pelo Estado seguem os princípios do Estado de direito e social. A ordem jurídica e estatal deve garantir determinadas garantias da dignidade *no horizonte do direito dos direitos humanos*:

- a) a segurança da vida e a liberdade do medo existencial;
- b) a segurança diante da discriminação devida a gênero, raça, religião, língua e origem social;
- c) o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade de opinião e de crença;
- d) a proteção diante do uso arbitrário da violência;
- e) o respeito dos direitos fundamentais à vida e à integridade corpórea e física.⁵⁶ Os cidadãos têm o direito à resistência contra um Estado que fere, com os direitos fundamentais, também a sua dignidade.⁵⁷

A cláusula constitucional sobre a “inviolabilidade da dignidade humana” é uma *norma jurídica*⁵⁸ incondicionalmente formadora, que expressa a “[...] autorrelativização do poder sujeito ao direito.”⁵⁹ Ela dá nome à relação entre indivíduos como destinatários do respeito e da proteção e o Estado; dela segue “[...] um terceiro efeito imediato”⁶⁰ à medida que o Estado é obrigado a proibir ou punir juridicamente também as violações à dignidade de pessoas por pessoas. Incontestável “como o caráter fundador é também o caráter jurídico-normativo do Artigo 1, I, da Constituição. Não se trata apenas de uma norma programática, de um reconhecimento ético, de uma demonstração festiva ou de uma declaração motivacional com caráter de preâmbulo, mas de uma *norma imediatamente compulsória do direito constitucional*.”⁶¹

A cláusula jurídica sobre a inviolabilidade da dignidade não é uma norma descritiva. O fato de que a dignidade humana é inviolável corresponde à forma de normas jurídicas normativas nas constituições: o “dever” é soletrado como “ser”, e esta é a forma mais forte de normatividade.⁶²

⁵⁵ Jarras e Pieroth (2012, Rn. 26).

⁵⁶ Conforme AK-GG Podlech, Artigo 1, Parágrafo. 1, Rn. 18-22.

⁵⁷ Constituição Artigo 20 (4): “Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.”

⁵⁸ Conforme Münch e Kunig (2012, Rn. 18): “O conceito de ‘dignidade humana’ é um conceito jurídico. Que ele seja em grande medida indeterminado não lhe tira a qualidade de conceito jurídico.”

⁵⁹ Herdegen (2005), GG Artigo 1 Parágrafo. 1. In: Maunz e Dürig (1994, 2004), GG-K. 65. Ergänzungslieferung (2012, Rn. 1).

⁶⁰ De acordo com Herdegen (2005, Rn. 70).

⁶¹ Dreier in Dreier 2004, Artigo 1 I, Rn. 42.

⁶² As palavras “deve/dever” não aparecem na Constituição com exceção do Artigo 14, Parágrafo 2: “A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum,” Artigo 23, Parágrafo 6; Artigo 36, Parágrafo 1 e Artigo 90, Parágrafo 2.

O conceito de dignidade não parte de nenhum outro fato além de sua violabilidade. Se os seres humanos fossem criados por Deus ou pela natureza de maneira tal que suas necessidades, interesses e ações fossem compatíveis umas com as outras em harmonia universal, então a proteção da dignidade não seria um assunto. A dignidade se torna um assunto porque o conflito e a violação fazem parte da dinâmica histórica da vida humana. O conceito de dignidade tem a função, em uma “[...] situação de emergência da liberdade,”⁶³ de estabelecer um símbolo da “busca pela certeza de que, diante de toda experiência histórica, o homem não pode ser finalmente destruído”⁶⁴ - um símbolo de que a dignidade não protege a si mesma, mas precisa de proteção jurídica. “Dignidade humana” é uma “[...] categoria de pesquisa por déficits em humanidade na facticidade.”⁶⁵ A norma da dignidade é um “[...] baluarte contra o Leviatã”⁶⁶ e um *tabu*⁶⁷ que não pode ser tocado se a ordem jurídica não tiver que desmoronar. A inviolabilidade da dignidade de cada ser humano é um axioma desta ordem jurídica, um ponto de partida inquestionável, fundamentação intelectual sem a qual o pensamento nessa Constituição não é possível.”⁶⁸

Somente na *norma jurídica* a dignidade se tornará a última fundamentação de direitos a que todos os indivíduos têm direito⁶⁹ e cuja proteção deve ser garantida pelos estados, interculturalmente, coletivamente, politicamente, socialmente e culturalmente, sem ressalvas ou condições restritivas. A validade da norma da inviolabilidade, do respeito e da proteção da dignidade permanece intocada em seu núcleo pela disputa sobre as fundamentações éticas, teológicas, de direito natural ou positivo. De acordo com o direito constitucional, ela é protegida pela “barreira de conteúdo essencial” (garantia de eternidade) do Artigo 19, Parágrafo 2, e do Artigo 79, Parágrafo 3 da Constituição, que impõe ao Legislador alterador da Constituição limites de ação intransponíveis.⁷⁰ Esse princípio faz parte das conquistas essenciais da Constituição. As decisões fundamentais desta “[...] devem ser concebidos como ‘sistema interno’ consistente da constituição, o qual se baseia na dignidade humana.”⁷¹ A incondicionalidade da garantia à dignidade exclui o conceito da legislação sobre essa norma constitucional: “Dignidade é condição da democracia e por isso não está à sua disposição.”⁷²

⁶³ Kühnhardt (2002, p. 76).

⁶⁴ K. Hilpert, Menschenwürde. In: ThK, v. 7, Sp. 135.

⁶⁵ Bayertz (1995, p. 471).

⁶⁶ Bayertz (1995, p. 471).

⁶⁷ Também em Pieroth e Schlink (1994, Rn. 386), fala-se da “[...] função da garantia da dignidade humana como limite tabu.”

⁶⁸ Kirchhof (2008, p. 41).

⁶⁹ Indivíduos também são autorizados a ações no Tribunal Constitucional Federal (BVerGE). O Artigo 93 (4a) da Constituição decide sobre “[...] ações constitucionais que podem ser iniciadas por qualquer um com a afirmação de ter sido ferido em um de seus direitos fundamentais ou um de seus direitos contidos no Artigo 20, parágrafos, 33, 38, 101, 103 e 104.”

⁷⁰ Artigo 19 (2) da Constituição: “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência,” em conexão com o Artigo 79 (3): “Uma modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20.” Sobre as fundamentações histórico-dogmáticas do Artigo 79, Parágrafo 3 da Constituição, conforme Hain (1999, p. 35-46).

⁷¹ Hain (1999, p. 34).

⁷² AK-GG Podlech, Artigo 1 Parágrafo 1, Rn. 16.

A “dignidade da pessoa humana” se tornou um conceito jurídico para caracterizar aquilo que é humano no ser humano e que deve, por isso, ser respeitada e protegida.⁷³ Três aspectos devem ser destacados:

a) o conceito de “dignidade da pessoa humana” não pode ser mal compreendido, de maneira essencial, como conceito *de substância*; trata-se de um conceito *funcional*. Ele funciona como o todo das partes das concretizações “subsequentes” de direitos fundamentais, dos quais segue que tudo o que leva à desumanização do homem deve ser considerado como violação e atentado da dignidade humana; como “curin-ga” para estas concretizações ele tem a função de revelar o grau não aceitável da desumanidade das violações. Assim se revela

[...] qual sentido possível e bom de uma concepção da indisponibilidade da dignidade humana integrada ao direito pode surgir. Na medida em que essa pergunta possa ser respondida de maneira positiva, o debate sobre o status da dignidade humana, como conceito pré-jurídico, religioso ou ao menos filosoficamente determinado ou conceito jurídico puro genuinamente positivo, perderia seu estímulo: ela seria necessária também e exatamente como assentamento. Ela perderia o resplendor metafísico do necessário *a priori*, mas poderia conservar seu conteúdo essencial na roupagem pragmática do que se oferece *a posteriori*. Como perspectiva remanescente imanente ao direito, ela não se submeteria, além disso, à pretensa coerção de se ocupar com a questão do processamento e da recepção jurídicos de representações ético-morais de maiorias ou minorias na sociedade.”⁷⁴

- b) o conceito de “dignidade da pessoa humana” deve ser utilizado de maneira tal que faça referência ao pertencimento do homem à espécie e não implique em restrições resultantes de teorias especiais que excluam determinadas pessoas - como, por exemplo, no caso de falta de liberdade da vontade, de racionalidade e de responsabilidade;
- c) o conceito constitucional de “dignidade humana” é por bons motivos, *indefinido* na Constituição e *não precisa de fundamentação*: o “[...] ato de reconhecimento desprovido de pressuposições [...] elimina - e aí está a sua normatividade especial - definitivamente a questão da fundamentação [...]: De agora em diante ele deve ser inquestionável e a dignidade humana deve ser considerada inviolável sem ‘se’ ou ‘mas’ e assim - transcrita com o enunciado do Artigo 1, Parágrafo 1 da Constituição - ser reconhecida a posição especial do ser humano. Sobre a demonstrabilidade do enunciado, sobre a plausibilidade de uma explicação assemelhada não se precisa (mais) tratar no campo dessa constituição. Cada discussão da questão sobre a fundamentação que fosse adequada para relativizar o dado normativo da inviolabili-

⁷³ Conforme Vgl. Sandkühler (2010a).

⁷⁴ Ladeur e Augsberg (2008, p. 2 e ss).

dade, seja ele empírico (histórico ou natural-científico), seja metafísico-religioso e relacionado à visão de mundo, é retirada de campo devido à constituição.”⁷⁵

A “objeção filosófica da falta de uma última fundamentação normativa” feita contra o Artigo 1, Parágrafo 1 da Constituição é irrelevante. O argumento de Hain é certo:

*Se o Artigo 1, Parágrafo 1 da página 1 da Constituição incorpora determinados princípios de filosofia prática ao direito, essa determinação se deve, ainda assim, a uma resolução do legislador, que converte a norma em uma parte integrante do direito positivo vigente. O ato da resolução pode ser interpretado, da perspectiva prática, como uma ruptura de um regresso infinito de fundamentação e, em referência a decisões práticas em virtude de uma decisão, ser observado à maneira da teoria constitucional [...] a decisão legislativa fundamental poderia ser substituída por outra, no âmbito da ordem constitucional positiva vigente, contudo, a dignidade humana não precisa ser adicionalmente fundamentada e também, na medida em que o ato da resolução constituinte é aceito como validador para o direito constitucional positivo.*⁷⁶

Este pode parecer um argumento do positivismo jurídico ou puro decisionismo e desagradar aos que insistem em continuar com a disputa teórica sobre “fundamentações”, discuti-la e conduzi-la a uma decisão. Mas quem sabe que sua dignidade foi ferida e espera a proteção jurídica não tem tempo para esperar tal decisão. Que a dignidade humana seja assegurada e aceita devido ao ato da resolução constituinte como fundadora de dignidade para o direito constitucional positivo é indispensável por motivos *pragmáticos*. Martina Hermann formulou o argumento certo em sua convincente “justificação pragmática para um conceito impreciso de dignidade humana”:

Uma discussão acerca da base normativa para um conceito intencional e extensionalmente devido de dignidade humana enfraqueceria a coalizão existente, porque abre e acentua as diferenças dos partidos na fundamentação desse objetivo, em vez de acentuar o objetivo em comum. Esse objetivo em comum, a rejeição da discriminação, da tortura e do assassinato em massa, é um dos poucos pontos normativos fixos da cooperação internacional. A referência comum à “dignidade humana” estabiliza a cooperação para a proteção do ser humano, também em virtude da ilusão de uma base comum de valores para o objetivo em comum. Isso não é bom porque se poderia provar independente e objetivamente. Ao contrário, isso é bom se observado de qualquer base de valores que aceita um grupo. [...] É o fundamento pragmático mais evidente para a sustentação do conceito de “dignidade humana” que serve à coalizão contra a discriminação e a aniquilação de seres humanos.”⁷⁷

A obrigação positivada na norma constitucional do respeito e da proteção da dignidade humana surge da formação humana de vontade na esfera do direito: ela significa não

⁷⁵ Enders (2009, p. 71 e ss).

⁷⁶ Hain (1999, p. 228).

⁷⁷ Hermann (2003, p. 71).

querer ouvir falar se a dignidade pode ser atribuída ou não a seres humanos. Schürmann argumenta que:

[...] essa dignidade não seria atribuída aos membros da espécie *homo sapiens* como uma característica determinante dada - nem pela natureza, nem pela imagem e semelhança de Deus, nem pela razão -, mas sim como atribuição, como constituído declarado politicamente e positivado pelo direito internacional. Que os seres humanos já nasçam na dignidade é evidentemente uma determinação metafórica que destaca a vontade declarada de que, por esse motivo, sejam atribuídos aos seres humanos direitos iguais e dignidade igual, porque e na medida em que eles nascem no interior da comunidade dos seres humanos. Porque e na medida em que eles são como nós mesmos, são atribuídos os mesmos direitos e a mesma dignidade aos recém-nascidos que a nós. Esse postulado, contudo, é *necessariamente* metafórico: ele não quer dizer exatamente uma característica inata em sentido literal - da maneira como todos os seres humanos nascem, por natureza, com um nariz -; mas a determinação do nascer transporta igualmente a validade *categórica, inquestionável* dessa atribuição. A atribuição da dignidade é uma atribuição absoluta e não uma relativa: dignidade e não um “prêmio”, para falar com Kant. Os direitos humanos declaram que a dignidade é *atribuída* aos seres humanos, *porque* a eles é atribuída dignidade. Isso não é uma tautologia *aqui*, e essa palavra indica o lugar da fundação transcendental, mas se dirige contra a insinuação de que a dignidade só seria atribuída aos seres humanos por boas razões.⁷⁸

O direito e os direitos, como “[...] relação normativa entre diversos sujeitos jurídicos,”⁷⁹ originam-se de suas fontes: (i) algo que é devido, mas que ainda não tem forma jurídica; são devidos e devem assumir forma jurídica os direitos individuais integrados a concepções morais sobre respeito e proteção da dignidade humana e de igualdade, liberdade e justiça. Mas porque (ii) desse dever, que repousa no interesse próprio bem entendido de todos, cujos destinatários são, em primeira linha, terceiros, não segue forçosamente um comportamento e uma ação correspondente em relação a todos, os direitos morais são delegados ao direito⁸⁰. O *dever* moral fundamenta como tal apenas a *esperança* de que, em relação aos seres humanos que vivem agora e também em relação às gerações futuras, todos ajam de acordo com suas reivindicações morais e com as obrigações delas resultantes. A esperança expressa que ainda não se é como se deve ser, mas que se pode ser como se deve ser.⁸¹ Como a esperança pelo respeito e pela proteção da dignidade humana é decepcionada, ela se liga com a ideia transindividual de que deveriam ser criadas, para todos, condições iguais de efetivação: condições de possibilidade que são mais adequadas para serem afiançadas do que em vista da fraqueza moral que poderia ser esperada dos indivíduos abandonados a si mesmos com suas esperanças - *condições de possibilidade do império do direito*.⁸² “Alcançar uma configuração racional das relações sociais por meio

⁷⁸ Schürmann (2007, p. 168).

⁷⁹ Sieckmann (1995, p. 165).

⁸⁰ Conforme Sandkühler 2007.

⁸¹ Schweidler (2012, p.12), fala nesse sentido, com razão, de princípio de dignidade como “[...] a construção da ponte entre o ‘ser’ e o ‘dever.’”

⁸² O conceito de “império do direito” soa estruturalista e, assim, como se tratasse de uma supressão do conceito de “sujeito jurídico/pessoa jurídica” na perspectiva de uma autopoiese e autorreferencialidade do direito; essa impressão

do direito racional - essa esperança é um elemento fundamental da tradição política de nossas sociedades ocidentais modernas.”⁸³

A possibilidade do império do direito e da configuração racional das relações sociais esbarra justamente nesta tradição política, nos limites da identificação dos sujeitos jurídicos com o “povo”⁸⁴ e sua identificação com o estado nacional. Quando se fala hoje do “povo” como fundamento do poder do Estado e como sujeito da legitimação democrática, então se quer dizer com isso o estado nacional - para o Tribunal Constitucional Federal mesmo ainda sob condições de *estatalidade transnacional* - “os cidadãos nacionais”.⁸⁵ O Tribunal Constitucional Federal rejeitou a suposição de que com o crescimento da parcela de estrangeiros na Alemanha “o conceito jurídico constitucional de povo teria experimentado uma mudança de significado”. A interpretação constitucional disso resultante, no horizonte do conceito de “povo”, impõe o problema, sob as condições de sociedades pluralistas, plurais também em sentido étnico, da inclusão de todos os seres humanos vivendo em um território para *uma* comunidade jurídica, não apenas no direito eleitoral: a insinuação de uma mudança de significado no conceito de “povo” seria até mesmo “correta no ponto de partida”, mas não poderia “[...] conduzir a uma dissolução do elo entre a propriedade como alemão e o pertencimento ao povo nacional como portador do poder estatal. Tal caminho é vedado pela constituição.”⁸⁶

Com essa concepção, o Tribunal Constitucional Federal permanece com um *status quo* que Habermas descreveu em *A Constelação Pós-nacional e o Futuro da Democracia* da seguinte maneira: “A mobilização política dos ‘subalternos’ exige [...] uma integração cultural dos povos que foram a princípio agrupados ao acaso. Esse desiderato satisfaz a ideia de nação, com cuja ajuda os cidadãos do país [...] formam uma nova forma de lealdade coletiva.”⁸⁷

Esse *status quo ante* é há muito tempo um anacronismo em vista da indivisibilidade da dignidade humana e da universalidade dos direitos humanos. Sua defesa leva a “[...] tensões entre o universalismo da dignidade humana e o particularismo de uma nacionalidade.”⁸⁸ É com razão que Lohmann, no contexto da “interpretação republicana de dignidade humana” por ele defendida, exige que

[...] todos os seres humanos possam determinar conjunta e democraticamente os direitos humanos, não apenas como cidadãos ativos, mas que também sejam

não é intencional; o acento está na diferença com todo o otimismo com o sujeito e com as expectativas exageradas sobre a adequação a priori da moral privada com os direitos de terceiro a “sujeito jurídico/pessoa jurídica”. Isso já estava dito na Constituição de Massachusetts (1780), em que se diz no Artigo 30: “[...] government of laws, and not of men”. J.Habermas (1994, p. 160) formula de maneira semelhante: “O código jurídico é dado aos sujeitos jurídicos [...] como única língua em que podem expressar sua autonomia.”

⁸³ Peters (1991, p. 12).

⁸⁴ Ver criticamente a Parte IV de Demokratie, Parágrafo 9.6 ›Volkssouveränität. In Sandkühler (2013).

⁸⁵ BVerfGE, 2 BvE 02 ago 30 jun. 2009 (229). “Ponto de partida de todo o poder do Estado e, com isso, o sujeito da legitimação democrática é, segundo o Artigo 20, Parágrafo 2, o povo. Este, nesse sentido, é, em visão exagerada, o povo do Estado da República Federal da Alemanha. O povo do Estado é formado fundamentalmente dos cidadãos nacionais alemães; de acordo com isso há os alemães de status conforme o Artigo 116, parágrafos 1, 2 e 3. (Grzeszick in Maunz/Dürig, GG-K, 63. Primeira Edição 2011, Artigo 20, Rn. 79).

⁸⁶ BVerfGE 83, 37 (52).

⁸⁷ Habermas (1998, p. 99).

⁸⁸ Lohmann (2012, p. 156).

crescentemente “postos” e reconhecidos em papéis transnacionais de cidadania (regionalmente, por exemplo, como cidadãos da UE, e globalmente, como cidadãos do mundo).⁸⁹

No âmbito de uma constitucionalização do direito internacional que avance até uma constituição de direito mundial, um Estado deve [...] respeitar, proteger e apoiar em seus direitos também pessoas que se mantêm por acaso ou até mesmo ilegalmente em seu território [...]: a) porque esse Estado se obrigou politicamente com o respeito de sua dignidade humana por meio da adesão aos pactos de direitos humanos, b) porque ele é eventualmente obrigado a isso por sua constituição e c) porque, do ponto de vista moral, também independentemente de tal adesão explícita, ele também é obrigado a isso. A “dignidade humana” funciona aqui como uma última e fundadora orientação, que exige o igual tratamento legal a cidadãos e não cidadãos e também, de acordo com os pactos de direitos humanos, determina a extensão de seus respectivos direitos.”⁹⁰

3 DIGNIDADE HUMANA E DIREITOS HUMANOS

Na Constituição alemã, a dignidade humana e os direitos humanos⁹¹ são ligados de maneira inseparável pelo Artigo 1º, Parágrafo 2: “O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.”

A dignidade humana e o império do direito dos direitos humanos são ligados entre si pelo conector “por isso”: a dignidade humana “[...] não pode ser violada sem que, ao mesmo tempo, um direito humano seja ferido e, inversamente, nenhum direito humano pode ser tangido sem que, ao mesmo tempo, a dignidade do homem sofra.”⁹² A dignidade é condição de possibilidade do direito - entendido como direito “correto”, ou seja, como direito justo; e sem o direito correto, que implementa os direitos humanos positivados na *democracia*, não há proteção da dignidade humana:

De acordo com o preâmbulo da declaração universal dos direitos humanos, a dignidade é a fonte das normas dos direitos humanos e a tarefa principal dos direitos humanos consiste em proteger os direitos humanos. A dignidade humana forma o mesmo núcleo e o fundamento dos direitos humanos, a dignidade, contudo, é protegida pela efetivação dos direitos. Esse efeito recíproco entre dignidade e direitos se concretiza, sobretudo, nos processos de efetivação dos direitos humanos.⁹³

Isso é refletido por documentos internacionais, como a “A Declaração e o Programa de Ação de Viena” da Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993:

[...] em reconhecimento e afirmação do fato de que todos os direitos humanos derivam da dignidade e do valor inerentes à pessoa humana e de que a pessoa huma-

⁸⁹ Lohmann (2012, p. 156).

⁹⁰ Lohmann (2012, p. 164 e ss).

⁹¹ Conforme Sandkühler (2010b e 2013).

⁹² Herzog (1987, p. 25).

⁹³ Peccoud (2005, p. 94).

na é o sujeito jurídico central dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e deve, por isso, ser também seu beneficiário principal e participar ativamente da efetivação desses direitos e liberdades.⁹⁴

Que a dignidade humana seja o fundamento dos direitos humanos e seja protegida neles. Protegida não significa que o conceito de dignidade humana seja “redundante”. Em vez disso, segue-se que: *Primeiramente na proposição jurídica, no conceito de dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e como norma fundamental da constituição é possível uma compreensão adequada daquilo que deve ser protegido pela garantia da dignidade: a igualdade e a liberdade de todos os que são seres humanos.*

Seres humanos são seres humanos como *indivíduos*. Se afirmações existenciais com o verbo “ser” são vinculadas ao mundo empírico, então não há o ser humano, nem a pessoa, nem o sujeito, nem a sociedade. Há este indivíduo. *Um ser humano, cada ser humano tem o direito ao respeito e à proteção de sua dignidade.*⁹⁵ Ao mesmo tempo, a “dignidade” é um conceito relacional, no qual é inscrito o respeito recíproco de todos os indivíduos. Da “humanidade”, da qual falaram e ainda falam os filósofos, não pode ser tirada nenhuma dignidade. Ela é tirada *deste* indivíduo, *desta* pessoa.

Está certa a afirmação de que apenas o direito ao respeito e à proteção da dignidade humana é violável? A afirmação de alguns filósofos da ética e teólogos, juristas e políticos, mesmo em decisões do Tribunal Constitucional Federal,⁹⁶ de que apenas o direito ao respeito da dignidade poderia ser tangido, mas não a própria dignidade, é sofisticado. Injustiça, discriminação, pobreza, exclusão e tortura mostram a violabilidade dos seres humanos; roubam-lhes seu direito a uma vida humanamente digna.

Havia um homem da Bósnia; uma vez eles lhes quebraram a mão direita e, na segunda vez, a mão esquerda. Outro se chamava Seddeeq e vinha do Turcomenistão; eles prenderam suas duas pernas e a torceram na direção de suas costas [...] Havia um homem do Norte da África, não sei mais de qual país; eles bateram em seu olho e ele perdeu esse olho.”⁹⁷ É possível tirar a dignidade; isso ocorre no mundo todo.⁹⁸

A resistência contra a injustiça e a compreensão da necessidade de que os direitos humanos assumam forma jurídica formam o horizonte histórico da “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, de 10 de dezembro de 1948:

⁹⁴ Dok. Nr. A I CONF.157123 v. 12, luli 1993. In: Gleiche Menschenrechte für alle. Dokumente zur Menschenrechtsweltkonferenz der Vereinten Nationen in Wien 1993, hg. v. der Deutschen Gesellschaft für die Vereinten Nationen, Bonn (1994, p. 13).

⁹⁵ “A dignidade humana de cada um é protegida, não apenas a dignidade ‘dos’ seres humanos, portanto, da ‘humanidade.’” (MÜNCH; KUNIG, 2012, Rn. 17).

⁹⁶ De acordo com BVerfGE 87, 209 (228): A dignidade “[...] não pode ser tomada de nenhum ser humano. Violável é apenas o direito ao respeito que resulta dela.” De acordo com isso, Kirchhof (2008, p. 48).

⁹⁷ Khalid Mahmoud al-Asmar, preso em Guantánamo. In: Hier spricht Guantánamo. Roger Willemsen interviewt Ex-Häftlinge, Frankfurt/M, 2006, p. 57. Sobre Guantánamo: United Nations Human Rights Experts Express Continued Concern About Situation of Guantánamo Bay Detainees. UN-Press Release HR/4812, 04 fev. 2005. Disponível em: <http://www.un.org/News/Press/docs/2005/hr4812.doc.htm>.

⁹⁸ Conforme relatórios de países da Amnesty International Disponível em: <http://www.amnesty.de/laenderberichte> e relatórios anuais; zu 2012: <http://www.amnesty.de/amnesty-international-report-2012>.

Artigo I. Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Artigo II. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição [...]⁹⁹

A *experiência da injustiça* foi o motivo para que fossem ligados no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos dois aspectos essenciais para a compreensão da dignidade humana:

- a) “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.”;
- b) a afirmação do “reconhecimento da dignidade inerente” pode ser mal compreendida no sentido existencialista de uma metafísica da dignidade, ela não estaria no contexto de *direitos* inalienáveis iguais, porque a dignidade humana não se garante por força própria, é necessário - assim como aos direitos humanos - “[...] protegê-la por meio do império do direito.”¹⁰⁰ Um terceiro aspecto deve ser considerado: se os direitos humanos surgiram da experiência de injustiça, então isso é fundamentado pela temporalidade e pela imperfectibilidade. Eles se desenvolveram, eles se desenvolverão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi precedida por uma declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 10 de maio de 1944, que se apoiou na Constituição da OIT de 1919,¹⁰¹ em cujo preâmbulo está escrito que: “A paz mundial só pode ser construída, a longo prazo, sobre a justiça social.” Sobre o ponto de partida político-social da Constituição foi declarado no preâmbulo que haveria “[...] condições de trabalho, para um grande número de seres humanos, ligadas a tanta injustiça, miséria e privações, que surge uma insatisfação que ameaça a paz e a harmonia mundial.” A declaração da OIT de 1944 se tornou pioneira para a Declaração Universal dos Direitos humanos, principalmente em razão dos seguintes princípios:

⁹⁹ Joas (2009, p. 5), coloca: “O acento da unidade da espécie humana no Artigo 1 é conscientemente dirigida contra a destruição teórico-racial do universalismo. O acento sobre o ‘right to life’ no artigo 3 é igualmente referido de maneira consciente à eutanásia nacional-socialista praticada contra deficientes. O artigo 4 se dirige contra a escravidão e a ‘servitude’, para castigar crimes como os experimentos médicos dos médicos nazistas práticos contra deficientes mentais e físicos.”

¹⁰⁰ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, Resolução da ONU n. 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948, preâmbulo.

¹⁰¹ Também a fundação da OIT no ano de 1919 esteve em conexão direta com a experiência de injustiça da Primeira Guerra Mundial. A Constituição da OIT - modificada diversas vezes até 1979 - foi criada no âmbito da Conferência de Paz de Paris pelo “Acordo para a Legislação Internacional” e elaborada como Parte Constituinte XIII do Acordo de Paz de Versailles.

a) [...] todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades. b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional [...]

Direitos humanos - em sua *unidade* como direitos civis e políticos, bem como econômicos, sociais e culturais - são “[...] direitos (que devem ser) atribuídos a cada ser humano independentemente de todas as suas outras características, apenas em virtude de sua humanidade.”¹⁰² Essa é uma proposição simples, não óbvia. Já se ligam problemas a essa determinação conceitual geral. Eles resultam do fato de que aquilo que é “atribuído” ser, ao mesmo tempo, “devido”. A dignidade e os direitos - como pensado pela metafísica e pelo direito natural - são atribuídos aos seres humanos “pela natureza”¹⁰³ e de maneira imutável? Ou eles devem lhes ser atribuídos - como pensado pelo direito e pelo pragmatismo político - à medida que direitos morais em transformação na história assumem a forma jurídica e lhes cabem como direitos positivados?

Como caminho entre a Cila do direito natural metafísico anterior pré-iluminista e a Caríbdis de um positivismo jurídico “duro” que separa estritamente direito e moral, oferece-se um argumento “transcendental” no sentido da fundamentação da “norma fundamental” por Hans Kelsen. Ele não tem um correlato empírico, mas deve ser aplicado como condição de possibilidade de uma fundamentação defensável do sistema jurídico: os seres humanos não concedem uns aos outros os direitos humanos, que não são conferidos primeiramente no Estado - mas que também não existem de maneira preestatal¹⁰⁴ - para se protegerem do poder estatal repressor, da violência e da violação por indivíduos e grupos. Os direitos de seres humanos para seres humanos existem apenas em sentido *justaestatal* (contiguamente ao Estado), bem como o indivíduo existe como *justaestrutura* à sociedade, a qual não pode ser reduzido. Isso também vale para a dignidade humana. Pertence a esse argumento transcendental que, no Estado democrático de direito, que é obrigado a proteger “os direitos constitucionais de liberdade e igualdade em virtude da dignidade humana do indivíduo”, deva ser suposto: o direito ao respeito e à proteção da dignidade humana resulta que *todos a reconhecem para todos*. Aquilo que Hegel disse para o processo da autoconsciência também vale aqui: “Eles se *reconhecem como aqueles que se reconhecem mutuamente*.”

O direito ao respeito e à proteção da dignidade não é nem preestatal nem suprapositivo, como o afirmou, por exemplo, Kirchhof:¹⁰⁵ “A fonte do surgimento para a

¹⁰² Tomuschat (2009, p. 1).

¹⁰³ “Se pudéssemos dizer [...], mesmo em modo antiquado de discurso, que a dignidade humana seria atribuída por natureza aos seres humanos e lhes sustentasse, então teríamos que reconhecer que a situação da sociedade, em que a dignidade humana do ser humano é garantida: a situação cultural não é modo algum produzida ‘pela natureza’; ao contrário, ela precisa do extremo esforço do ser humano para ser produzida e mantida.” (MAIHOFER, 1968, p. 28).

¹⁰⁴ O caráter “pré-estatal” dos direitos fundamentais e dos direitos humanos é acentuado com frequência; por exemplo, Enders 1997, p. 501 ss; Opostamente, Dreier (2004), observações sobre o Artigo 1 da constituição, 70, e artigo 1 I, IBID, 1.

¹⁰⁵ Kirchhof (2008).

proposição jurídica do Artigo 1, Parágrafo 1 da Constituição é suprapositivo, a fonte de conhecimento no texto da Constituição é positiva.”

Pressupondo abertura de fundamentação, os direitos humanos universais positivados são concretizações do valor moral fundamental e da norma jurídica basilar da intangibilidade da dignidade humana. Os direitos humanos também são, com um efeito terceiro imediato - ou seja, para além dos Estados também como indivíduos e grupos - normas compulsórias, se não forem positivados no direito interno do Estado; exigem um comportamento que se estende ao reconhecimento e ao respeito da dignidade humana e dos direitos de toda uma vida humanamente digna.

O direito dos direitos humanos abrange direitos de liberdade e igualdade, deveres de justiça e de solidariedade, bem como sanções em sua recusa por Estados e no caso de abuso individual ou coletivo, bem como em violações contra os chamados deveres resultantes das normas jurídicas. Os deveres são inscritos nos direitos humanos - como em todas as normas jurídicas; quem considera necessária uma “declaração de deveres humanos” o ignora; tal declaração é supérflua.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. *Was von Auschwitz bleibt. Das Archiv und der Zeuge (Homo sacer III)*. Frankfurt, M.: [s.n.], 2003.

ARENDT, Hannah; JASPERS, Karl. *Hannah Arendt, Karl Jaspers. Briefwechsel 1926-1969*. München, Zürich: [s.n.], 2001.

BAUER, F. *Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften*. In: PERELS, Hg. v. J. (Hg.); WOJAK, I. Frankfurt, M.; New York: [s.n.], 1998.

_____. *Widerstand gegen die Staatsgewalt Dokumente der Jahrtausende*. Zusammengesellt u. kommentiert v. Fritz Bauer. Frankfurt, M.: [s.n.], 1965.

_____. *Widerstandsrecht und Widerstandspflicht des Staatsbürgers*. Frankfurt/M.: Wieder abgedr., 1962.

BAYERTZ, K. Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien. *Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 4, p. 81, 1995.

BEST, W. Grudfragen einer deutschen Grobraum Verwaltung. *Festgabe für Heinrich Himmler*, Darmstadt, p. 35, 1941.

DREIER, H. (Hg.). *Grundgesetz-Kommentar*. Tübingen: [s.n.], 2004.

ENDERS, Ch. *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung: zur Dogmatik des Art. 1 GG*, Tübingen: [s.n.], 1997.

_____. Die normative Unantastbarkeit der Menschenwürde. In: GRÖSCHNER, R.; LEM-BCKE, O. W. (Hg.). *Das Dogma der Unantastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit dem Absolutheitsanspruch der Würde*. Tübingen: [s.n.], 2009.

- EPPING, V.; HILLGRUBER, Ch. *Grundgesetz Kommentar*. München: [s.n.], 2009.
- FREI, N. *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*. München: [s.n.], 1996, 1997.
- GANDER, H. H. (Hg.). *Menschenrechte. Philosophische und juristische Positionen*. Freiburg; München: [s.n.], 2009.
- GRÖSCHNER, R.; LEMBCKE, O. W. (Hg.). *Das Dogma der Unantastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit dem Absolutheitsanspruch der Würde*. Tübingen: [s.n.], 2009.
- HABERMAS, J. Bestialität und Humanität. Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral. 1999. *Die Zeit*, 54. Jg., Nr. 18, 1999. Auch in: MERKEL, R. (Hg.). *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht*. Frankfurt, M.: [s.n.]: 2000.
- _____. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt, M.: 1994, [1992].
- _____. Zur Legitimation durch Menschenrechte. *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*. Frankfurt, M.: [s.n.], 1998.
- HAIN, K. E. Die Grundsätze des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG. Baden-Baden, 1999.
- HERDEGEN, M. Kommentierung zu Art. 1 Abs. 1 GG. In: MÜNCH, I. v.; Kunig, Ph. *Grundgesetz, Kommentar*. Lfg. 44, München: [s.n.], 2005.
- HERMANN, M. Pragmatische Rechtfertigungen für einen unscharfen Begriff von Menschenwürde. Stoecker: [s.n.], 2003.
- HERZOG, R. Die Menschenwürde als Masstab der Rechtspolitik. In: SEESING, H. (Hg.). *Technologischer Fortschritt und menschliches Leben*. München: [s.n.], 1987.
- HÖNIG, D. Menschenwürde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In: GRÖSCHNER, R.; LEMBCKE, O. W. (Hg.). *Das Dogma der Unantastbarkeit. Eine Auseinandersetzung mit dem Absolutheitsanspruch der Würde*. Tübingen: [s.n.], 2009.
- JARRAS, H. D.; PIEROTH, B. (Hg.). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*. München: [s.n.], 2012.
- JOAS, H. *Gewalt und Menschenwürde. Wie aus Erfahrungen Rechte werden*. (Konstanzer kulturwissenschaftliches Kolloquium, Diskussionsbeiträge N. F. 5). Konstanz: [s.n.], 2009.
- KIRCHHOF, P. Menschenwürde und Freiheit. In: Handbuch der Katholischen Soziallehre. Rauscher v. A. in Verbindung mit J. Althammer Hg.; BERGSDORF, W.; DEPPENHEUER, O. Berlin: [s.n.], 2008.
- KÜHNHARDT, L. Die Unteilbarkeit der Menschenwürde als Bedingung der Universalität der Menschenrechte. In: LANG, G. V.; STROHMER, M. F. (Hg.). *Europa der Grundrechte? Beiträge zur Grundrechtecharta der Europäischen Union*. Mit einem Geleitwort d. Bundespräsidenten d. Republik Österreich. Bonn: [s.n.], 2002.

LADEUR, K. H.; AUGSBERG, I. *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat. Humangenetik - Neurowissenschaft - Medien*. Tübingen: [s.n.], 2008.

LOHMANN, G. Menschenwürde und Staatsbürgerschaft. In: *Menschen Rechts Magazin*, 2012.

MAIHOFER, W. *Rechtsstaat und menschliche Würde*. Frankfurt, M.: [s.n.], 1968.

MAUNZ, Th.; DÜRIG, G. (Hg.). *Grundgesetz. Kommentar*. München: [s.n.], 1994, 2004.

MÜLLER, J. Menschenwürde als Fundament der Menschenrechte: Eine begründungstheoretische Skizze. In: GESANG, B.; SCHÄLIKE, J. (Hg.). *Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie*. Paderborn: [s.n.], 2011.

MÜNCH, I. v.; Ph. Kunig, Ph. (Hg.). *Grundgesetz-Kommentar. Bd. 1: Präambel bis Art. 69*, München: [s.n.], 2000.

_____. *Grundgesetz-Kommentar. Bd. 1: Präambel bis Art. 69*, München: [s.n.], 2012.

PECCOUD, D. *Philosophische und spirituelle Perspektiven zur menschenwürdigen Arbeit*. Internationalen Arbeitsamt, Genf., 2005.

PERELS, Joachim. Ignorieren, relativieren, verharmlosen. Wie die Justiz in der frühen Bundesrepublik mit NS - Gewalttätern umging. Erinnerung an einen Skandal. *Die Zeit*, n. 5, p. 38, 24 jan. 2013.

PETERS, B. *Rationalität, Recht und Gesellschaft*. Frankfurt, M.: [s.n.], 1991.

PIEROTH, B.; SCHLINK, B. *Grundrechte. Staatsrecht II*. Heidelberg: [s.n.], 1994.

RADBRUCH, G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. 1946. In: DREIER, v. R. (Hg.); PAULSON, S. L. ders., *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Göttingen: [s.n.], 1999.

SANDKÜHLER, H. J. Die Kosmopolis des Rechts. Menschenwürde, Menschenrechte und Staaten. *Das Argument*, 285, 52. Jg., H. 1., 2010a.

_____. Menschenrechte. In: *EPH*, Bd. 2., 2010b.

_____. *Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen*. Frankfurt, M.: [s.n.], 2007.

_____. *Recht und Staat nach menschlichem Maß. Einführung in die Rechts- und Staatstheorie in menschenrechtlicher Perspektive*. Weilerswist: [s.n.], 2013.

SCHLINK, B. Die überforderte Menschenwürde. Welche Gewißheit kann Artikel 1 des Grundgesetzes geben? *Der Spiegel*, 51, 2003.

SCHÜRMAN, V. Personen der Würde. In: SANDKÜHLER, H. J. *Menschenwürde. Philosophische, theologische und juristische Analysen*. Frankfurt, M.: [s.n.], 2007.

SCHWEIDLER, W. Über Menschenwürde. Der Ursprung der Person *und die Kultur des Lebens*. Wiesbaden: [s.n.], 2012.

SIECKMANN, J. R. Abwägung von Rechten. *Archiv für Rechts - uund Sozialphilosophie*, 81, H. 2., 1995.

TOMUSCHAT, Ch. Die Einheit von liberalen Freiheitsrechten und sozialen Rechten. In: GANDER, H. H. (Hg.). *Menschenrechte. Philosophische und juristische Positionen*. Freiburg; München: [s.n.], 2009.

AS CATEGORIAS DO SER E DO DEVER SER NA PERSPECTIVA DE HANS KELSEN

Bruno Queiroz Oliveira*
Arnaldo Vasconcelos**

1 INTRODUÇÃO

Hans Kelsen é, certamente, um dos maiores teóricos do Direito do século XX, considerado pela doutrina referência indispensável para se refletir sobre a adequação e profundidade das normas jurídicas e da cientificidade do Direito.

As questões apontadas pelo Mestre de Viena, em sua *Teoria Pura do Direito* permanecem como fonte inesgotável de polêmicas e controvérsias, de modo que os diversos matizes filosóficos da doutrina jurídica reconhecem que Kelsen buscou um conceito universalmente aceito do Direito e independente da conjuntura em que fosse aplicado.

A Teoria Pura do Direito deitou raízes na filosofia de Immanuel Kant e não em princípios metafísicos da doutrina jurídica, sendo focada na *Crítica da Razão Pura* e, precisamente, na lógica transcendental. Suas origens kantianas estão reconhecidamente confessas no que se refere à categoria do dever, considerado como categoria da lógica transcendental.

A teoria kelseniana surgiu como crítica em relação às concepções dominantes sobre os empecilhos do Direito Público e da Teoria Geral do Estado, e, outrossim, como baluarte na busca do reconhecimento da independência da Ciência Jurídica que, desde a *Teoria Pura do Direito*, deveria ser vista como ciência independente, desvinculada da Ciência Natural e de outras intenções, como a Política, a Sociologia, a Economia, a Religião, a Moral, e que teria como objeto o estudo da norma jurídica e a sua consequente descrição.

Nesse sentido, Kelsen estabeleceu a proposição básica de uma norma fundamental com o intuito de responder aos questionamentos quanto ao fundamento de validade da pluralidade das normas que regulam a conduta dos homens num determinado sistema, mas que não tenha sido editada por nenhum ato de autoridade. Trata-se, portanto, de uma norma suposta, não imposta.

Nesse âmbito, este ensaio oferece elementos para uma análise acerca dos aspectos controversos em relação às categorias do ser e do dever-ser, na perspectiva da teoria elaborada por Kelsen.

2 A CIENTIFICIDADE DO DIREITO NO POSITIVISMO DE KELSEN

No início do século XX, Hans Kelsen trouxe, na sua obra *Teoria Pura do Direito*, uma concepção de Ciência Jurídica com a qual se pretendia finalmente ter alcançado, no

* Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará; Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Christus e do Programa de Pós Graduação Estrito Senso da Escola Superior do Ministério Público no Ceará. Advogado e Presidente da Comissão de Acompanhamento da Reforma do Código Penal da OAB/CE; Rua João Adolfo Gurgel, 133, Bairro Cocó, 60190-060, Fortaleza, Ceará, Brasil; bruno-queiroz.oliveira@caixa.gov.br

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor Titular da Universidade de Fortaleza no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito; Avenida Washington Soares, 1321, Bloco C, Bairro Edson Queiroz, 60811341, Fortaleza, Ceará, Brasil; arnaldo@unifor.br

Direito, os ideais de toda a ciência: objetividade e exatidão. É com esses termos que o autor apresenta a primeira edição de sua obra mais conhecida. Para alcançar tais objetivos, Kelsen propõe uma depuração do objeto da Ciência Jurídica, como medida, inclusive, para garantir autonomia científica para a Disciplina Jurídica, que, segundo ele, vinha sendo deturpada pelos estudos sociológicos, políticos, psicológicos, filosóficos e de outros matizes.

Com efeito, é necessário registrar a ideia de que uma teoria consiste num grupo sistemático de proposições (leis, hipóteses, conceitos e definições), que permite a explicação, classificação, interpretação, unificação e previsão de um determinado domínio. Vale ressaltar que as teorias científicas do Direito no século XX se estruturam com suporte em modelos descritivistas, os quais acentuam o que o Direito é, de forma objetiva, sem traduzir crenças, preferências e ideologias, fundamentados, primordialmente, no princípio da neutralidade axiológica e pautados na análise imparcial e objetiva (SANTOS, 2006, p. 291).

A ousadia do pensamento kelseniano, desqualificando a importância do jusnaturalismo como teoria válida para o Direito e pretendendo dar caráter definitivo ao monismo jurídico estatal, transformou Kelsen no alvo preferido das teorias críticas no Direito, inconformadas com os défices éticos do pensamento jurídico assim purificado e com o consequente desinteresse dos juristas em realizar cientificamente o Direito atrelado a critérios de legitimidade.

A *Teoria Pura do Direito* possui nítida tendência antiideológica. Comprova-se esta asserção pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo” (KELSEN, 1991, p. 119). Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido, é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a própria essência e a compreendê-lo mediante uma análise da sua estrutura. Recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as “ideologias” por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada. Assim, impede que, em nome da ciência jurídica, se confira ao Direito positivo um valor mais elevado do que o que ele de fato possui, identificando-o com um Direito ideal, com um Direito justo; ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente, qualquer vigência, por se entender que está em contradição com um direito ideal, um direito justo.

Imbuído deste objetivo, Kelsen procede à purificação da Ciência Jurídica, com suporte em duas perspectivas. A primeira por intermédio do afastamento, da metodologia científica do direito, de quaisquer influxos sociológicos, libertando-a da análise de aspectos outros que melhor se encaixam na Sociologia ou na Psicologia jurídica. A segunda depuração da Ciência do Direito consiste no afastamento do seu objeto de estudo de quaisquer considerações axiológicas, vale dizer, a Ciência do Direito necessita proceder à desconsideração no que concerne aos campos da Política, Moral e Justiça (LIBERATO, 2008, p. 279).

A *Teoria Pura do Direito* tem como princípio fundamental a pureza metódica, entendido por Kelsen em dois sentidos distintos: em primeiro lugar, ele faz referência ao próprio caráter objetivo e autônomo da Ciência do Direito, que deve se conformar em descrever o seu objeto de uma forma neutra, sem se pronunciar acerca de seu conteúdo

ético ou político. Em segundo lugar, a Ciência do Direito não tem por objeto a descoberta dessa norma de justiça última e, mais importante ainda, que a Validade do Direito positivo não pode depender de uma tal norma. E é assim que se encontra o segundo sentido atribuído pela Teoria Pura ao termo “pureza”. Com efeito, a validade de uma norma jurídica positiva não pode ser aferida de um princípio moral ou de um ideal de justiça. A validade de um ordenamento jurídico é, pois, infrajurídica, no sentido de que apenas uma norma jurídica superior (a Constituição, por exemplo) pode fundar a validade de uma norma jurídica inferior. Naturalmente, como não podemos remontar tal processo ao infinito (perguntar, por exemplo, de onde a própria Constituição tira a sua validade), devemos, necessariamente, supor a existência de um postulado lógico-transcendental a que Kelsen atribui a denominação de “norma fundamental”. Tal norma não deve ser confundida nem com uma norma de Direito positivo, tampouco com uma norma de justiça transcendente (RABENHORST, 2005, p. 122).

A norma fundamental é, segundo a *Teoria Pura do Direito* (Kelsen mudará de terminologia mais tarde), uma hipótese, ou pressuposição, cuja função é, simultaneamente, evitar o “sofisma naturalista” de se deduzir o normativo de instâncias não jurídicas e impedir o regresso ao infinito quando tentamos definir a validade de um ordenamento jurídico na sua totalidade.

Pretendeu Kelsen, portanto, a depuração do Direito, nesse caso, o Direito positivo. Tratando-se Kelsen de um positivista ortodoxo, parece inócuo asseverar que seus interesses se limitam ao direito positivo. O Direito, no entanto, da sua Teoria Pura, analisado como ordem jurídica, ostenta em sua estrutura um elemento não positivo, porém imprescindível, ou seja, a norma hipotética fundamental. Desse modo, a norma básica, fundamento de validade de todas as normas, não constitui Direito positivo (VASCONCELOS, 2010, p. 126).

A primeira contradição dessa teoria está na própria classificação que Kelsen atribui ao seu objeto de estudo, ou seja, o Direito, pois, garante que a pureza diz respeito apenas à Ciência jurídica e não ao Direito em si. Observa-se, pois, que seria necessário admitir que uma ciência pura teria como objeto de estudo e análise algo impuro, o que parece inconciliável.

O objetivo primordial de Kelsen, ao formular sua teoria, foi diferenciar a Ciência jurídica e afastá-la da influência de outras ciências como as ciências sociais, filosóficas, humanas e das chamadas ciências da natureza, ou causais, tais como a Física e a Química. Com o objetivo de preservar a pureza do Direito, Hans Kelsen preocupou-se apenas com o método. Não lhe interessava investigar o Direito como um fenômeno social, pois seu objetivo era analisar a Ciência jurídica de forma puramente descritiva.

Na realidade, não há ciência ou teoria que possa ser denominada pura, pois, na realidade, toda criação deriva do pensamento, inevitavelmente impregnado de ideologias distintas adquiridas ao longo da existência humana, em decorrência das experiências sociais, históricas e metafísicas de cada pessoa.

Kelsen, entretanto, pregava uma ciência jurídica anti-ideológica, pois acreditava que a ideologia ameaçava a ideia de pureza intensamente defendida em sua teoria. Entendia a ideologia como algo negativo, capaz de deturpar a realidade e idealizado exclu-

sivamente para atender a interesses políticos. Para ele, a “ideologia”, porém, encobre a realidade, enquanto, com a intenção de a conservar, de a defender, a obscurece ou, com o intento de atacá-la, de destruí-la e de a substituir por outra, a desconfigura. Tal ideologia tem raiz na vontade, não no conhecimento, nasce de certos interesses, melhor, surge de outros interesses que não o interesse pela verdade (KELSEN, 1991, p. 179).

A ideologia, no entanto, nasce da metafísica e esta constitui algo inerente ao ser humano, como ser que pensa, pois intimamente ligada à ideia de valor. Ao observar todo e qualquer fenômeno natural ou social, o indivíduo imediatamente o qualifica e valora, utilizando-se de conhecimentos previamente adquiridos. Desse modo, tudo está permeado pela ideologia, tanto os poderes como os saberes (VASCONCELOS, 2010, p. 222).

3 O CONCEITO DE VALIDADE EM KELSEN

Kelsen, quando se propõe estudar o Direito em sua pureza, quer eliminar de sua teoria tudo aquilo que não pertença ao objeto, que é o Direito. Para tanto, ele faz um corte epistemológico, desprovendo o direito das demais relações que, naturalmente, ele tem com a Sociologia, a Psicologia etc., excluindo de sua análise os elementos que denominou metajurídicos.

Ele evidencia essa separação elaborando dicotomias, na qual a mais relevante é a distinção entre o “ser” e o “dever-ser” ou entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser. A ele interessará apenas o mundo do dever-ser, que serão os atos do homem realizados com base nas normas jurídicas, que se diferenciam dos atos do ser, justamente pela nota da coercitividade de que são dotadas essas normas. O mundo do “ser” estaria relacionado à linguagem da natureza, sujeitas à fenomenologia da causalidade, onde se A então B. Já o do “dever-ser” à linguagem normativa, cuja relação é de imputação (se A dever ser B), ou seja, é possível que as normas sejam criadas com base numa ligação inventada (arbitrária) entre um fato e uma consequência.

Dentre outras categorias tensionadas, decorrência da distinção entre ser e dever-ser, tem-se: norma e proposição; imputação e causalidade; lícito e ilícito; prescrição e descrição; verdade e falsidade etc., e também validade e não validade. As normas jurídicas, como elementos que compõem o Direito positivo se expressam por meio de uma linguagem prescritiva e se mostram como comando ou permissões e atribuições de poder e competência, visando à regulação das condutas humanas, impondo um determinado comportamento. É lícito dizer que todas as normas têm como objetivo regular as condutas dos homens, sejam sociais, morais, jurídicas etc.. O que diferencia as normas jurídicas das demais normas é, conforme ensina o criador da *Teoria Pura do Direito*, a coercitividade (KELSEN, 1991, p. 37).

Além disso, separa os sistemas de normas, analisando-os sob o ponto de vista dinâmico e sob o prisma estático. Do modo de ser estático, o que se verifica é se a conduta decorre do seu conteúdo. No dinâmico, o sistema é compreendido pelo processo de produção de normas, no qual a norma de superior hierarquia (norma de criação) dá fundamento de validade à norma derivada (inferior). Conformando uma relação hierárquica que encontrará seu último fundamento máximo de validade na norma hipotética fundamental,

explica o Mestre de Viena: “Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser outra norma, este pressuposto tem que ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta [...]” (KELSEN, 1991, p. 224).

O conceito de validade em Kelsen volta-se, portanto, para a norma jurídica, como decorrência própria de sua teoria. Para ele as normas serão válidas desde que atendam aos procedimentos estabelecidos pela norma de formação e tudo sob o ponto de vista dinâmico, não importando o conteúdo. Uma norma jurídica não vale porque tem determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica (KELSEN, 1991, p. 221).

Dessa forma, válida é a norma que pertence a um certo ordenamento jurídico e que possui força de regular as condutas humanas, considerando-se que pertencer é existir. Na concepção do autor, validade se confunde com existência. Dado que a validade é uma relação de pertinencialidade, ela não define o conceito de validade, mas informa os procedimentos que devem ser observados para que determinada norma possa ser considerada válida.

A validade das normas está necessariamente associada ao ato humano de aplicação de outras normas jurídicas - por meio dos atos de enunciação (que, se entende, conformam as fontes do direito), que são as normas de criação ou formação, pois são estas que darão fundamento de validade para a norma derivada.¹

Arnaldo Vasconcelos explica que, na lógica de Kelsen, todas as proposições da ciência não passam de hipóteses, desde o momento em que se consideram do ponto de vista do seu valor de verdade e da sua validade. Desse modo, em Kelsen, tal premissa corresponde às seguintes afirmações: a) a teoria pura tem por objeto a Ciência do Direito, e não o Direito; b) essa ciência se expressa por meio de proposições lógicas, denominadas juízos hipotéticos; c) a norma fundamental, uma vez pressuposta, funciona como fundamento ou razão de validade comum das normas que compõem determinada ordem jurídica (VASCONCELOS, 2010, p. 58).

O conceito de *norma fundamental* é nuclear à *Teoria Pura do Direito*, seja pelo seu papel limítrofe, que assume, externamente, ao fechar o sistema pelo alto, uma posição política claramente progressista, consubstanciada num viés democrático; seja em relação à questão da validade das normas hierarquicamente inferiores, que àquela devem se mostrar formalmente coerentes. A Norma Fundamental é a ficção que Kelsen empregou como critério de demarcação do objeto da Ciência Jurídica, a ficção que serviu como cri-

¹ Norberto Bobbio, por sua vez, estabelece a separação entre normas de estrutura e normas de comportamento. Para ele, as regras de estrutura são aquelas que não implicam prescrever condutas, mas sim descrever a forma de criação das regras de comportamento, de conduta. Assim, as regras de estrutura definem a criação das regras de comportamento e as regras de comportamento são as normas prescritivas de conduta intersubjetivas. Se bem que, apesar da denominação estrutura, ela não deixa de regular um comportamento, qual seja: forma de criação das normas de conduta (BOBBIO, 1999, p. 102).

térios para impor limites à extensão do campo temático e de separação entre o objeto da Ciência Jurídica e os outros campos do saber e da realidade (WARAT, 2004, p. 598).

Torna-se imprescindível, no entanto, referir que, embora a *norma fundamental* conduza à validade as demais normas, possibilitando, desse modo, um sistema de normas, ou melhor, uma ordem normativa, ela própria, sendo a norma hierarquicamente superior na ordem jurídica, não possui sua validade determinada pela aplicação de um procedimento de regressão lógico, como acontece com as demais normas do sistema kelseniano, mas aparece como o resultado de uma operação lógico-racional pressuposta.

Na verdade, o fato de a *norma fundamental* não ser produzida, mas pressuposta, não ser positiva, mas hipotética, tal qual o sistema kantiano de *princípios a priori*, faz com que seja constituída a unidade da pluralidade das demais normas do ordenamento à finalidade de sobrepor o direito ao poder. A pressuposição da norma fundamental, em vez de sua criação, impede a assunção da existência de um poder superior e precedente a ela mesma que se encontre autorizado a produzi-la. Sua tarefa primordial é, substancialmente, estabelecer um poder jurídico capaz de criar leis, ou seja, o chamado poder constituinte (COPETTI; MOTTA, 2011, p. 9).

Nesse sentido, a pressuposição de validade da norma fundamental cumpre uma necessidade lógica, uma condição de existência do ordenamento, na medida em que qualquer sistema de normas que se mostre como ordem jurídica possui, essencialmente, caráter dinâmico.

A importância da pressuposição da norma fundamental tem caráter claro e inequívoco: a necessidade verificada pelo mundo real em racionalizar o Direito à observância do ordenamento por parte dos sujeitos a esse submetidos. Kelsen chama esse fenômeno de eficácia. Mais: a relação entre validade e eficácia na Teoria do Direito de Kelsen expõe a posição mais conturbada do autor, na medida em que, ao reconhecer essa relação dicotômica, impondo a eficácia como condição de validade, ele rompe com o conceito estritamente formal do Direito (ROBLES, 1992, p. 34).

Nesse sentido, as normas de uma ordem jurídica valem enquanto suas validades individuais não ultrapassem os preceitos postos por essa mesma ordem jurídica. Noutras palavras, na medida em que uma ordem jurídica regula a própria criação e aplicação, ela também determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram.

4 O SER E O DEVER-SER

Consoante o pensamento de Kelsen (1991, p. 5), o Direito, feito objeto da Ciência jurídica, pode ser definido como “[...] uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.” Nessa perspectiva, Kelsen aponta duas principais premissas programáticas da sua obra doutrinária e que são de ordem lógico-epistemológica, cuja manifestação é expressa mediante dois contrastes fundamentais: a separação entre o ser e o dever-ser e a separação de conteúdo e forma.

O Jurista de Viena toma o conceito de norma como algo que “deve ser” ou acontecer. São atos humanos que prescrevem determinadas condutas, frutos da vontade de certas pessoas que tencionam que outros se comportem desta ou daquela maneira. Como

também salienta Kelsen, porém, no Direito, este “dever” tem um significado mais amplo, pois abarca também permissões e competências. Como ensina Kelsen (1991, p. 6):

“Norma” é o sentido de um ato por meio do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada a competência de alguém. Neste ponto, importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido a conduta de outrem, é qualquer coisa diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser.

Parece claro no pensamento de Kelsen que a norma surge com amparo num ato de vontade, de um *ser*, mas que, no entanto, não é derivada deste *ser*, mas é composta pelo sentido objetivo desta manifestação humana, caracterizada como objetivamente válida com apoio na pressuposição da norma fundamental; ou seja, não se pode de um *ser* abstrair um *dever-ser*, mas se concebe a origem das normas desde o sentido dado pelo ato de vontade (SOUZA, 2013, p. 68).

Dessa forma, resta evidente que Kelsen procura separar a questão fática do ato de vontade emitido por alguém, que se enquadra no reino do ser, da norma em si, que não é esse ato em si, mas apenas seu sentido, pertencendo ao reino do dever-ser, pois é um mandamento que se dirige ao comportamento de outrem. De algo que *deve-ser* pode acontecer que se siga que algo é, mas não existe qualquer necessidade nisso. Não obstante, malgrado tal separação, existe relação clara entre eles, uma vez que o parâmetro de medida do *dever-ser* na realidade e seu acontecer ou não, que somente pode ser medido por intermédio da análise se algo é ou não é. O que precisa ficar evidente, contudo, é não se poder concluir que, pelo fato de que exista um *dever-ser*, efetivamente se siga um *ser*, bem como a relação inversa (GENRO, 2007, p. 84).

Larenz (1992), por sua vez, assevera que a premissa epistemológica fundamental de Kelsen consiste na completa separação entre o *ser* e o *dever-ser*. O *dever-ser* apresenta-se para Kelsen como um modo de pensamento, como categoria última, não inferível de qualquer outra. O *dever ser*, desse modo, não pode se reconduzir de um querer que estabeleça a norma, porquanto o querer é um processo fático, físico, pertencente ao mundo do *ser*. Não se trata de algo psíquico, real, mas o sentido de um ato pelo qual uma conduta é prescrita, permitida ou autorizada. A diferença entre *ser* e *dever-ser* em Kelsen, segundo Larenz (1992), é dada a nós imediatamente à nossa consciência, sendo, portanto, não suscetível a maiores explicações. Ninguém pode negar que daquilo que é não pode concluir aquilo que deve ser, assim como daquilo que deve ser não pode-se concluir aquilo que é. A ciência do Direito trata exclusivamente de normas, isto é, como algum comportamento é permitido, autorizado, ou proibido. Observa Larenz (1992) que as normas, para Kelsen também, na medida em que são postas, subjazem a atos, isto é, processos externos do comportamento humano, contudo a distinção é centrada no sentido deste ato de vontade. Tal sentido torna-se jurídico somente quando recebe da norma a sua explicação jurídica, como um esquema de interpretação (LARENZ, 1992, p. 94).

É importante notar, portanto, que, nessa abstração entre Direito e natureza, entre ‘dever-ser’ e ‘ser’, resulta a necessária separação de Direito e aquilo considerado

natural do homem. Vale dizer, é preciso atentar para o argumento de erro lógico fundamental na tese que sustenta a concepção jusnaturalista de um conhecimento da 'natureza humana', da qual se derivaria, se justo, o Direito. À natureza do homem, segundo Kelsen, não pode estar imanente nenhum dever; aos fatos não pode ser imanente nenhuma norma, isto é, nenhum valor pode ser imanente à realidade empírica.

Reale (1996, p. 458), por seu turno, encontra nessa concepção antinaturalística do Direito kelseniano a fundamentação da doutrina neokantiana de abstração entre ser e *dever-ser*, o que resulta na negação de uma doutrina fora do próprio sistema jurídico, como a doutrina jusnaturalista. Kelsen adotou, desse modo, o princípio fundamental do neokantismo de distinção entre ser e *dever-ser*, de caráter irreduzível.

Na intelecção de Kelsen, a diferença entre *ser* e *dever-ser* não pode ser ulteriormente explicada dentro de seu método de justificação, mas é um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que há diferença entre dizer que uma coisa existe e dizer que uma coisa deve existir, nem que haja uma derivação de um para o outro. Observa também que nem todo o *dever* é uma norma jurídica - o que torna objetivo o sentido subjetivo de um ato de vontade é a existência de uma norma jurídica que preveja esse fato e lhe atribua efeitos jurídicos. A norma consiste no sentido de *dever-ser* de um ato humano intencionalmente dirigido à conduta de outrem, porém este sentido, para se apresentar como jurídico deve ser objetivo. Esse sentido de *dever-ser* de um ato de vontade não consiste necessariamente em uma prescrição, mas pode ser igualmente uma permissão ou autorização. O *dever-ser* é o sentido subjetivo de qualquer ato de vontade dirigido à conduta de outrem. Nem todo ato de vontade, no entanto, tem como sentido uma norma. Somente quando o sentido subjetivo coincide com o objetivo, se está diante de uma norma (BARZOTTO, 2007, p. 33).

Resta claro que um dos objetivos da *Teoria Pura do Direito* fora estabelecer uma espécie de barreira inferencial entre os dois mundos (que ele também chama de ordens), de modo que não se tente inferir logicamente um do outro. Tal distinção também será de substancial importância para entender a diferenciação que Kelsen realiza entre norma jurídica e proposição jurídica, ainda que ele entenda a primeira como não se tratando de um juízo, e a última como juízo de *dever-ser*. Como já afirmado, as normas jurídicas são consideradas como o objeto da Ciência do Direito. Esta tem como tarefa principal tentar descrever as normas jurídicas produzidas pelos atos de vontade dos legisladores e, por outro lado, as relações jurídicas que essas mesmas normas criam. Para tanto, Kelsen chamou esses enunciados da Ciência jurídica de "proposições jurídicas", as quais precisam ser diferenciadas das normas jurídicas.

Na perspectiva kelseniana, proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas. As normas jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são, antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos. E mais, não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder ou competência (KELSEN, 1991, p. 81).

Nino (1999, p. 87) opõe-se à terminologia kelseniana, que usa dever-ser também em um sentido descritivo, entendendo que esta se revela estranha aos próprios pressupostos de Kelsen. Não obstante, o que está em jogo aqui não são as formas dos juízos de ser ou dever-ser, mas sim os respectivos reinos, ou ordens. No entendimento de Kelsen, pelo menos na *Teoria Pura do Direito*, todo e qualquer juízo, não importa de que forma seja expresso, é descritivo e pertence ao reino do ser, uma vez que, como citado, se refere a um objeto dado ao conhecimento, sendo passível de ser verdadeiro ou falso e, portanto, podem a ele ser aplicadas as regras lógicas. Já as normas não possuem esses atributos, uma vez que, sendo prescritivas, não são nem verdadeiras nem falsas, porquanto fazem parte do reino do dever-ser, não sendo consideradas como juízos, mas sim como mandamentos.

Conforme bem explicita Vasconcelos (2010), na *Teoria Pura do Direito*, o lugar do ser é declaradamente subalterno, servindo apenas como contraposição ao dever-ser, este, sim, o aspecto dominante das formas de raciocínio de Kelsen. Nessa lógica, fica também excluída a possibilidade de transição entre as duas categorias. As razões para adoção desse posicionamento, em verdade, não estão devidamente justificadas. Kelsen declara a norma como um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser, de modo que a distinção entre o ser e o dever constitui um dado imediato da consciência. É possível aceitar a afirmação de que a distinção entre o ser e o dever constitui dado imediato da consciência, mas não se define, na *Teoria Pura do Direito*, o que sejam esses dados imediatos de consciência, tampouco se lhes questionam a existência e funções (VASCONCELOS, 2010, p. 161).

E mais, consoante o Jusfilósofo Cearense, na contestação às doutrinas transitivistas, Kelsen limitou-se a confirmar suas posições em favor da incomunicabilidade entre ser e dever ser, as quais resultam, de forma especial, na negação da metafísica e no afastamento do Direito natural, assim como o distanciamento das colocações sociológicas e psicológicas relacionadas à gênese da norma jurídica. Kelsen assevera, de forma equivocada, que um dualismo do ser e dever-ser não pode ser encontrado na Filosofia de Kant, segundo o Mestre de Viena, em razão de que o dever-ser moral, a lei da moral, parte da razão como razão prática, que é a mesma razão, cuja função é o conhecimento do ser (2010, p.164).

Sobre não invocação de Kant em relação ao dualismo do ser e do dever ser, segue a crítica de Vasconcelos (2010, p. 165) às conclusões de Kelsen:

Difícil, para dizer o menos, é sustentar esta tese. Os argumentos invocados são inábeis e insatisfatórios. Kelsen, antes, afirmara textualmente a vinculação de sua doutrina ao dualismo kantiano de ser e dever ser. Os juristas que estudaram a teoria pura, sem discrepância, confirmam a influência de Kant sobre Kelsen também neste particular aspecto. Portanto, não basta Kelsen pretender seja válida uma retificação de seu pensamento acerca da doutrina de outro filósofo, tendo-a colocado sob o estrito prisma da apreciação tópica, com desprezo ao contexto geral da questão. E o que se chama contexto geral da questão envolveria de modo necessário, no caso, o posicionamento crítico de Kelsen relativamente aos seguintes aspectos: 1. que fatos ou circunstâncias levaram-no a rever sua posição; 2. Em quais pontos estava ela equivocada e por que assim ocorreu; 3. que dizem outros intérpretes de Kant a respeito do alegado não dualismo de sua teoria; 4. em que os analistas da teoria pura erraram ao apontar a filiação kantiana de sua doutrina da

intransitividade; 5. qual o fundamento em que se apoia para pretender seja verídica esta última posição. Em síntese, em boa argumentação científica, teria Kelsen de provar não só que agora estava certo, mas também que os outros estavam errados.

Como se vê, longe de resolver os problemas suscitados na contextura de sua Teoria Pura do Direito, a ideia de separação das categorias do ser e do dever ser constitui uma das principais incoerências da perspectiva kelseniana. Desse modo, a despeito do fato da dicotomia entre o ser e o dever-ser estruturar o projeto kelseniano de uma teoria pura do Direito, o uso que Kelsen faz desta é por demais ambíguo.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que, no centro de todas estas distinções, decorrentes da *Teoria Pura do Direito*, se encontra precisamente a oposição vislumbrada por Kelsen entre as categorias do ser e o dever-ser. Efetivamente, tal oposição define o objeto constitutivo da Ciência do Direito e fixa o conhecimento por ela proporcionado no quadro geral das demais ciências normativas.

Sem embargo de todas estas contradições e hesitações do pensamento do Jurista Vienense, não se pode deixar de reconhecer que ele continua sendo, até hoje, o mais importante entre todos aqueles que a teoria contemporânea produziu. Neste sentido, as dificuldades enfrentadas pela *Teoria Pura do Direito* testemunham os impasses de uma doutrina que, procurando preservar a qualquer preço uma separação entre os domínios do ser e do dever-ser, nega a própria racionalidade do direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília, DF: Ed. UNB, 1999.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Marcos Tullius Leite Fernandes. Um estudo sobre a teoria da interpretação jurídica no pensamento de Hans Kelsen. *Revista Direito e Liberdade*, v. 2, n. 1, p. 287-304, jan./jun. 2006.

GENRO, Guilherme Saideles. *Dedução transcendental e norma fundamental: questões de legitimação em Kant e Kelsen*. 2007. 130 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia)-Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992.

LIBERATO, Gustavo Tavares Cavalcanti. O Enquadramento Científico do Direito no Positivismo Kelseniano. In: VASCONCELOS, Arnaldo (Org.). *Temas de Epistemologia Jurídica*. Fortaleza: Gráfica Unifor, 2008.

COPETTI NETO, Alfredo; MOTTA, Luciano Fernandes. A Teoria do Direito em Kelsen. *Revista Bonijuris*, v. 23, n. 571, p. 6-13, jun. 2011.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. 9. ed. Barcelona: Ariel, 1999.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Ser e Dever Ser na Teoria Kelseniana do Direito. *Revista Direito e Liberdade*, Mossoró, v. 1, n. 1, p. 119-130, jul./dez. 2005.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROBLES, Gregorio. Sociologia pura del diritto versus teoria pura del diritto: validità ed efficacia delle norme. In: ROBLES, Gregorio. *Sociologia del diritto*. v. 19, n. 2, p. 34, 1992.

SOUZA, Rubim Assis Silveira. A insuperável separação entre ser e dever ser em Hans Kelsen e a negação de tal distinção pela tradição jusnaturalista. *Seara filosófica*. n. 7, p. 65-75, verão 2013, .

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Pura do Direito: repasse crítico dos seus principais fundamentos*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

WARAT, Luis Alberto: *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. v. 1. Florianópolis: Boiteux, 2004.

À SOMBRA DO PENSAMENTO CALCULADOR EM MARTIN HEIDEGGER: A JUSTIÇA BRASILEIRA E AS METAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Dirce Nazare de Andrade Ferreira^{*}
Daury Cesar Fabríz^{**}
Aloisio Krohling^{***}

Resumo

Trata o presente de uma pesquisa qualitativa do tipo levantamento com objetivo de analisar metas do CNJ no ano de 2013, fazer um cotejamento bibliográfico das metas a partir da intelecção de Martin Heidegger para analisar a sociedade moderna e seu gosto pela forma de avaliação exata ou pensamento calculador, uma importante forma de classificação com base numérica que todavia tem uma forma representacional objetificada e que pode deixar escapar alguns elementos importantes. Demonstra a partir da visão heideggeriana que pelas metas mensuradoras do CNJ o pensamento logocêntrico usado de forma unilateral pode ter dificuldade em responder as demandas complexas da sociedade hodierna. Propõe a partir de Martin Heidegger, Gilles Deleuze e Edgar Morin, a adição do pensamento reflexivo ao pensamento calculador em um compósito que poderia fazer das metas uma convergência inteligente de análise do labor judiciário.

Palavras-chave: Metas do CNJ. Logocentrismo. Serenidade. Complexidade. Avaliação.

The Martin Heidegger's thought calculator: an analysis of the cnj's goals for Brazilian Judicial Court in 2013

Abstract

Research survey with systematic observation. Analysis of the goals of the CNJ in 2013. It also makes a bibliographic research of the CNJ's goals from the intellection of Martin Heidegger. Examines modern society and your exact or calculative thinking an important form of numeric-based classification that nevertheless has an objectified representational form and may miss some important elements reviewed. Demonstrates from Heidegger's view that the goals of the CNJ or the logocentric thinking used unilaterally may have difficulty answering the complex demands of today's society. Proposes from Martin Heidegger, Gilles Deleuzes and Edgar Morin, the addition of reflective thinking to the calculated in a composite that could make the goals a smart convergence analysis of the legal labor thought about the society and complexities. Keywords: Goals CNJ. Logocentrism. Serenity. Complexity. Review.

^{*} Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória; Doutoranda em História Social das Relações Políticas pela Universidade Federal do Espírito Santo; Professora da Universidade Federal do Espírito Santo; Avenida Fernando Ferrari, 514, Goiabeiras, 29075-910, Vitória, Espírito Santo, Brasil; dircenazare@hotmail.com

^{**} Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Coordenador do Doutorado em Direito da Faculdade de Direito de Vitória; Professor da Universidade Federal do Espírito Santo; Avenida Fernando Ferrari, 514, Goiabeiras, 29075-910, Vitória, Espírito Santo, Brasil; dauryfabriz@fdv.br

^{***} Pós-doutor em Filosofia pela Universidade de Santo Anselmo, Itália; Professor da Faculdade de Direito de Vitória; Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 779, Santa Lucia, 29056-295, Vitória, Espírito Santo, Brasil; krohling@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Tema recorrente nos meios jurídicos, a duração razoável do processo tem suscitado um clamor social que, não sem razão, demanda celeridade na tramitação dos documentos em um lapso de tempo caracterizado como adequado para gerar respostas justas abrigadas em razões sólidas. Analisando esse critério, é possível inferir que, quando a Emenda Constitucional n. 45/2004 ressalta o direito à razoável duração do processo, outro não é o desígnio senão buscar um *iter* processual equilibrado, sem lapsos temporais elásticos, tampouco respostas temerárias que poderiam comprometer o resultado.

Diante da vagueza dos vocábulos “razoável duração” temperada com a vociferação social - muitas vezes estrepitosa, exigindo resposta ágil - o Estado tem retribuído com ações merecedoras de uma refinada apreciação.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), objeto desta pesquisa, é uma instituição pública que se aproxima dos anseios sociais, uma vez que se posiciona como elemento de mediação entre Estado e sociedade, no sentido de aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e transparência administrativa e processual.

E, de fato, o Estado necessita de ações balizadoras ao exercício de suas próprias ações para que não estabeleça hiatos entre sociedade e cidadãos, acentuando assim uma assimetria já posta pela supremacia do interesse público. Ocorre que essa medida lindeira da ação de controle do Estado haverá de ser também temperada pelo critério de razoabilidade, pois ela própria é instrumento ou meio para consecução da finalidade do Estado, qual seja, o bem comum. E por ser mero utensílio não haverá essa ação balizadora de transformar-se em protagonista das ações, invertendo-se o vórtice estatal, preconizando ao invés de um Estado com justa ação e resultados, um meio meramente célere, com base numérica.

Dito isto, após pesquisar as páginas eletrônicas do CNJ, presumimos em nossa hipótese que a instituição em seu mais cristalino desígnio, qual seja, prestar um serviço adequado à sociedade, acabou padecendo de uma alomorfia ao aderir a um modelo de gestão empresarial mensuradora. Daí que a transfiguração do Estado controlador em medida que se volta contra o próprio Estado e sua função jurisdicional pode suscitar alguns questionamentos. Diante do exposto e sem a pretensão de exaurir tema tão complexo, trazemos a lume neste ensaio as seguintes indagações:

- a) o que se pode definir como “metas do CNJ”?
- b) de que forma essas metas se aproximam do modelo empresarial calculador?

Ressaltando estar diante de um tema intrínseco, cuja heterogeneidade das perguntas inspiram novas interrogações e tendo-se a cautela de não passar além e nem ficar aquém do escopo pretendido nesse trabalho, socorremo-nos da intelecção de Martin Heidegger, e principalmente de sua obra “Serenidade”. Em tal exemplar o filósofo expõe as diretrizes daquilo que denomina ação ou “intelecção meditativa”, e o faz em contraposi-

ção ao que cognomina de “pensamento calculador”, temática fulcral em nosso trabalho, buscada a partir dos seguintes objetivos:

- a) analisar as proposições do CNJ;
- b) cotejar as principais diretrizes do CNJ com a obra *Serenidade* de Martin Heidegger;
- c) verificar nas diretrizes do CNJ a aproximação com a gestão empresarial e o pensamento calculador;
- d) descrever o modelo denominado *intelecção* ou pensamento meditativo heideggeriano como uma importante contribuição às metas do CNJ.

Deveras, as bases intelectuais de Martin Heidegger trazem à tona uma perspectiva filosófica humanística que deveria iluminar a ação do Estado enquanto agente sensível que leva em conta o desenvolvimento imanente das potencialidades da vida em suas decisões. Daí que, quando se pensa no Estado julgador, aquele que se posta diante de casos intrínsecos para decidir, a obra do autor se aproxima do desdobramento de talentos e *intelecções* e não mera ação de expedir respostas acrílicas para atender a critérios numéricos.

Dito isto, justificamos esta pesquisa como tema de relevância, mas que tem merecido pouca atenção no meio intelectual. Ao buscar literatura para sedimentar este ensaio, fizemos um levantamento no sítio de pesquisa eletrônico “*Scielo*” e na base de dados dos periódicos da Capes, e não encontramos material versando sobre o problema, tal qual pretendemos nos debruçar. Como trata-se de tema relativamente novo, pois as metas nacionais do CNJ foram definidas no ano de 2009, no evento denominado “2º Encontro Nacional do Judiciário”, também na doutrina há pouca coisa escrita.

Daí que consideramos o tema meritório de apreciações, uma vez que os impactos do método calculador se vertem em quase todas as esferas do Estado, não somente o judiciário, fatia aqui escolhida para estudo por uma questão pedagógica de delimitar a temática.

Para caracterizar a pesquisa como adequadamente científica nos auxiliamos dos ensinamentos metodológicos de Izequias Estevam dos Santos, Barros & Lehfeld e Lakatos & Marconi. Desta forma, caracterizamos a pesquisa como um levantamento uma vez que coletamos dados do sítio eletrônico do CNJ, considerado aqui nosso objeto de estudo, mas ressaltamos que fizemos um recorte no objeto para analisar como amostra somente as metas do CNJ propostas para o ano de 2013, pois o órgão embora seja relativamente pequeno, tem reentrâncias temáticas que este ensaio não comportaria.

A partir da análise dos documentos *on-line*, fizemos o cotejamento de dados com a doutrina de Geraldo Caravantes, Martin Heidegger, Egdar Morin e Gilles Deleuze, dentre outros autores. Daí ser possível afirmar que trata-se também de um estudo bibliográfico.

Quanto à técnica de pesquisa, utilizamos a observação sistemática, uma vez, que através da análise do objeto de estudo, foi possível coletar dados para confrontá-los com a doutrina de Martin Heidegger, principal autor que deu suporte ao nosso percurso neste trabalho. Dito isto, passamos a descrever a atuação do Conselho Nacional de Justiça e suas principais perspectivas.

2 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E SUA ATUAÇÃO: UMA ADERÊNCIA À GESTÃO EMPRESARIAL

Dada a complexidade da vida moderna (MORIN, 2009) e o grau de heterogeneidade das instituições, é comum que nelas seja adotada uma taxonomia que, grosso modo, define as unidades componentes de seu organograma em: órgãos de linha e órgãos de *staff*. Enquanto as unidades lineares ou linha se concentram na atividade fim da instituição, o *staff* recebe encargos semelhantes ao de uma consultoria técnica, que somente fornece subsídios à atividade principal da organização.

De outra compreensão não menos importante, Mooney (2000) destaca que o *staff* atua por via indireta enquanto agente que concede suportes administrativos à atividade-fim, prestando serviços de assessoria através de sugestões, recomendações e serviços considerados da área-meio, ou administrativos. Tendo normalmente a configuração de uma estrutura colegiada ou grupo *ad hoc*, o *staff* tem um elemento de representatividade pois congrega membros que têm delegação de competência para agir em nome do órgão representando, daí sua elevada carga de poder decisório, que embora não diretamente, pode exercer relevante importância nas diretrizes ou atividade-fim da instituição.

No caso analisado, entendemos que o CNJ apresenta as características de órgão do tipo colegiado de alta performance e representatividade, com características de *staff*. Criado pela Emenda Constitucional 45 em 2004, o órgão ora descrito é formado por quinze conselheiros representantes do Poder Judiciário, dentre os quais, nove são magistrados, dois são membros do Ministério Público, dois são advogados e dois são cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada. Na conformidade do exposto, o grupo é constituído por profissionais de alta performance na área jurídica, com mandato de dois anos o que reforça o conceito de órgão *staff*, com atividade transitória.

A página do CNJ demonstra a estrutura orgânica da instituição, configurada através de um organograma que lembra brevemente o tipo matricial, a partir de um desenho que liga os departamentos a seu vínculo hierárquico por linhas cheias e algumas delas pontilhadas. A legenda do gráfico explica que as linhas cheias representam as relações do tipo subordinação hierárquica e as linhas pontilhadas significam relação funcional. Registre-se que esse organograma é interno, todavia, o tipo de ligação do CNJ à Justiça Brasileira não é do tipo de relação por dependência ou subordinação, uma vez que é típico da estrutura colegiada - embora sendo um órgão consultivo - sua característica de independência e autonomia.

Composta por nove partes,¹ desde o início da análise, o sítio eletrônico do CNJ deixa vestígios a respeito da aproximação estreita com a vertente empresarial. Quando pesquisamos a seção “sobre o CNJ” a mensagem que descortina a aba é “CNJ: três letras que trabalham pela eficiência” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014), o que já confirma nossos pressupostos, haja visto que o vocábulo eficiência é aporte da teoria taylorista

¹ As seções que compõem a página são: Início, Sobre o CNJ, Corregedoria, Atos Normativos, Ouvidoria, Programas de A a Z, Sistemas, e Multimídias.

de administração,² tendo como sinonímia a redução de custos acompanhada da diminuição de tempo e elevação da produtividade.

Em seguida, quando a página possibilita ao leitor o conhecimento da missão e da visão do CNJ, é novamente ao léxico terminológico da gestão administrativa que o texto se refere, ressaltando que a missão, por sua vez, é “[...] contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da Sociedade.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Sem dúvida, a adoção destes fundamentos tem uma proximidade à teoria denominada Administração por Objetivos (APO) de Drucker (1999), que define efetividade como a soma de eficiência ou uso dos melhores fins, com a eficácia, que expressa o alcance dos objetivos. Desta forma a adição dos dois vocábulos (eficácia e eficiência) formando um amálgama denota consecução de metas ou ainda a satisfação de escopos pré-definidos coadunado à aceção de rapidez e baixo custo.

Tais concepções acima descritas se circunscrevem ao conceito de planejamento da administração ou previsão de ações com alto mapeamento do ambiente para identificar potenciais ameaças e oportunidades no cumprimento dos objetivos organizacionais. Consequentemente temos a afirmação da administração enquanto recurso à atividade-fim da instituição, dado corroborado na página do CNJ quando explica ao leitor qual a visão do órgão ora descrito e afirma “[...] ser um instrumento efetivo do poder judiciário.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Tendo se autodenominado instrumento, outra sinonímia não seria coerente senão ver o CNJ enquanto recurso ou via pela qual escoam ações adjutórias ao Poder Judiciário. A negativa ou contradição dessa assertiva significaria portanto conspurcar jurisdição ou de outra forma usurpar autoridade. Tomando o vocábulo autoridade na aceção mais ampla, tratar a esfera administrativa como figura focal e não fundo, seria como subverter a normal ordem de relevância de atividades meio em finalidades, ideia que deve ser repelida com vigor.

Todavia o sítio analisado, a todo momento, parece fornecer pistas neste sentido. Uma delas é quando elucida que o fazer do CNJ tem como escopo zelar pela autonomia do poder judiciário. Em momento seguinte, todavia, destaca que o CNJ “[...] visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014, p. 2).

Neste caso, e sem abrir à conclusão mais ampla, ressaltamos que soa ambígua a atividade de zelar pela autonomia de um poder, e ao mesmo tempo aperfeiçoá-lo, pois zelo e controle por aperfeiçoamento são duas funções colidentes. Quando a página alude ao controle, tangencia a função administrativa de mensuração e avaliação de resultados, daí se insere como meio regulatório ou função restritiva organizacional para manter os padrões planejados, o que decerto abalroa o conceito de autonomia. Daí novamente que, nesta ambivalência, a atividade administrativa que deveria ser meio ou suporte, reveste-se de roupagem dialética, com tal gradação de importância, que certas vezes transborda

² Movimento criado pelo Engenheiro Frederick Winslow Taylor no início do século XX para reduzir custos nas indústrias e elevar a produtividade.

e pode obscurecer a atividade-fim, transformando-a em elemento secundário, algo que, de imediato, soa estranho aos Tribunais Judiciários.

A fim de discutir o alcance do que foi dito, tomemos logo em seguida a declaração vertida na página do Conselho Nacional de Justiça (2014) quando se propõe com a gestão “[...] definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário.” A atribuição de dizer o planejamento estratégico é uma das formas mais cristalinas de tomar as rédeas organizacionais e nortear suas diretrizes, isso implica que o órgão que planeja tem elevada amplitude de poder a ponto de orientar o macro horizonte do sistema como um todo, tomando deliberadamente a sistemática das decisões, pois ele passa a ser o agente de maior relevância na instituição. Isso é tão verdadeiro que, em uma empresa, diz Newman (1999): “[...] o planejamento é um meio de manter coalizões e assegurar domínio.”

Deveras, as bases ideológicas nas quais o planejamento estratégico se estriba são, grosso modo: o estabelecimento de objetivos, a análise interna e externa à instituição, a geração, a avaliação e seleção de estratégias ou operações e o controle e mensuração do que foi planejado. No caso em tela tais fatores enunciam dois pontos fulcrais: a perspectiva empresarial ínsita nas ações do CNJ, muito próximas à teoria da APO de Drucker (1999), já referenciada neste trabalho, e o hipérbato ou inversão do grau valorativo das atividades-meio em fim. Essa sinquise é confirmada quando se analisa a função precípua do CNJ, que deveria restar serviente à comunidade. No entanto, quando o órgão traça suas atribuições, sua visão e sua missão - por exemplo - muito pouco se reporta aos cidadãos brasileiros. Por via contrária, é aos órgãos sob seu controle e a si próprio que as luzes do CNJ focam, em total anástrofe entre fim e meio, sacralizada pelas vias do rigor empresarial matemático.

Isso é tão verdadeiro que quando a página se reporta a gerar melhores serviços e maior acesso à justiça (PASOLD, 2001) ressalta que o fará por meios de publicações ou relatórios estatísticos sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País. No final da página ao explicar de que forma o CNJ poderia prestar melhores serviços aos cidadãos, o documento brevemente delinea alguma preocupação com a sociedade, robustecendo a função de controle pelas vias do método disciplinar. Vejamos:

Na Prestação de Serviços ao Cidadão [cabe ao CNJ]: receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

E destaca seu caráter punitivo, ressaltando que:

Na Moralidade [cabe ao CNJ] julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009, p. 2).

É oportuno aqui destacar a vertente do Estado gerencialista ou gerencialismo, modelo de gestão pública inglês que teve espaço no governo de Margareth Thatcher, e que fora adotado no Brasil na década de 1990. Segundo Clarke & Newman (2012) o gerencialismo traduz um *ethos* de negócios do setor privado no Estado e no setor público, em decorrência disto, mesmo onde os serviços públicos não estivessem totalmente administrados pelo setor privado foi criada uma cultura de competitividade.

Sendo assim, Clarke e Newman consideram o gerencialismo uma estrutura calculista que organiza o conhecimento sobre as metas organizacionais e os meios para alcançá-las. Usualmente está estruturado em torno de um cálculo interno de eficiência (entradas-saídas) e um cálculo externo de posicionamento competitivo em um campo de relações de mercado. Da análise empreendida por Clarke é possível estabelecer um critério de equivalência com as perspectivas do CNJ uma vez que este órgão coordena uma vasta pauta de programas de âmbito nacional que, em sua grande maioria, tem como prioridade implícita a gestão institucionalizada do órgão.

Então em face a este modelo é possível destacar alguns argumentos do que seria um Estado modernizador defendido por vias da gestão dinâmica com flexibilidade e potência para convergir o foco nas habilidades pessoais dos tomadores de decisões. Assim, os documentos analisados na página estão em congruência com o que Caravantes (2005) denomina de perfil da nova gerência para o setor público, exigindo das organizações habilidades estratégicas, habilidades para a tarefa e habilidades de autoconhecimento. Quanto à primeira, o autor destaca a capacidade do órgão para formular o planejamento estratégico, que deve ser formulado por um órgão de *staff*.

Já a habilidade para a tarefa é exigida dos órgãos executores sobre os quais o *staff* tenha controle, devendo estes priorizar e fixar objetivos, desenvolver um plano de ação e, principalmente, habituar-se a cumprir metas organizacionais gestadas pelo *staff*. E por fim, a habilidade de autoconhecimento pode ser condensada na adaptabilidade pessoal do órgão sob a ação do *staff* para ser maleável e responder adequadamente à situação.

Entendendo que no caso analisado o CNJ é o *staff* ou órgão cerebrino capaz de gerar um decálogo de ações gerenciais sob as quais haverão de ser conduzidas as ações do Poder Judiciário, passamos a examinar de que forma essas estratégias geradas pelo CNJ são desdobradas em metas nacionais a ser cumpridas pelo Poder Judiciário.

2.1 AS METAS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Pela análise do organograma do CNJ foi possível perceber que o órgão tem atualmente um setor denominado DGE (Departamento de Gestão Estratégia), cuja atividade que mais se destaca consiste em prestar assessoria técnica à gestão de projetos, bem como à organização e normatização do CNJ, corroborando a roupagem administrativista que conjecturamos desde o início deste trabalho quando tratamos de planejamento estratégico.

Sobre o planejamento estratégico, é oportuno lembrar a lição de Igor Ansoff (1999), que destaca o desdobramento dessa ferramenta administrativa em planejamento

tático (realizado no nível gerencial³) e planos operacionais (realizado no nível de execução ou operacional das instituições). Portanto, recomenda Ansoff (1999) que os planos operacionais se desdobrem em subplanos que, em sua grande maioria, apresentam menor alcance e duração.

Há na doutrina administrativa uma gama de exemplos de subplanos, tais como orçamentos, procedimentos etc. Todavia, para este trabalho, o importante é ressaltar o subplano denominado “programa ou programação”, que na conceituação de Daft (2009) implica a esquematização de atividades que, em geral, relacionam duas variáveis: o elemento temporalidade e as atividades a executar naquele interregno, daí ser necessário o estabelecimento de uma programação ou cronograma prévio estabelecendo um nexo entre essas duas variáveis (tempo e ação), expresso nos vocábulos “quando” e “o quê”.

No cronograma as atividades são previamente determinadas, expressamente escritas e publicizadas de modo a gerar certeza em seu cumprimento e possibilidade de avaliação *a posteriori*. Sob essas características, explica Ansoff (1999) que as atividades são denominadas de “metas”, e que quase sempre são traduzidas em termos numéricos uma vez que a exatidão é particularidade de fácil controle e verificação.

No caso estudado, as metas do Poder Judiciário são ações preestabelecidas pelo CNJ aos Tribunais, com a perspectiva de cumprimento durante um intervalo de tempo - normalmente 12 meses - dadas a conhecer a partir de sua formalização. Eis que, a partir disso, tem-se um acompanhamento *pari passu* ou controle verificador ao longo do processo a cada quadrimestre. Como se pode ver, o órgão exerce a gestão a partir dos macrodesafios, tentando estabelecer uma efetividade ou indicador sintético de resultado, denominado índice de efetividade na gestão.

Quanto ao Poder Judiciário, o teor de gestão é temática relativamente nova, neste sentido a página 2 do Conselho Nacional de Justiça (2014) explica que:

[...] as metas nacionais do Poder Judiciário foram definidas pela primeira vez no 2º Encontro Nacional do Judiciário, que aconteceu em Belo Horizonte, Minas Gerais, em 2009. Ao final do Encontro, os tribunais brasileiros traçaram 10 metas de nivelamento para o Judiciário no ano de 2009. O grande destaque foi a Meta 2, que determinou aos tribunais que identificassem e julgassem os processos judiciais mais antigos, distribuídos aos magistrados até 31.12.2005.

Com a meta 2, diz o CNJ que foi iniciada uma campanha para diminuir o estoque de processos não julgados, decrescendo assim o congestionamento no *iter* processual e evitando de certa forma, a ocorrência dos institutos de prescrição e decadência por inércia do órgão judicante. A partir de 2009 as metas do CNJ se estabeleceram anualmente e se ampliaram com destaque para o desafio de gerar maior agilidade e eficiência da justiça

³ A teoria estruturalista da administração divide as instituições em três partes: nível estratégico ou cúpula organizacional; nível tático ou gerencial e nível operacional ou executório. O planejamento estratégico é desenvolvido nessas três áreas recebendo de cada uma delas as suas características. No nível operacional o planejamento estratégico é desdobrado em programas para ser executados por profissionais que participam diretamente da atividade fim das organizações. No caso analisado, o nível operacional é considerado os tribunais ou órgãos judicantes que darão provisionamento aos processos.

através da modernização e informatização dos dados, entendendo que estes são de fácil acesso à população.

Além desses aspectos, informa o CNJ que as metas possibilitaram a transparência do Poder Judiciário, sendo disponibilizado ao público maior proximidade com os órgãos judicantes pelo conhecimento prestado sobre as funções judiciais, por exemplo. Além disso, a disponibilização por meio eletrônico de informações processuais, tais como tramitação e consulta às tabelas de custas, por exemplo, facilitou sobremaneira o acesso aos bancos de dados, gerando maior transparência para os usuários. Por fim, diz o CNJ que em 2013,

[...] foi realizado o VII Encontro Nacional do Judiciário, em Belém/PA, para aprovação das metas nacionais de 2014 e dos Macrodesafios do Poder Judiciário para o período 2015-2020 bem como metas específicas aplicáveis a determinados segmentos de justiça. A partir deste ano [2013] somente serão acompanhadas diretamente pelo CNJ as 6 metas nacionais.

O CNJ entende que sua absorção com as grandes metas nacionais permite aos tribunais a concentração de esforços para o alcance de metas com maior demanda da sociedade, tais como: redução de acervos de processos pendentes de julgamento; priorização de razoável duração do processo; e principalmente produtividade dos magistrados e servidores.

A gestão organizacional, sem dúvida, pode gerar celeridade e imprimir probidade na justiça, e esse é um dos temas mais desejados na sociedade cidadã. Ocorre que merece atenção especial a forma como se processam determinados aperfeiçoamentos, para que o método utilizado não ocupe a ribalta em detrimento do resultado ou fim desejado, fazendo uma inversão valorativa que pode ser intrigante. Eis aqui a ação do CNJ, que no afã de aproximar a justiça da população parece-nos desbordar na forma, acabando por estabelecer um protagonismo aos dados de cunho numérico.

Observe o leitor que nosso objetivo não é entender como essas metas numéricas foram construídas, se foram socializadas, se discutidas com o grupo impactado ou simplesmente verticalizadas de forma descendente aos Tribunais. Nossa perspectiva aqui é tão somente analisar o conteúdo das metas, e a sua forma de exigência numérica.

Passamos então à análise dos propósitos do CNJ no ano de 2013, pensados a partir do planejamento estratégico, através de metas infligidas aos segmentos - federal, estadual, trabalho, eleitoral, militar e STJ - aqui metaforizados pela gestão como níveis operacionais, atividade-fim, ou executórias do Poder Judiciário.

O programa se fez em 19 metas, algumas individualizadas por Tribunais, outras dirigidas a todos eles, de maneira que, para melhor compreensão do leitor, condensamos essas metas em 10 considerando algumas delas comuns aos órgãos. Começamos então a análise pelo trilhar dedutivo, que parte do geral ao particular, procurando examinar do modo mais sintético possível.

Logo de início a “meta 1” ressalta que “[...] todos os segmentos da Justiça devem julgar a quantidade maior de processos de conhecimento.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013). Ao analisar esse fragmento percebemos o realce ao fator numérico, logo, a meta faz uma aproximação aderente à Teoria Matemática da Administração ou racio-

nalidade da decisão, sendo levada a cabo pela concepção das decisões programáveis de Simon (2001), que nos brinda com a matematização de decisões programadas, previsíveis, repetitivas e estruturadas.

A “meta 2”, também extensiva a todos os segmentos da justiça, é mais específica e traz em sua recomendação explicitamente as tarifas numéricas, destacando que até 31/12/2013 deveriam ser julgados,

[...] pelo menos, 80% dos processos distribuídos em 2008, no STJ; 70%, em 2010 e 2011, na Justiça Militar da União; 50%, em 2008, na Justiça Federal; 50%, em 2010, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2009, na Justiça do Trabalho; 90%, em 2010, na Justiça Eleitoral; 90%, em 2011, na Justiça Militar dos Estados; e 90%, em 2008, nas Turmas Recursais Estaduais, e no 2º grau da Justiça Estadual.

Creemos que, ao trabalhar os fatores numéricos, a meta 02 tomou por base a chamada “Teoria das Restrições”, pois esta salienta que as maiores filas se encontram diante de gargalos que obstruem e atrasam o processo produtivo, daí que o importante é identificar as restrições e atuar sobre elas, o que levou à técnica japonesa do *just-in-time* ou conhecimento do processo fabril enxuto (Clarke; Newman, 1999, p. 34). É o que o CNJ pretendeu implementar através da meta 02 supracitada, sem informar no entanto, quais foram os obstáculos que contribuíram para formar as filas ou pilhas de processo. Ao assim fazê-lo, a meta 02 ataca a consequência, sem debelar a causa.

Com as metas 03 e 04 dirigidas à justiça militar estadual, a exigência não foi diferenciada, uma vez que o Conselho Nacional de Justiça (2013) requereu aligeirada ação deste segmento que deveria “[...] Julgar 90% dos processos originários e recursos, ambos cíveis e criminais, e dos processos de natureza especial em até 120 dias”, aplicando assim uma programação linear do tipo cronograma. Ademais, prescreveu ainda que o órgão deveria “[...] Implantar o processo judicial eletrônico em 25% das unidades judiciárias.” Perceba o leitor que também não temos dados para inferir em que situações se deu essa exigência à justiça militar e se o Estado forneceu condições para a consecução da meta; fato que, na maioria dos casos, não ocorre, quedando-se aquele a quem é dirigida a exigência, no desafio de “*do it yourself*”.

As metas 5 e 6, dirigidas à Justiça Federal, trataram da aceleração do ritmo de produção, tendo o CNJ recomendando ao órgão “[...] Designar audiências e realizar demais atividades de conciliação adequadas à solução de conflitos em número maior do que o ano de 2012.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013). Ao analisar esse fragmento acreditamos que a elevação numérica significa a organização racional do trabalho ou taylorismo, pois, ao propor intensificação do ritmo laboral, a meta ressalta a agilidade e rotinização nas decisões. Diante do que foi dito, nossa hipótese foi corroborada, pois a meta 6 prevê que a Justiça Federal deva “[...] Implementar gestão por processos de tra-

balho (gerenciamento de rotinas) em 100% das turmas recursais”, o que significa seguir a bula do modelo único ou *the best way* taylorista.⁴

Dando um salto nas metas 7 e 8 da justiça eleitoral, pois consideramos pouco relevantes para este ensaio, analisamos as metas 9, 10, 11 e 12 para a Justiça do Trabalho. Com rara exceção, a meta 9 traz a preocupação com o trabalhador, recomendando implementar o programa de controle médico e prevenção de acidentes em pelo menos 65% das unidades judiciárias administrativas. Já a meta 10 destaca a preocupação com a ergonomia, no entanto, é para elevar a produtividade que o combate à fadiga muscular da meta 10 se reporta.

Reiteramos, por conseguinte, o padrão taylorista da meta 10, que racionaliza critérios estabelecendo que a Justiça do Trabalho deverá adaptar naquele ano 20% de suas unidades para preservar a saúde do trabalhadores. Em seguida, a meta 11 trata da capacitação, destacando que 50% dos magistrados e 50% dos servidores deverão estar aptos a utilizar o pregão eletrônico e entender de gestão estratégica.

Do que foi visto, não resta dúvida que o CNJ tem a preocupação de imprimir maior credibilidade ao Poder Judiciário, reforçando assim a probidade já existente e preconizando a modernidade do órgão. Todavia, perante os critérios que apontamos, o esforço para obtenção da melhoria da qualidade recai quase que diretamente no descongestionamento do *iter* processual e produtividade dos servidores, exigidos através de metas quantitativas.

Trabalhando no endurecer do cimento burocrático, alguns indicadores matemáticos poderiam não refletir a efetividade que se está buscando, isso por que o desafio de garantir direitos de cidadania pela demonstração numérica pode se mostrar tão turvo quando o não acesso à justiça, tão duramente perseguido pelas metas. Para calçar nossas observações nos socorremos da inteligência de Martin Heidegger, para quem o pensamento calculador, isoladamente, pode trazer alguns desconfortos. Passemos a analisá-los.

3 O PENSAMENTO CALCULADOR COMO PONTO FULCRAL NA SOCIEDADE MODERNA

O surgimento da razão moderna marca o início da predominância do sujeito pensante a partir do modelo cartesiano e transforma as representações desses sujeitos em medidas mensuráveis, que são importantes mas não são critérios exclusivos, *sui generis*. A técnica e a emergência da razão moderna e seu ideal de construção do mundo por *mathesis*, conquanto sejam significativos, estabelecem uma compreensão unilateral (DELEUZE, 1976), quando deixam de considerar outras possibilidades mais subjetivas e peculiares.

Martin Heidegger ressalta a sensibilidade do ser humano, que, ao decidir leva em consideração o desenvolvimento imanente de suas potencialidades, e assim, desde logo, opõe-se à *formatio* ou ao conjunto de preceitos do saber técnico que, isoladamente acaba por aprisionar o próprio homem e suas decisões. Diz o autor que, a instituição da técnica, depurada de outros elementos, pode transformar-se em critério funcionalista que decerto caminha para soluções turvadas de dúvida.

⁴ Modelo de gestão que cria um modelo ou bula prescritiva padronizada de ações, de maneira que uniformiza os procedimentos nas instituições.

Martin Heidegger sustenta que a análise meramente numérica é uma clausura ou aprisionamento a que ele denomina “pensamento calculador”, algo tão exato que, se for usado como único método de investigação poderia desviar a abordagem fenomenológica da filosofia. Isto porque, diz o autor, o pensamento calculador é importante, porém solitário seu uso se transforma em uma aporia ou círculo vicioso que opera na enunciação e pode deformar resultados.

Por conseguinte, há um discurso de certeza cujo critério é dominante e que tem como resultado o encapsulamento da própria decisão em fórmulas que, muitas vezes, não refletem a magnitude da vida, pois esta é premida de complexidade e dinamicidade que escapa à certeza das récipes. Cega, a *mathesis* tem a possessão por princípios e cânones demonstrando, decerto, a sobriedade tão necessária à organização, mas também a prosaica planificação do modelo lógico, que captura a realidade no quadro conceitual ôntico, e a põe diante do sujeito como objeto.

Ademais, ressalta o autor, a entificação do ser como realidade eficaz tem dificuldade de vislumbrar as condições e possibilidades de entender o “Dar-se”, ou seja, o mistério que subjaz no desvelamento. A preeminência de um *sub-jectum* provém do desejo de encontrar os alicerces de uma absoluta verdade na razão, e essa verdade, decerto, advém de um calcular que produz certeza. Desta forma, o pensamento mensurador submete os conceitos à totalidade do cálculo e da planificação para em seguida, dotá-los de uma função de controle que racionaliza a análise.

Por conseguinte, informa Heidegger que tais expressões desenham com tamanha amplitude aquilo que ele denomina de instrumentalização e distanciamento da própria compreensão, porque o modelo epistemológico calculador faz uma cisão entre consciência estética e o mundo real. Há decerto, diz o autor, uma clivagem entre *mithos* e *logos*, pois o pensamento se desdobra como lógica para a logística e “[...] vai correndo por cima de trilhos” (LYRA, 2008), usando para tanto a linguagem de tabelas, índices, e avaliações instrumentalizadas tendo como critério a matemática.

Decerto que o pensamento mensurador diante dos objeto faz múltiplas conjecturas em planos e antecipações, pois opera na práxis visando o controle e o resultado (SARAMAGO, 2008), sendo assim, diz Heidegger que o pensamento calculador enumera possibilidades de satisfazer os fins previamente delineados pelo mundo técnico, considerando o universo numerável como definitivo.

Eis a razão pela qual o pensamento calculador é representacional da produtividade, pois ele próprio é uma forma objetificadora que se apropria do pensar como um horizonte estático, uma estrutura de antecipação que tem sua aparência delineada a partir da prontidão do logos planejado. A lógica da sociedade pós-moderna parece implicar uma comensurabilidade dos elementos e a determinabilidade do todo. Sua legitimação em matéria de justiça social e de verdade científica seria a de otimizar as performances do sistema. O critério de operatividade é tecnológico, porém ele não é pertinente para julgar o que é certo ou justo (CRUZ, 2012).

Sem dúvida, o pensamento calculador é importante, todavia de maneira insular, não consegue compreender a heterogeneidade da realidade ontológica pois transforma a natureza em algo estéril, que embora ofereça conceituações estáveis, tem dificuldade

de pensar a ductibilidade dos problemas do tempo presente, pois estes são carregados de heterogeneidade e mutação.

É preciso pois, não desprezar a técnica, todavia, há de ser considerada uma nova inteligência, mais sistemática que tome por base o homem, seu pensar e suas reflexões e sensibilidades, e que venha somar-se como um *plus*, ao pensamento calculador. Heidegger chama essa nova inteligência de pensamento meditativo e nos brinda com suas principais nuances. Ei-las:

3.1 O PENSAMENTO MEDITATIVO DE MARTIN HEIDEGGER

Recusando a formação do pensar tratadístico linear (ANDRADE, 2009), Heidegger aponta para certos ensaios, dando relevância à criticidade em forma de circularidade. Assim, sua obra “Serenidade” evidencia o caráter ontológico do homem, que vive sob o signo da angústia, aquele que revela o nada com o véu do ser. Desta forma, Heidegger propõe o que denomina de pensar meditativo, atitude contingencial adequada para refletir a historicidade do sujeito, e por conseguinte, em sintonia com o presente (BOURDIEU, 1989), sem ter a pretensão de ser modelagem fixa.

Desta forma, o pensamento encontra-se em um círculo no interior do caminho que conduz ao esclarecimento através do próprio caminhar, sem ter uma prévia cartularidade, pois o pensar é coalhado de questões que se abrem a outras temáticas. O ato de perguntar, diz Heidegger, é sublime e opera no discurso para desconstruir as certezas do pensamento calculador. Ao abrir-se às novas questões, e diante de novas respostas, o pensamento meditativo está em sintonia com o contexto (HEIDEGGER, 2003).

Portanto, pelo pensamento meditativo há dificuldades de estabelecer contornos ao ser, aquele que Heidegger denomina *Dasein*, um ente lançado no mundo e com ambivalência para se projetar como um ser que tem ontologia e campo de valência próprios, portanto, rejeita as fórmulas únicas de interpretação que lhe são dadas à leitura da vida. Por via contrária, o *Dasein* tem fundamentos para uma busca plúrima de suas questões, pois ele tem uma curvatura própria de compreensão de si, e do mundo circundante.

Aqui não há que se falar unicamente em receituários numéricos, embora sejam eles instrumentos importantes, mas a tarefa do pensamento meditativo exige refinada linguagem (BEAINI, 1981) pois o *Dasein* é um ente de interlocução e propício ao pensamento no solo mundano. Daí que a meditação é reflexiva e recusa a representação prévia do pensamento calculador, pois ela se deixa guiar pela *voluntas* e exige maturação demorada, acurada ponderação que carece de delicadeza e espera.

Heidegger qualifica esse estágio de pensamento como a atitude da “serenidade”, que para ele não implica inércia, tampouco indiferença, mas elevada atividade intelectual não planejada, não mapeada previamente. Vale dizer que serena é a decisão refletida que tenha uma consonância com o objeto refletido, de forma que pensamento e ente são autorreferenciados, pois há um movimento de vir ao encontro, capaz de dissolver a dualidade sujeito-objeto.

O pensamento meditativo no entender de Heidegger é aquele que imerso em silêncio, tem a capacidade de diálogo (STEINER, 1982) com o mundo e suas peculiaridades,

desvencilhado de fórmulas prontas. Portanto, o silêncio é atitude preservacionista que evita obstrução e escapa às polarizações do pensamento representacional.

Logo, é preciso destacar que o pensamento meditativo, embora não se confunda com o pensamento calculador dele não se desprende, diz Heidegger. Ocorre que a forma de relacionar-se com a técnica é que o pensamento meditativo a ela não se verga como servo. Desta forma, a análise acurada, o pensamento silenciador, é foco e atitude revitalizadora da teoria tradicional todavia sem cristalizar-se diante de suas representações mapeadoras.

4 CONCLUSÃO

Desde logo destacamos a confirmação de nossa hipótese quanto à aderência do CNJ ao modelo empresarial para lidar com os processos judiciais. Entendemos que o processo é um conjunto de atos complexos e coordenados, tendentes ao exercício da função jurisdicional e por conseguinte, à composição da lide. Nesta visada, é possível ressaltar também, que o procedimento é forma material ou roupagem com a qual ele se exterioriza. Por esta acepção, está claramente evidenciada que processo e procedimentos são meios administrativos através dos quais os tribunais em sua jurisdição valem-se para exercer a função privativa do Estado, qual seja dar solução à lide.

Tal assertiva óbvia reitera que a pacificação social é a razão de ser do Poder Judiciário, inserido que está no Estado ético. Contudo, as metas do CNJ soam como um descompasso ao tomar as ações do Poder Judiciário e parametrizá-las aos moldes do setor empresarial, este sim, pautado pela concorrência, lucratividade e produtividade, substantivos que se adequam ao pensamento calculador.

Mas é preciso destacar também que a eticidade do Estado não afasta os atributos virtuosos dos Tribunais, tais como probidade, celeridade e economicidade, elementos que deverão ser perseguidos pela boa gestão pública, temperada com a melhoria na qualidade e um provimento tempestivo capaz de ter efetividade. Sem dúvida, a adoção desses critérios são necessários e devem ser vislumbrados como elementos secundários, exatamente porque são medidas instrumentais.

Não foi o que percebemos analisando as metas de 2013 do CNJ, que se inseriram como protagonistas no contexto jurídico, invertendo a chave de inteligibilidade dos fins do Estado, em meios de potencializar uma gestão por resultados. Assim, com a utopia semiológica do plano da linguagem de gestão empresarial as metas se assentam na roupagem unilateral mensuradora como o elemento até mais importante que a própria ação dos Tribunais.

Eis que, no afã de garantir direitos de cidadania, o CNJ adota a gestão administrativa mais clássica, aquela que até nos meios empresariais vai caindo em vertiginoso desuso em função de suas práticas mecanicistas que ela mesma apregoa e que tem dificuldade de implementar. Em consonância com essa discussão, entendemos que o pensamento calculador isolado pode turvar as respostas, porque a racionalidade no ato de julgar pode obscurecer a percepção.

De forma similar ao pensamento de Heidegger ressaltamos ser temerário desejar o aperfeiçoamento da gestão pela política de denominador comum compreendida como diminuição de custos e elevação de produtividade, equação simplista posta em percentuais e quadrantes numéricos que pode mostrar-se hermética e inclusive eclipsar resultados.

Daí que é necessário analisar a pauta de metas propostas pelo CNJ considerando seu pragmatismo, mas também o reducionismo nela contido à medida que canaliza somente variáveis numéricas para avaliação dos resultados. Portanto, partindo do entendimento do pensamento meditativo heideggeriano consideramos que a pauta de metas numéricas do CNJ é parcial pelas razões que passamos a expor.

Considera-se, não raro, que a atividade de prestação jurisdicional exige refinada sensibilidade dos Tribunais, e principalmente dos magistrados porque proferir uma decisão envolve direcionar-se a relações complexas, às vezes intencionais ou não, que conjugam experiências vívidas. Há, decerto, um ato de pertença no julgar, uma interpretação que assume o caráter hermenêutico da faticidade, da existência concreta, acepção difícil de ser guiada unidirecionalmente pela *fomatio* da intenção mensuradora.

Confrontando o pensamento calculador, entendemos que proferir decisões envolve acurada intuição e aprimorada percepção para apreender a essência daquilo que se mostra em si mesmo, aquilo que Heidegger denomina de demonstração fenomênica, percepção e identidade. Assim, a ação decisória é meditativa, porque além da percepção ela carece de sensibilidade, atitude filosófica eminentemente intelectual.

Portanto, indefensável é a teoria de modelagem empresarial nos julgamentos, sob o argumento de potencializar desempenho e produtividade, inclusive metamorfoseando a essência do ser que, aos olhos do paradigma calculador do CNJ passa a ser denominado de “capital humano”. Assim, rejeitamos o sentido achado nessa perspectiva, pois ela é antagônica ao pensar meditativo, que considera o ser ontológico, com valência própria e historicidade para exercitar seu pensamento e suas decisões, desgarrado de fórmulas prévias.

Isso por que decidir é lançar mão de uma cognição e lucidez que se dá na clareira heideggeriana e luz do Dasein, uma vez que o julgador lida com fenômenos plúrimos que exigem vivência e sensibilidade para desvelar a essência do objeto. Portanto no interpretar embora o julgador esteja voltada a um determinado dado, ele também o constitui preenchendo-o com percepções, valores e historicidade.

Daí que o ato basal da percepção é trazer o fenômeno à luz para interpretá-lo a partir da hermenêutica da faticidade, pois o intérprete tem uma existência concreta e se move de acordo com seus valores e seu tempo histórico. Assim, o grande salto para uma teoria do direito (pós-positivista) é a recepção correta (adequada) dos pressupostos teóricos advindos da fenomenologia hermenêutica (STRECK, 2014).

Deveras, o elemento central para compreender-se a questão do tempo na vida fáctica é a *phronesis* aristotélica ou sabedoria prática, concebida como estrutura dianoética fundamental do agir. Esta compreensão refinada, envolve na interpretação dos fenômenos, uma concepção de tempo cuja maturação se torna inadequada quando submetida ao barema exato do pensamento calculador.

Concluindo, de igual modo entendemos que não se pode repudiar a metódica das ciências exatas dada sua importância na condução de determinados fenômenos da vida.

Todavia, compreendemos também que a matematização não é a única via para se extrair resultados e análises, por via contrária, essa visão foi confrontada pelas novas formas de experiências pré-reflexivas, aquelas mais voltadas à inteligência meditativa, cujo poder de decisão se enraíza na serenidade subjetiva.

Decerto que a energia que conforma a sociedade hodierna é plural e revestida de uma polissemia cuja unilateralidade da certeza matemática tende a demandar outros elementos mais significativos em uma dialogicidade sistêmica, envolvendo o objetivo e o subjetivo em importante sintonia. E que portanto além de rejeitar a cisão entre sujeito e objeto, faz uma ligação substancial entre eles, harmonizando-os na interpretação.

Eis que há uma infinidade de interações e interferências na multiplicidade de conexões que regem o mundo atual, que desafia a unilateralidade do resultado por cálculos. Portanto, à ciência jurídica não caberá mais a confortável sombra exata do pensamento calculador porque o sol que paira sobre ela exige novas inteligências.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Jardim. A era da representação ou o sentido do mundo segundo Heidegger. *Revista de Filosofia SEAF*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 8, p. 66-77, jan. 2009.

ANSOFF, H. Igor. *Business Strategy: selected readings*. London: Penguin Education, 1999.

BARROS, Aidil Jesus Paes de; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. *Fundamentos de metodologia*. São Paulo: Mc Graw-Hil do Brasil, 2009.

BEAINI, Thais Curi. *A escuta do silêncio: um estudo sobre a linguagem no pensamento de Heidegger*. São Paulo: Cortez, 1981.

BOURDIEU, Pierre. *Ontologia política de Martin Heidegger*. Campinas: Papirus, 1989.

CARAVANTES, Geraldo. *Administração, teorias e processo*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

CLARKE, John; NEWMAN, Janet. Gerencialismo. Educação e Realidade. *Educ. Real*, Porto Alegre, v. 37, n. 2, May/Aug. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas Nacionais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 3, 2012. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 30 mar. 2014.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. Hermenêutica filosófica e direito. *Revista fenomenológica e direito*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 117-139, 2011.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no direito: caminhos para a superação do paradigma formalista*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

- DAFT, Richard L. *Administração*. São Paulo: LTC, 2009.
- DELEUZE, Gilles. *Diferença e repetição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Graal, 2006.
- DELEUZE, Gilles. *O anti-edipo: capitalismo e esquizofrenia*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.
- DRUCKER, Peter. *The Practice of management*. New York: Harper & Brown, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes: Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. *Aclaraciones a la poesía de Hölderlin*. Madrid: Alianza Editorial, 2005a.
- HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. 2. ed. rev. São Paulo: Centauro, 2005b.
- HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- HEIDEGGER, Martin. *Hinos de Hölderlin*. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 2004.
- HEIDEGGER, Martin. *Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude, solidão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Mariana de Andrade. *Metodologia do Trabalho Científico*. São Paulo: Atlas, 2009.
- LYRA, Edgar; HEIDEGGER, Martin. Educação. *Aprender: cadernos de filosofia e psicologia da educação*, ano 6, n. 10, 2008. Disponível em: <www.uesb.br/editora/publicacoes/aprender/edicoes/aprender10.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014.
- MOONEY, James D. *Principles of Organization*. Nova York: Harper & Brothers, 2000.
- MORIN, Edgar. Educação e complexidade: os sete saberes e outros ensaios. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2009.
- MORIN, Edgar. LE MOIGNE, Jean Louis. *Inteligência da complexidade: epistemologia e pragmática*. Lisboa: Instituto Piaget, 2009.
- MORIN, Edgar; *X da questão: o sujeito à flor da pele*. Porto Alegre: Artmed, 2003.
- NEWMAN, William. *Administração avançada: conceitos, comportamentos e práticas no processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.
- PASOLD, Cesar Luiz. Aspectos estratégicos do desempenho do operador jurídico. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 6, n.12, 2001.

SANTOS, Izequias Estevam dos. *Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica*. São Paulo: Impetus, 2009.

SARAMAGO, Ligia. Sobre a serenidade em Martin Heidegger: uma reflexão sobre os caminhos do pensamento. *Aprender: cadernos de filosofia e psicologia da educação*, ano 6, n. 10, 2008. Disponível em: <www.uesb.br/editora/publicacoes/aprender/edicoes/aprender10.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2014.

SIMON, Herbert A. The New Science of Management Decision. In: SIMON, Herbert A. *The Shape of Automation for Men and Management*. New York: Harper & Row Publishers Inc., 2001.

STEINER, George. *As ideias de Heidegger*. São Paulo: Cultrix, 1982.

STRECK, Lênio. A relação texto e norma e a alografia do direito. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index>>. Acesso: 30 mar. 2014.

VATTIMO, Gianni. *As aventuras da diferença: o que significa pensar depois de Heidegger e Nietzsche*. Lisboa: 1988.

ZARADER, Marlene. *Heidegger e as palavras da origem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

DAS MÚLTIPLAS COMPREENSÕES DA LIBERDADE: LIBERDADE COMO IDEAL DE IGUALDADE

Carlos Giovanni Pinto Portugal*
Rosalice Fidalgo Pinheiro**

Resumo

O presente artigo tem a intenção de demonstrar - brevemente - a condição plúrima do conceito de liberdade tanto no decorrer da história da humanidade quanto nas discussões contemporâneas da filosofia política. Para isso faz-se alusão desde a concepção da liberdade na antiguidade grega, passando-se pela filosofia da igreja, e seguindo-se para as diversas acepções da liberdade dos contratualistas clássicos aos neorepublicanistas. Pretende-se demonstrar que a plenitude da liberdade jurídica e política, só se pode consubstanciar na medida da progressão do princípio da igualdade, sendo impossível proceder-se à liberdade estritamente negativa que, por si mesma, impede o espraiamento da liberdade de toda a coletividade que se encontra em diversos níveis de condições materiais. Neste sentido é que a liberdade como valor humano constitucionalmente estabelecido não corresponde apenas à visão individualista e de caráter estatal-absenteísta, mas sim implica liberdade - também - positiva e material, na medida em que se busca desenvolver uma sociedade justa e igualitária.

Palavras-chave: Liberdade. Igualdade. Direitos fundamentais. Função social.

1 INTRODUÇÃO

A complexa noção de liberdade pode ser compreendida a partir de várias aproximações. Ademais, é compreensível que a ideia de liberdade não tenha se mantido exatamente a mesma com o caminhar incessante da história. O que também deixa estar patente é que o conceito deve principiar, como já esclarecia Pontes de Miranda a questão da inexistência de sujeição do indivíduo ao outro, seja física, moral ou psicologicamente (MIRANDA, 2002, p. 321). Mas isso, como se tentará demonstrar, não implicará uma noção meramente negativa da liberdade, posto que se assim fosse, retirar-se-ia dela as múltiplas possibilidades que advém de uma forma positiva de liberdade.

O que se pretende, sem qualquer intenção de completude, precipuamente por se tratar de tema de tão rica discussão, é demonstrar que no decorrer da história (e ainda hoje na filosofia política) o conceito de liberdade não teve a remansosa posição de univo-

* Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil; Especialista em Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal; Advogado; Avenida Marechal Floriano Peixoto, 170, Cj. 1005, Centro, 80020-090, Curitiba, Paraná, Brasil.

** Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná; Mestre em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná; Professora adjunta da Universidade Federal do Paraná; Professora e coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil; Rua Konard Adenauer, 442, Bairro Tarumã, 82820-540, Curitiba, Paraná, Brasil; rosalice@gmail.com

cidade. Porém, pretende-se indicar que apenas uma imbricação da liberdade à igualdade poderá indicar os contornos efetivos de uma sociedade mais justa.

Em Platão é fato verificar uma bela invocação da importância suprema da liberdade individual em detrimento da inescapável trajetória mítica imposta pela crença nos deuses gregos. A visão grega da incontornabilidade da tragédia e do destino, seria transmutada pela concepção da liberdade das almas que poderiam escolher dentre diversos modos de vida antes de matarem sua sede com a água do “Lethes” no Mito de Er (PLATÃO, 1949). Tema que ulula de importância na filosofia política, a questão da liberdade em seus diversos momentos ocupou os pensadores de todas as épocas, posto que de tal conceito, e de sua largueza ou não, a própria noção de poder político se modifica. É deste tema que pretende a presente digressão tratar, observando-se, como é imprescindível, que a mesma apenas trará um encadeamento das várias noções do valor liberdade de forma singela, no afã de compreender o sentido histórico do termo, e visualizar alguns contornos de sua multifacetada compreensão atual.

O que permite aceitar a factibilidade (e honestidade) da digressão é a confiança de que a “[...] liberdade teve o seu percurso, em parte independente do que tem tido a igualdade, razão para dela podermos falar como vereda autônoma, no desenvolvimento dos povos.” (MIRANDA, 2002, p. 322). Proveniente do conceito-valor da liberdade, muito da construção dos direitos fundamentais se assenta. Daí também advir a fundamentação para tal construção. Veja-se, por exemplo, que se considerado um direito geral de liberdade, tal como aponta Alexy (2001),¹ as múltiplas possibilidades de construção dos direitos fundamentais dela atribuídos, bem como diversas estruturas deontológicas e suas extensões, poderão se encontrar fundamentadas.

Pretende-se então encontrar subsídios que permitam uma melhor compreensão da liberdade individual, ponto inequivocamente central na plena concepção de uma dignidade da pessoa humana, e de partida para a definição de novos direitos tuteláveis do indivíduo que se pretende compreendido na esteira do direito constitucional hodierno. Se não há um conceito a-histórico e unívoco acerca da liberdade, justamente pela sua condição pluri-conceitual é que se pode estabelecer a grandeza de sua importância para o mundo das relações humanas. Uma ampla noção da liberdade é, inegavelmente, uma chave de grande utilidade para a análise e a compreensão das formas de Estado e de organização da sociedade.

2 DAS DIVERSAS ACEPÇÕES DA LIBERDADE

Como bem esclarece Pontes de Miranda, muito embora o homem primitivo agisse com demasiada energia, considera-se que era parte efetivamente “indivisa da coletividade” (MIRANDA, 2002, p. 322). Daí faltar-lhe qualquer compreensão de liberdade aferível na esfera da individualidade, pois, como dito, só se reconhecia sua posição como inserto em um contexto de socialidade, ou seja, em um contexto adstrito à alteridade. A liber-

¹ Tal como estrutura o jusfilósofo alemão acerca da existência de um direito geral (direito fundamental completo) a partir do qual também se extraem posições de direitos fundamentais. Na obra indicada, ver, principalmente, o capítulo 7, “o direito geral de liberdade”.

dade individual é conceito que se sustenta e momento posterior a certa compreensão da igualdade e da democracia. Apenas depois o indivíduo se torna consciente de ser diferente do grupo, pensando independentemente, mesmo ainda pertencendo ao coletivo. Somente após “[...] a vocação da liberdade fez e proveio ao mesmo tempo da vocação à maior adaptação entre os homens, à maior redução do despotismo e das assimetrias.” (MIRANDA, 2002, p. 326). Distanciando-se temporalmente das primeiras incursões humanas na esteira da construção do sentido da liberdade, posto que tal tratativa seria por demasiado larga e decerto incompreensível a esta tratativa metodológica, verifica-se necessário compreender que dentro da filosofia política várias são as intensidades das concepções da liberdade, mormente em relação às não menos complexas e cambiantes noções de igualdade e democracia.

Das diversas noções de liberdade, envolvendo-se aqui aquelas reconhecidamente negativas ou positivas, há uma noção primeira que se apresenta útil: dois tipos de sociedades são notadamente construídas a partir das noções acerca de um valor supremo estar depositado no indivíduo ou na sociedade. Daí ser a primeira conotação social um *holismo*, e, a segunda, um *individualismo* (DUMONT, 2000, p. 37). Se, como aludido acima, a noção de liberdade se fortalece como espaço próprio de não coação fora de um contexto necessário de coletividade, é também plausível que sob a noção de individualismo se apresentou com muita evidência a noção da liberdade, mormente de liberdade individual. Deste raciocínio é possível conduzir-se à lógica liberal da acepção do valor liberdade, porém, antes desta, é inescapável compreender que toda uma construção da liberdade foi também pensada e construída na base da filosofia cristã. Neste ponto, por exemplo, para Agostinho, por um lado a liberdade confunde-se com o livre-arbítrio, e, por outro, trata-se do encontro da “Verdade” única: “Eis no que consiste a nossa liberdade: estarmos submetidos a essa Verdade. É ela o nosso Deus mesmo, o qual nos liberta da morte, isto é, da condição do pecado.” (AGOSTINHO, 1995, p. 121). Assim como em Agostinho, em Tomás de AQUINO o conceito de liberdade aparece em vários sentidos, seja como livre-arbítrio (posto que das relações de liberdade é que se pode julgar a atitude humana), seja moral (liberdade como uma liberalidade divina), seja fundamental (liberdade como ato próprio do ser humano como abertura à verdade e ao bem) (ALVES, 2001, p. 1). Compreende-se então, que na filosofia de têmpera cristã os sentidos da liberdade (ou das liberdades) vão além daquela que concerne à liberdade fenomenológica, posto que em alguns aspectos a liberdade cristã tem também uma finalidade (a Verdade cristã) não se traduzindo apenas como uma liberdade de meios. Neste aspecto, é possível dizer que houve uma redução de compreensão da noção de liberdade à liberdade fenomênica, apenas esta típica da modernidade (ALVES, 2001, p. 1).

Se em certo momento da evolução humana o indivíduo teve de separar-se do coletivo para melhor compreender sua possibilidade de liberdade,² em momento - melhor conhecido e estudado - posterior, empreendeu um esforço de manutenção de uma área

² Tal como o renunciante de Louis Dumont, visto que ele “[...] basta-se a si mesmo, só se preocupa consigo mesmo. O pensamento dele é semelhante ao do indivíduo moderno, mas com uma diferença essencial: nós vivemos no mundo social, ele vive fora deste.” (DUMONT, 2000, p. 38).

própria. Tal área haveria de estar ao alvedrio das ingerências de um ente muito mais poderoso que a mera coletividade disforme: o Estado. Neste sentido é que Mill se debruça sobre aspecto da liberdade civil ou social, declarando que esta era, desde épocas remotas, inimiga da “Autoridade” (no sentido do aparato *institucionalizado* de autoridade). O Estado como “Autoridade”, seria “[...] como rei dos abutres [e] estaria não menos empenhado em oprimir o bando do que qualquer dos menores gaviões, [...] [sendo] necessário assumir uma eterna atitude de defesa contra seu bico e garras.” (MILL, [2005?], p. 18). É daí que toma sentido o termo “liberal” como alcunha para os que se arrogam o afã de defensores da liberdade. O são, na medida em que salvaguardam um espaço de liberdade notadamente negativo (maior ou menor) em relação ao ataque incessante do “rei dos abutres”.

Dentre outras possibilidades de fundamentação pela filosofia dos contratualistas clássicos, vale-se aqui de John Locke, posto que considerado o pai do liberalismo (VÁRNAGY, 2006, p. 46). Compreendeu ele a liberdade como elemento constante do cerne do pacto social, na medida em que o surgimento do Estado só restaria justificado no sentido da manutenção de uma liberdade que existira na forma pré-estatal. O pacto social surge apenas quando o estado de natureza, virtuoso e pacífico se degenera no estado de guerra, sendo instrumento para manutenção da propriedade e liberdade. Desde o famoso contratualista inglês tem-se veemente noção de que a liberdade afasta a ingerência do Estado, bem como se pode, inclusive vir a obstaculizá-lo em sua própria existência por meio de uma desobediência legitimada (VÁRNAGY, 2006, p. 64). É neste sentido que o Estado se torna súdito da vontade e da liberdade dos indivíduos. Veja-se que muito mais tarde, Mill descreve em seu consagrado “Ensaio Sobre a Liberdade” que “[...] o único propósito para o qual o poder possa ser legalmente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, seja evitar dano a outros” (MILL, [2005?], p. 27). Uma mínima condição de preservação é dada ao Estado, posto que: “A única parte da conduta de qualquer pessoa, pela qual ela está submissa à sociedade é aquela que concerne aos outros. Na parte que meramente concerne a si próprio, sua independência é de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano.” (MILL, [2005?], p. 28).

A liberdade nesse escopo do Estado Liberal não é aquela promovida pelo ente estatal, mas aquela que se dá na medida de sua abstenção. Emerge de significado o acima aludido acerca da multifacetada concepção histórico-ideológica da liberdade. Se a liberdade dos antigos se dava na forma da deliberação direta na praça pública e na sujeição dos assuntos privados, para os modernos a liberdade jamais poderia ceder seu espaço privado, podendo-se, inclusive abusar do direito de propriedade. Se a liberdade dos antigos “era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria [...] o objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas.” (CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 2009, p. 99-100).

Inegável que esta noção de liberdade e propriedade até hoje são encontradas, por exemplo, no texto constitucional vigente. Note-se que tal noção de proteção da liberdade e sua vinculação à tutela da propriedade privada é marca, até hoje, indelével do sistema jurídico, não obstante as modificações generalizadas que ocorreram de forma a mitigar (e não sepultar) a noção liberal de Estado. A primazia da tutela da propriedade (muito em-

bora arejada pela funcionalidade social) é evidente já no *caput* do artigo 5º, a inaugurar o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Carta Constitucional.

3 LIBERDADE PARA OS LIBERAIS (O LIBERTARISMO E O LIBERALISMO IGUALITÁRIO)

Mesmo dentro de uma conotação liberal é possível encontrar diferentes nuances para o sentido da liberdade individual. Os pensadores qualificados como libertários (libertarianistas) concebem a liberdade a partir de uma noção radical (liberalismo radical), extirpando de seu conteúdo, qualquer traço de positividade no sentido de atuação estatal em seu fomento. É notório que desta “escola” da filosofia política, o nome mais amplamente conhecido é o de Robert Nozick. A tratativa deste estudioso suplanta qualquer possibilidade de uma liberdade moderada e arejada pelo princípio de igualdade, numa defesa clara e ferrenha de um Estado efetivamente mínimo (NOZICK, 1991) (ou ultramínimo). A noção de liberdade em Nozick é então caracterizada fortemente pelo espaço dos cidadãos em relação à parca atividade estatal coercitiva, afinal, sua conclusão acerca do Estado é que deve ser “[...] limitado às funções restritas de proteção contra a força, o roubo, a fraude, de fiscalização do cumprimento de contratos e assim por diante [...]” (NOZICK, 1991, p. 9). A liberdade dos cidadãos deste Estado utópico seria tal que o mesmo não “[...] pode[ria] usar sua máquina coercitiva para obrigar certos cidadãos a ajudarem a outros ou para proibir atividades a pessoas que desejam realizá-las para seu próprio bem ou proteção.” (NOZICK, 1991, p. 9). Pode-se aventar que para Nozick a imposição característica do dever de solidariedade (em nossa Constituição no artigo 3º, I e III) se classifica como atentado à liberdade individual. A vinculação necessária entre os direitos individuais e a proteção plena da propriedade encontra no filósofo americano ampla fundamentação, e, nesse *iter*, qualquer manifestação paternalista estatal (que não aquela concernente à função de “guarda-noturno”), com óbvias coerções sobre a liberdade e a propriedade individuais, estaria comprometida pela lógica da violação de direitos (NOZICK, 1991, p. 42-43). É, para Nozick, neste Estado mínimo que os indivíduos são considerados invioláveis, tendo, por sua própria dignidade, direitos individuais, permitindo “individualmente ou em conjunto com aqueles que escolhermos, determinar nosso tipo de vida, atingir nossos fins e nossas concepções de nós mesmos, na medida em que sejamos capazes disso, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos possuidores da mesma dignidade.” (NOZICK, 1991, p. 357-358). A essa noção extrema de liberdade negativa (no sentido de não participação estatal na concentração dos esforços para atingir-se os fins da comunidade), encontram-se, porém, outras, que sugerem caminhos se não antagonicamente diversos, menos utópicos e mais institucionalmente (estatalmente) coercitivos.

Nodal compreensão igualitária do liberalismo é encontrada na teoria da justiça do filósofo Rawls (1997) a partir de uma redefinição da teoria contratualista clássica. Empreendendo suas construções teóricas contra as conotações utilitaristas e intuicionistas, é possível reconhecer em Rawls uma noção de liberdade adstrita à sua teoria da justiça como equidade. Destarte, afasta-se Rawls da noção meramente liberal clássica de liberdade individual e compreende-a no sentido de que “todos tenham direito à igual liberdade.” (ROSCHILDT, 2009). É justamente com a pretensão de construção de uma teoria

que se afaste de uma lógica absolutamente liberal e de um utilitarismo de atos ou regras (ROSCHILDT, 2009, p. 170), sob o qual os direitos fundamentais de alguns pudessem ser suprimidos pelo interesse de uma maioria (GARGARELA, 2008, p. 13), é que Rawls constrói uma teoria da justiça com base em um relacionamento entre o princípio de liberdade e princípio da igualdade. Em Rawls então, o conceito de liberdade, como primeiro princípio de justiça, se dá na medida da “[...] igual liberdade [que] se destina ao indivíduo visto de forma privada, enquanto a igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença estariam mais voltados para o corpo social.” (ROSCHILDT, 2009, p. 172). Neste sentido, é que para uma concepção rawlsiniana da justiça, é necessário certa compreensão da liberdade (ou, melhor, do princípio da igualdade) que não se dá no sentido único, mas adstrito à questão do princípio da igualdade. Para Rawls (1997, p. 64), são os princípios que consubstanciam sua teoria da justiça:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.

Tal compreensão da liberdade como princípio a direitos iguais, compreendidos ainda na esteira da eliminação possível das desigualdades sociais, faz de Rawls, um pensador singular que traduz a questão da justiça por sobre uma compreensão das iguais liberdades e oportunidades. É daí certa a afirmação de Teixeira para o qual: “Compreender o significado da liberdade em Rawls implica em conhecer a sua teoria da justiça como equidade, porque ele não está preocupado apenas com as liberdades individuais tal como o liberalismo clássico. Sua pretensão é de que todos tenham direito à igual liberdade.” Importante, ao menos, citar os trabalhos de Ronald Dworkin que, também classificados como parte de uma doutrina liberal igualitária concebem a liberdade a partir de uma visão menos individualista e predisposta ao discurso da igualdade.

4 COMUNITARISMO E REPUBLICANISMO: A LIBERDADE E A COLETIVIDADE

Deixando a concepção dos liberais clássicos ou liberais igualitários e partindo para a construção comunitarista³ da liberdade, é inescapável, mesmo para a estreita digressão que aqui se apresenta, ultrapassar a contribuição do professor da universidade de Harvard, Michael Sandel (dentre outros não menos importantes como Michal Walzer e Charles

³ Vale mencionar aqui a posição de Gargarella (2008, p. 137-138) sobre o ponto: “O comunitarismo pode ser caracterizado, em princípio, como uma corrente de pensamento que surgiu na década de 1980, e que se desenvolveu em permanente polêmica com o liberalismo em geral e com o liberalismo igualitário em particular. Essa disputa entre comunitaristas e liberais pode ser vista como um novo capítulo de um enfrentamento filosófico de longa data, como o que opunha as posições ‘kantianas’ às ‘hegelianas’ [...] enquanto Kant mencionava a existência de certas obrigações universais que deveriam prevalecer sobre aquelas mais contingentes, derivadas do fato de pertencermos a uma comunidade particular, Hegel invertia essa formulação para dar prioridade a nossos laços comunitários. Assim, em vez de valorizar - junto com Kant - o ideal de um sujeito ‘autônomo’, Hegel defendia que a plena realização do ser humano derivava da mais completa integração dos indivíduos em sua comunidade.” Porém, “[...] é difícil reconhecer esse comunitarismo como uma concepção teórica homogênea, unificada.”

Taylor). O comunitarismo, diferentemente do liberalismo (igualitário, inclusive) tem sua base na concepção relacional do indivíduo em sua comunidade, e não como ser universalmente autônomo. Neste sentido é que o indivíduo para o comunitarismo não se encontra sob a possibilidade de uma construção com base em regras universais. É por isso que enquanto “[...] aqueles que apresentam uma idéia ‘vaga’ da liberdade, os comunitaristas defendem uma idéia de liberdade ‘situada’, capaz de considerar nosso ‘fazer parte’ de certas práticas compartilhadas.” (GARGARELA, 2008, p. 140). As possibilidades cognitivas e de escolha dos planos de vida de um indivíduo não podem se isentar das concepções coletivas de seu mundo. É possível então, em modesta medida, encontrarmos um retorno à um conceito de liberdade coletiva tal qual expôs-se no início, na qual o indivíduo não é absolutamente soberano nas suas escolhas individuais. Para os comunitaristas “[...] não só é preciso se preocupar com as escolhas individuais das pessoas, como também é necessário cuidar de modo muito especial do ‘âmbito’ em que essas escolhas são realizadas.” A noção de liberdade para a filosofia política de matiz comunitarista não pode prescindir do conceito de coletividade. Somos, nesse aspecto inegável, seres sociais. A coletividade, para os comunitaristas forja fortemente as possibilidades de escolha dos planos de vida do indivíduo em certa e especial comunidade, pois “[...] o papel e o significado dessa rejeição para nós e para aqueles que nos cercam [se traduz]: somos seres sociais, e não há nenhum ‘eu’ que possa situar-se completamente à parte da sociedade.” (HORTON apud GARGARELA, 2008, p. 145). Volta-se a lógica da liberdade para o contexto social, na busca de uma sociedade mais justa com intuito de construção coletiva do bem-comum e da justiça. Anote-se as palavras de Sandel nesse caminho: “*A just society can’t be achieved simply by maximizing utility or by securing freedom of choice. To achieve a just society we have to reason together about the meaning of the good life, and to create a public culture hospitable to the disagreements that will inevitably arise.*” (SANDEL, 2009).

Desta atribuição comunitarista da filosofia política acerca da liberdade e da justiça, diferem-se as concepções dos pensadores chamados (neo)republicanistas tal qual Quentin Skinner, Philip Pettit, J. Pocock e outros. Segundo Gargarella (2008, p. 183), o republicanismo debate com as outras concepções de liberdade da filosofia política: o liberalismo e o comunitarismo. O movimento filosófico teve, em realidade, início já na Roma antiga, como por exemplo, nas construções de Cícero e Sêneca. É a partir daí que se referem aos teóricos como Skinner e Pettit, como proporcionadores de uma renascença do republicanismo (um neorepublicanismo (RODRIGUES, 2010, p. 2)), não deixando, contudo, de ter-se uma visão teórica com “conteúdo próprio” (RODRIGUES, 2010, p. 184), com um sentido se não unívoco, coerente. Assim uma marca do republicanismo, anotada por Pettit em livro de Gargarella, se dá no “denominador comum” de uma concepção “antitirânica” (PETTIT apud GARGARELA, 2008, p. 186) e antagônica a toda forma de dominação. A construção republicana se dá na medida de uma liberdade que difere da clássica divergência entre liberdade dos modernos e liberdade dos antigos tal qual tratava Constant (1819). Ademais, esclarece-se que a divisão teórica entre o republicanismo e o liberalismo antecedeu às discussões que antepõem a liberdade negativa da liberdade positiva.

A liberdade na concepção republicana se dá no sentido de uma “não dominação”, o que se afasta da lógica de uma liberdade como não-interferência. Como assevera es-

clarecedoramente Gargarella (2008, p. 190) acerca da liberdade republicana: “Antes de mais nada, em sua rejeição da dominação e da tirania, o republicanismo reivindicou uma idéia vigorosa de liberdade. Essa liberdade precisava, para sua preservação, da virtude dos cidadãos, e essa virtude, por sua vez, necessitava de certas condições políticas e econômicas.”

Assim, para a noção republicana, a liberdade, segundo Pettit, apenas pode ser exercida por um efetivo cidadão republicano, ou seja, aquele que pauta sua atitude política pelo viés da virtude cívica. O ideal de liberdade como não dominação representa assim, a essência da tradição republicana (RODRIGUES, 2010, p. 2). Tanto o governo quanto a economia ficam no republicanismo sob o pleno controle dos cidadãos. Porém, esses cidadãos devem estar imbuídos de pleno virtuosismo cívico, qualidade para a qual as instituições políticas devem estar orientadas. Assim, o Estado deve promover uma liberdade como não-dominação, como independência e preparo cívico pessoal para participação nas deliberações coletivas. A liberdade como não-dominação não proíbe qualquer intervenção (estatal, no sentido da liberdade positiva, por exemplo), mas nega a possibilidade de intervenções arbitrárias (RODRIGUES, 2010, p. 6). Parafraseando Pettit, Rodrigues demonstra que: “Esse ideal de liberdade possui aspectos ‘negativos’, na medida em que requer a ausência de dominação alheia, e ‘positivos’, na medida em que necessita de algo mais do que a ausência de interferência, ele requer segurança frente à interferência arbitrariamente fundada.” Enquanto a tradição liberal (mormente a libertarista de Nozick como disposto acima) requer a ausência quase total da interferência para a plenitude da liberdade, para o republicanismo, apenas requer-se a ausência de uma interferência arbitrária, posto que não é qualquer interferência no âmbito dos espaços individuais que causará real dominação. Ademais, para se possibilitar uma virtude cívica há que se ter interferência no sentido positivo, contanto que não se traduza em arbítrio. Ademais, advoga-se no republicanismo a promoção da liberdade como não-dominação, no sentido de também invocar a igualdade, posto que aquela estaria disposta à todo e qualquer classe de indivíduos (MARÇAL, [20--]).

As múltiplas noções acerca da liberdade, dispostas muito superficialmente acima (até pela limitação imposta pela metodologia desta digressão), implica compreender que a(s) liberdade(s) deve estar consubstanciada no diálogo entre as diferentes versões. Ponto comum entre os variados conceitos, se dá no sentido de que a liberdade é valor humano impassível de mitigação, posto que sua extirpação arbitrária, não traduziria o ideal de uma sociedade livre, justa e igualitária (MARÇAL, [20--])⁴.

5 DA POSSIBILIDADE DA LIBERDADE COMO FUNÇÃO

Na esteira de uma compreensão multifacetada da liberdade, e na tentativa de uma construção do conceito de liberdade adstrita à lógica da solidariedade e da função social (como elementos imprescindíveis a uma conotação constitucionalizada de liberdade individual), Ruzyk (2009) traça em sua tese de doutorado importante contribuição que dá

⁴ Conforme dispositivo constitucional brasileiro no artigo 3º, I, CF.

nova faceta à função social dos institutos do direito privado, acrescentando-se à função social do contrato e da propriedade, a função social da liberdade (ou das liberdades). Importante apenas mencionar que a múltipla compreensão da liberdade da filosofia política tem também, como não poderia deixar de ser, sua implicação evidente no campo do Direito Privado. Afinal, é no espaço privado que se evidencia, em um primeiro momento, seara própria de uma liberdade fundamentalmente negativa. Porém, com as novas concepções de liberdade vistas acima, e, além, sob o entendimento de que o Direito Civil também deve se encontrar sobre a base primária e hierarquicamente superior do Direito Público-constitucional, a noção de liberdade como autonomia da vontade (centro da lógica privatística na medida de um princípio basilar) deve se encontrar arejada.⁵

As discussões acerca da liberdade na filosofia política, traduzindo-se em pluridade de conceitos, intensidades e conexões, adentram à órbita - outrora própria - do Direito Privado. Bem esclarece Gargarella, demonstrando um claro antagonismo entre a tradição liberal e a republicana, que enquanto aquele se calcava na hermética divisão entre o espaço público e o espaço privado (bem como entre o público e o individual), este (o republicanismo) compreende a sociedade como um todo coeso, “[...] cujas partes devem conviver de maneira harmônica e integradas entre si.” (GARGARELA, 2008, p. 200-201). É neste sentido que o republicanismo empreende uma nova aproximação entre as esferas pública e privada, o que se coaduna com a lógica do fenômeno reconhecido como “constitucionalização do direito privado”.⁶ Essa aproximação das esferas, pode ser compreendida na medida de uma nova e mais coerente visão de liberdade republicana, afinal, “[...] a liberdade apóia-se na solidariedade republicana.” (TAYLOR apud GARGARELA, 2008, p. 202). Compreende-se aqui as contribuições das discussões da filosofia política à noção constitucionalizada do Direito Privado.

Como aludido acima, para Ruzik, é no conceito plural de liberdade que se possibilita o deslocamento da liberdade clássica para a liberdade funcionalizada no contexto de um direito civil-constitucional centrado na pessoa humana. Defende o autor que: “É porque a historicidade dos significados não se limita pela permanência dos significantes que parece ser inadequado pensar em um conceito unitário para a liberdade, notadamente quanto às necessidades da pessoa humana [...]” (PIANOVISKI, p. 374). Assim, para Ruzik, a liberdade no sentido negativo (clássico) não esgota uma liberdade que se compreende também como função, muito embora a integre. Isto, pois, o direito fundamental de liberdade (art. 5º *caput*, CF; art. 3º, I, CF) compreende restrições no aspecto negativo justamente para implementar o aspecto positivo da liberdade de outrem (RUZYK, 2009, p. 375). Daí estar a concepção constitucionalizada da liberdade no Direito Civil, em contrapartida às noções de Nozick, que, como se aduziu acima, pretendem assegurar a plenitude da liberdade negativa e o estabelecimento de uma mínima intervenção positiva do Estado.

⁵ Acerca da autonomia privada assevera Perlingieri: “Na base desta concepção reside, frequentemente, de modo somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar a regras daquele comportamento através de um entendimento comum”. (PERLINGIERI 2007, p. 17).

⁶ Toda a clássica obra citada de Pietro Perlingieri vai no sentido de uma defesa da necessidade de (re)configuração do Direito civil à luz do Direito constitucional pautado nos direitos fundamentais: PERLINGIERI, 2007).

Ruzyk parece desenvolver, para o campo do Direito Civil, uma visão mais coerente com a postura coexistencial do indivíduo, na medida em que sua(s) liberdade(s) se desenvolve no seio da coletividade, importando não apenas defender seu espaço de livre atuação, mas também de promoção da liberdade dos demais, no sentido de que a “[...] alteridade é traço inevitável da liberdade [...] [e] implica interseção de vidas livres” (RUZYK, 2009, p. 375), pois a liberdade importaria uma coexistencialidade solidária. A função da liberdade se daria não apenas no aspecto de defesa, mas no aspecto positivo e substancial de promoção de liberdades coexistentiais.

Comprova-se, destarte, que as discussões acerca do conteúdo e da extensão teórica da liberdade encontram demasiada importância na própria definição do conceito de um direito geral de liberdade, e, como não poderia deixar de ser, na construção pragmática da liberdade do indivíduo contemporâneo e relacional.

6 DO DIREITO GERAL DE LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Importa considerar agora que a liberdade, muito embora se encontre - ainda - sob estudo de diversas correntes filosóficas em termos de conceituação, conteúdo e extensão, deve promover, se seriamente comprometida com o projeto constitucional vigente, o princípio da igualdade e o dever constitucional de solidariedade. Daí restar na construção do direito fundamental da liberdade campo de importantes esforços, buscando-se conformar uma liberdade que atenda a todos em iguais oportunidades.

Atendendo aos sentidos plurais de liberdade já aventados, encontra-se, por exemplo, na teoria dos *status* de Jellinek importante contributo para sua determinação como direito fundamental que possibilita várias posições.⁷ Importante, claro, deixar evidente que alguns autores promovem a discussão acerca das várias espécies de liberdade, tal qual a liberdade de expressão, de reunião e associação, de consciência e de religião (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). Contudo, importa aqui, as concepções mais genéricas da liberdade, tal qual o direito geral de liberdade, proveniente das construções de Alexy, com o intuito de demonstrar a necessidade de uma compreensão diversa da liberdade. Muito embora o famoso filósofo do direito alemão trate de um direito de liberdade negativa em sentido estrito, expõe que este conceito suplanta aquele pertinente à liberdade no sentido estritamente liberal. Assume uma postura de liberdade como direito fundamental na medida em que “[...] ela inclui essa liberdade liberal e, [...] abarca outras coisas, como a liberdade econômico-social, a qual não existe se o indivíduo estiver submetido a uma situação de privação econômica que o embarace em seu exercício de alternativas de ação.” (ALEXY, 2011, p. 351). O autor identifica muito bem nas razões de decisões do Tribunal Constitucional alemão que

⁷ É possível dizer que no *status passivo*, o direito fundamental da liberdade promovido pelo Estado impõe-se perante a liberdade negativa do cidadão (*status negativo*), no sentido de promoção das liberdades da alteridade. Fazendo-se uma construção a partir da lógica da liberdade republicana, verifica-se que no *status civitatis* e no *status ativo* de Jellinek, o direito fundamental da liberdade encontra espaço de exigibilidade de ação e de participação estatal na sua promoção. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 255).

[...] a norma da dignidade humana ‘está baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade. A Constituição alemã não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado. (ALEXY, 2011, p. 356).

Novamente expressa-se aqui uma noção de liberdade mais ampla que aquela observada a partir da “redução moderna” à liberdade liberal. Valendo-se novamente da análise de decisão do Tribunal Constitucional alemão assevera o jusfilósofo que

[...] o indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada. (ALEXY, 2011, p. 357).

A liberdade meramente liberal e negativa é restringível a partir de razões justificantes necessárias, posto que imprescindíveis para proporcionar a tutela da dignidade humana dos demais.⁸

É então visível na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, mormente em relação ao direito fundamental geral de liberdade uma noção de liberdade que compreende a situação relacional e coexistencial do indivíduo, permitindo-se assim, de forma fundamentada e racional, restrição à amplitude da liberdade negativa. Destarte, o direito geral de liberdade se insere num contexto maior de liberdade, no qual “[...] ‘a relação e a vinculação da pessoa à comunidade’ são, sem maiores problemas, levadas em consideração e, [...] são assegurados os conteúdos de liberdade necessários para a ‘independência da pessoa’ mesmo sob as condições da vida moderna.” (ALEXY, 2011, p. 380-381). Claramente percebe-se que para Alexy, há direitos fundamentais no sentido de se assegurar, ao menos, o direito a um mínimo existencial (ALEXY, 2011, p. 373), o que, a partir do que já foi demonstrado, nos leva a uma compreensão mais ampla da noção de liberdade jurídica. Daí também ressaltar na obra do jusfilósofo alemão o conceito de posições jurídicas. Estas, partindo do direito geral de liberdade, poderiam, sem dúvida, configurar uma necessária amplitude conceitual à lógica da liberdade em uma sociedade que se *pretende* igualitária, e sob uma Constituição que se *pretende* social.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde as primeiras divagações acerca da liberdade, passando-se pelas construções liberais, comunitaristas e republicanistas, e, além, a partir da proposta de liberdade como função, pôde-se constatar a complexidade do tema e a dificuldade de tratamento, inclusive, do direito de liberdade como direito fundamental posto sua impossibilidade de definição hermética. Sendo valor de inaudito preço à humanidade, a liberdade há que ser

⁸ É desta parte da teoria de Alexy que se verifica que: “O princípio da liberdade negativa expressa apenas uma das condições para a garantia da dignidade humana. Do princípio da dignidade humana decorrem, além do princípio formal da liberdade negativa, outros princípios materiais, que se referem às condições substanciais de cuja satisfação depende a garantia da dignidade humana”. (ALEXY, 2011, p. 358, 359).

melhor compreendida, bem como melhor entendido o direito fundamental geral de liberdade (bem como as liberdades específicas). Isto para que seja o ser humano considerado em seu viés relacional (coexistencial), como o “ser-no-mundo-com-os-outros” heideggeriano (FROTA, 2011).

Em grande medida, é a partir de uma retomada da liberdade em termos mais amplos que a liberdade estritamente negativa da filosofia política liberal (pela insuficiência demonstrada pelo individualismo-proprietário liberal na promoção de uma comunidade igualitária), que se poderá impulsionar relações intersubjetivas e entre cidadão e o Estado que se coadunem com uma maior efetivação do dever solidário que deve permear a comunidade.

Destarte é na propagação de uma liberdade mais igualitária (negativa, positiva, formal e material) que deve caminhar a sociedade do Estado Democrático de Direito. As contribuições filosóficas e teóricas estão aí prontas a serem incrementadas ou apenas absorvidas à prática política e social. Porém, como já apontava Pontes de Miranda: “Há sempre parte das populações que se conserva hostil à realização mesma do progresso humano de que fruem todas as vantagens.” (MIRANDA, 2002). A liberdade não pode estar confinada ao espaço meramente individual, pois não se tornaria um valor humano no sentido da abrangência que este ideal requer. A consciência que se deve ter em relação à liberdade, no sentido de se formatar um sentido mais plural e igualitário em sua definição, é de sua necessária vinculação a outros princípios que a informam, pois se “entrosam, se solidarizam, se fundem, adquirindo mais eficácia.” (MIRANDA, 2002, p. 499). Afinal, como já alertava Miranda (2002, p. 499): “Nenhuma evolução real e permanente é possível sem que se criem e aumentem a liberdade a democracia e a igualdade.”

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. *O livre-arbítrio*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Anderson Machado. R. O fundamento da liberdade humana em Santo Tomás de Aquino. *Synesis*, v. 3, n. 2, p. 1, 2011. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=synesis&page=article&top=view&path%5B%5D=155&path%5B%5D=129>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das ideias políticas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

CONSTANT, Benjamin. *De la libertad de los antiguos comparada com la de los modernos*. 1819. Disponível em: <<http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Constant.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2013.

DALL’AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. *Kriterion: Revista de Filosofia*, Belo Horizonte, MG, v. 46, n. 111, jan./jun. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2005000100005&script=sci_arttext>. Acesso em: 06 dez. 2013.

- DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
- FROTA, Hindemberg Alves. *O Fundamento Filosófico do Dano Existencial*. 2011. Disponível em: <<http://tematicasjuridicas.wordpress.com/2011/11/02/dano-existencial-fundamento-filosofico>>. Acesso em: 07 out. 2012.
- GARGARELA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martin Fontes: 2008.
- MARÇAL, Jairo. *O conceito republicando de liberdade em Philip Pettit*. Aula ministrada na ABDConst. [20--]. Disponível em: <www.abdconst.com.br/especializacao/259.ppt>. Acesso em: 05 dez. 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MILL, Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Escala, [2005?].
- MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Campinas: Bookseller, 2002.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.
- PLATÃO. *A República*. Livro X, de 614b a 621b. 9. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1949.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martin Fontes, 1997.
- RODRIGUES, Cíntia Luzardo. Principais aspectos do neorrepblicanismo de Philip Pettit. *Pensamento Plural*. Pelotas. n. 6, p. 35-56, jan./jun. 2010.
- ROSCHILDT, João Leonardo Marques. O princípio da igual liberdade em John Rawls: desdobramentos formais e materiais. *Intuitio*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 164-179, 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/view/5996/4553>> Acesso em: 06 dez. 2013.
- RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro*. 2009. 395 p. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais)-Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2009.
- SANDEL, Michael J. *Justice: what's de right thing to do?* London, New York: Penguin Books, 2009. epub.
- TEIXEIRA, José Elaeres Marques. Liberdades iguais em Rawls. *Revista Jurídica*, Brasília, DF, v. 9, n. 85, p. 40-62, jun./jul. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/artigos/JoseTeixeira_rev85.htm>. Acesso em: 06 dez 2013.

VÁRNAGY, Tomás. O pensamento político de John Locke e o surgimento do liberalismo. In: BORON, Atilio. A. *Filosofia política moderna*. De Hobbes a Marx. DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo, 2006.

TUTELA AQUILIANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO COMPARADO: O CASO DOS DANOS BIOLÓGICOS, DANOS EXISTENCIAIS E DANOS AO PROJETO DE VIDA¹

Eugênio Facchini Neto*
Graziela Maria Rigo Ferrari**

Resumo

O trabalho analisa a evolução da responsabilidade civil no sentido da proteção dos direitos fundamentais, a partir da construção da noção de dano à pessoa humana. Indica-se como tal conceito dissemina-se nas últimas décadas em muitos países ocidentais, especialmente a partir de seu desenvolvimento no direito italiano. Das várias figuras que buscam proteger mais eficazmente a pessoa humana, no âmbito da responsabilidade civil, são analisados os danos biológicos e os danos existenciais, surgidos na experiência italiana, e também o dano ao projeto de vida, surgido na América Latina. Analisam-se, também, como tais noções estão sendo aplicadas jurisprudencialmente.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos da personalidade. Tutela aquiliana. Danos biológicos. Danos existenciais. Danos ao projeto de vida.

Abstract

The paper analyzes the evolution of tortius liability in the sense of protection of fundamental rights, from the construction of the concept of damage to the human person. It refers as such concept has spread in recent decades in many Western countries, especially from its development in the Italian law. Of the various figures who seek to protect more effectively the human person, in the context of liability, we analyze here the biological damages and the existential damages, arose in the Italian experience, and also the damages to the project of life, emerged in Latin America. It also refers how such notions are having judicial applications.

Keywords: Fundamental rights. Personality rights. Tortius liability. Biological damages. Existential damages. Damages to the project of life.

* Doutor em Direito Comparado (Florença/Itália); Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; Professor Titular dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor e ex-diretor da Escola Superior da Magistratura Ajuris; Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; Rua Celeste Gobbato, n. 229, Praia de Belas, 90110.160, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; esm@ajuris.org.br

** Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Advogada.

¹ O presente artigo teve como base o trabalho apresentado pela coautora Graziela Ferrari, tendo como tema os danos existenciais, na disciplina “Direito Privado e Sociedade em Perspectiva Comparada”, ministrada pelo Professor Eugênio Facchini Neto, no Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Este trabalho foi revisto e reduzido pelo professor da disciplina e, na sequência, ampliado até sua duplicação em extensão. Pode-se dizer que o trabalho final reflete participação semelhante de ambos os autores.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que os direitos fundamentais se desenvolveram substancialmente após a segunda guerra mundial, como reação à barbárie implementada por regimes totalitários como o nazismo e o fascismo. O princípio-mor em torno ao qual foram reorganizados os sistemas jurídicos foi o da dignidade humana. A pessoa humana passou a ser o centro das preocupações jurídicas. A nova ordem constitucional passou a enumerar e proteger os direitos fundamentais da pessoa humana. Mecanismos de monitoramento e proteção dos direitos humanos foram previstos pela reorganização do direito internacional.

Tal movimento não poderia deixar de contaminar a totalidade do sistema jurídico. O direito privado não ficou à margem dessas novas ideias, já que não existem guetos jurídicos. Um dos mais fecundos movimentos foi o da chamada constitucionalização do direito privado. Institutos típicos especialmente do direito civil passaram a espelhar os novos valores. A propriedade perdeu seu absolutismo e sacralidade de outrora e passou a ostentar também uma função social. O direito de família foi completamente reordenado em todos os países, abandonando-se o modelo da família patriarcal, com a supremacia da figura do pai-marido, adotando-se um modelo que prima pela igualdade entre os cônjuges e pelo integral respeito aos filhos, que passaram a ser igualmente sujeitos de direitos no âmbito familiar. Embora os direitos de personalidade já fossem conhecidos e tratados em todos os ordenamentos jurídicos, certamente também foi somente após a segunda metade do século XX que eles passam a ganhar um desenvolvimento doutrinário e uma aplicação jurisprudencial notáveis.

Também o campo da responsabilidade civil não ficou imune a tal movimento. Se desde sua origem ela esteve mais preocupada em tutelar os direitos subjetivos típicos, a propriedade acima de todos, ela passa agora também a proteger mais eficazmente a pessoa humana e seus interesses legítimos, mesmo que não configurem autênticos 'direitos subjetivos'. Se mais importante do que proteger o ter é a proteção do ser, então resulta evidente que a responsabilidade civil deveria passar a se preocupar com tutelar mais eficazmente os direitos de personalidade, enquanto direitos que emanam do ser.

Dentro desse movimento, alguns países desenvolveram novas figuras jurídicas no âmbito da responsabilidade civil, procurando tutelar alguns aspectos da pessoa humana. A Itália particularmente notabilizou-se por tais esforços, que lá se faziam necessários para superar as limitações de um código civil voltado substancialmente para a proteção de direitos patrimoniais. Duas dessas figuras foram o dano biológico e o dano existencial. Também outros países deram sua contribuição nesse afã de proteger aspectos da pessoa humana. Peru foi um deles, pois foi lá que surgiu a figura do dano ao projeto de vida.

O objeto deste trabalho é exatamente descrever sucintamente as linhas básicas dessa evolução, mostrando como a responsabilidade civil evoluiu para proteger mais eficazmente a pessoa humana e seus direitos de personalidade, bem como analisar essas três figuras de dano, desde sua caracterização doutrinária até sua aplicação jurisprudencial.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL E OS INTERESSES TUTELÁVEIS

Os sistemas jurídicos fornecem uma proteção legal mais ou menos forte, de acordo com a hierarquia dos bens ou interesses visados. Lawson e Markesinis (1982, p. 49), analisando os fatores que os sistemas jurídicos costumam levar em conta para elaborar uma “política” (*policy*) na área da responsabilidade civil, indicam o “*superior value factor*” como o primeiro deles. Segundo eles, uma preocupação primacial de qualquer sistema jurídico consiste na proteção de certos bens ou interesses (tangíveis ou não) aos quais as pessoas atribuem valor. Nem todos esses bens e interesses têm o mesmo valor. Uma hierarquia é então estabelecida a partir de considerações morais, econômicas, filosóficas, políticas, variáveis a cada época histórica, disso resultando que o direito fornece melhor proteção aos interesses socialmente mais valorizados. Referem eles que, por exemplo, liberdade é mais relevante do que propriedade e que a integridade física de uma pessoa é mais importante do que sua integridade patrimonial.

Portanto, o problema da seleção dos interesses dignos de tutela jurídica é uma das modernas preocupações no âmbito da responsabilidade civil. Nessa direção o alerta de Schreiber (2012, p. 167), no sentido de que “[...] o que parece essencial [...] é refletir [...] sobre critérios que permitam a seleção dos interesses tutelados pela responsabilidade civil à luz dos valores constitucionais.” Preocupa-se o jurista carioca com o fato de que muitas vezes não há dados normativos a indicar uma hierarquia entre os interesses tuteláveis. Em razão disso, acaba tocando ao magistrado a tarefa de selecionar empírica e concretamente os interesses dignos de tutela. Daí porque, segundo ele, “urge a elaboração de critérios de seleção dos interesses mercedores de tutela reparatória, em consonância com os valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro”.

É nesse cenário de identificação dos bens e interesses que merecem uma proteção privilegiada dos sistemas jurídicos que surgiu a noção de dano à pessoa humana.² O surgimento da ideia de dano à pessoa representou uma “mudança revolucionária”, nas palavras de Iturraspe (2004, p. 313 e 314).³ Segundo o notável civilista argentino, a ampliação da tutela aquiliana à pessoa encontrava uma barreira insuperável na concepção clássica do dano como lesão a um direito subjetivo, o qual devia estar claramente reconhecido em uma norma legal, como era o caso da honra e alguns outros poucos interesses vinculados à pessoa. Isso não era um acaso, já que o instituto da responsabilidade civil surgiu primordialmente com vista à proteção da propriedade, o direito subjetivo por excelência.

A superação desse enfoque estreito foi possível quando a técnica da interpretação conforme a Constituição disseminou-se. Foi o que ocorreu na Itália, por exemplo, cujo Cód-

² Do ponto de vista legislativo, apenas o avançado Código Civil peruano, de 1985, faz expressa menção a esse tipo de dano, prevendo, no seu art. n. 1.985 que: “O ressarcimento compreende as consequências que decorrem da ação ou omissão geradora do dano, inclusive o lucro cessante, o *dano à pessoa* e o dano moral, devendo existir uma relação de causalidade adequada entre o fato e o dano produzido. Sobre o montante do ressarcimento fluem os juros legais desde a data na qual se produziu o dano.”

³ Também Moraes (2008, p. 33) fala em “revolução” quando se refere a esse movimento. Diz ela: “Presenciamos, também no Brasil, uma verdadeira revolução no direito dos danos: o foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável era punido, deslocou-se para a tutela garantida à vítima do dano injusto, que passou a merecer ser reparada, independentemente da identificação de um culpado.”

go Civil, de 1942, em seu art. 2.059,⁴ permite a tutela dos danos extrapatrimoniais somente nos casos previstos na lei, fazendo remissão a dispositivos penais. A clássica interpretação deste artigo era no sentido de que somente nas hipóteses em que o dano extrapatrimonial resultasse de um delito é que seria ele passível de indenização na esfera cível.

Pois bem. Quando os juízes passaram a levar a sério as previsões constitucionais, esse quadro foi superado, pois “o sistema de valores pessoais introduzido pela Constituição consentiu mais facilmente aos juízes alargar o elenco dos interesses juridicamente tuteláveis.” (VISINTINI, 1997, p. 89).

No mesmo sentido a lição de Castronovo (1998, p. 1), ao afirmar que “[...] nos últimos vinte anos a pessoa veio a colocar-se cada vez mais ao centro do discurso do direito privado, seja no terreno legislativo, seja no terreno jurisprudencial, em harmonia com o debate sempre vez mais intenso e crítico travado na doutrina,” e isso em razão da preeminência da pessoa no âmbito da carta fundamental italiana. Ainda na Itália, Monateri (1998, p. 5) refere que “[...] frequentemente tanto a jurisprudência quanto a doutrina, de modo cada vez mais acentuado, tem feito referência à Constituição como fonte normativa em relação ao campo dos ilícitos civis.”

De fato, a Corte Constitucional italiana, no caso *Tavanti c. Proc. Gen. Corte Conti* (sent. n. 641, de 30.12.1987), afirmou que “[...] esta corte tem salientado o novo significado do art. 2.043, em razão da entrada em vigor da Constituição, como instrumento para a proteção dos valores que essa prevê e assegura, entre os quais tem lugar preeminente o princípio da solidariedade.”

Percorrendo os passos dados pela civilização jurídica ocidental no “[...] edescubrimiento de la persona humana: de lo patrimonial a lo personal; de lo físico a lo espiritual”, refere Iturraspe (2002, p. 34-36) que num primeiro momento se considerava quase uma indignidade pretender o ressarcimento de danos sofridos pelo corpo. Numa segunda etapa, contemplava-se o dano à pessoa somente quando isso acarretasse um menoscabo à sua produtividade, com impacto nos seus rendimentos. Tratava-se da santificação do *homo faber*. Somente na terceira fase, na qual nos encontramos,

[...] se mira a la persona humana de una manera más completa o integral, en todas sus posibilidades, aptitudes o matices: al hombre en todas sus edades; en el ejercicio de las más amplias libertades; respetando todos sus proyectos de vida; resguardando su salud física y psíquica; la juventud y la ancianidad; la vida sexual y de familia; la vida de relación; su apetencia de belleza o al menos de armonía física; su intimidad; en su capacidad laboral genérica y específica; como trabajador y como desocupado; [...] y, en síntesis, se pone de resalto el valor espiritual, afectivo, sentimental de la vida humana. Es la nueva visión humanista del Derecho.

O jurista peruano Sessarego (2012, p. 23, 31-32) também refere que em meados do século XX houve uma revolucionária inversão na concepção do homem, por ele considerada como um segundo renascimento, a partir da qual a pessoa humana passou a ocupar o lugar primeiro no ranking dos valores e prioridades. Isso acarretou não só o

⁴ “Art. 2.059. Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).”

desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, mas de todo o Direito. Seus reflexos no campo da responsabilidade civil foram notáveis, pois obrigou a uma revisão de seus pressupostos e a ver-se transformada no novo “Derecho de Daños”. A centralidade da pessoa humana no âmbito jurídico acarretou a consequência de se conceder maior atenção à sua proteção preventiva, unitária e integral, assim como a adequada e pronta reparação das consequências de qualquer dano que possa sofrer em sua unidade psicossomática, em sua liberdade fenomênica e em seu projeto de vida. Isso explica facilmente o surgimento, por volta da década de sessenta, do conceito de dano à pessoa, que acaba por deslocar a proteção ao patrimônio a um escalão inferior. De fato, a expressão “danos à pessoa” é atribuída a Guido Gentile, no verbete com esse título que elaborou para a *Enciclopedia del diritto*, em 1962.⁵

Ainda sobre a mudança da concepção de dano moral, refere Sessarego (2012, p. 42) que as emoções que sempre o caracterizaram (dor, sofrimento) hoje são mais alargadas, compreendendo também emoções como “raiva, indignação, rancor, ressentimento, ódio ou outras reações psíquicas diante de atentados a determinados princípios estruturantes e a outros direitos do ser humano, como, por exemplo, a negação ou desfiguração da sua identidade ou a intrusão no âmbito de sua intimidade.”

Em obra clássica, que analisa a evolução e os fundamentos da responsabilidade civil no direito comparado em geral, Tunc (1989, p. 149) refere que “[...] a ideia de garantir os direitos dos cidadãos tem desempenhado um papel incontestável no direito da responsabilidade civil, um papel que não cessa de crescer e que constitui certamente uma de suas funções.” Mais recentemente, outros juristas franceses, Viney e Jourdan (2001, p. 206), afirmam que modernamente os tribunais costumam isolar, para avaliá-los separadamente, os diferentes tipos de danos que podem acarretar uma lesão à integridade física.⁶

⁵ Na verdade, alguns precursores, especialmente na Itália, já defendiam, há mais tempo, a necessidade de se proteger mais enfaticamente a pessoa humana através do instrumento da responsabilidade civil. Dentre esses, merece destaque Gioia (1833), manifestava uma visão ampla do homem e de possíveis danos que poderiam alcançá-lo. Em belas palavras, disse ele que o homem “[...] não está limitado à existência física e atual, ao gozo e ao sofrimento; ao contrário [...] ele vivencia tempos que ainda não o alcançaram, pensa em perdas ainda distantes, medita sobre eventos futuros, é sensível a situações que ocorrem a uma distância de milhares de milhas [...]” Foi ele o autor da célebre regra do sapateiro (*regola del calzolaio*), ou regra da diferença, para calcular os danos emergentes e lucros cessantes em casos de redução da capacidade laboral. Em suas palavras: “Um sapateiro, por exemplo, elabora dois sapatos e um quarto por dia; alguém lesiona sua mão, de modo que ele passa a produzir apenas um sapato por dia; o agressor lhe deve o valor da fabricação de um sapato e um quarto, multiplicado pelo número de dias que lhe restam de vida, deduzidos os dias não úteis. O número de dias que lhe restam de vida se obtém através dos indicadores de mortalidade que atualmente todos conhecem”). Para uma resenha do seu pensamento, bem como de outros precursores de tal visão (GONZÁLES; MAMANI, 2012, p. 77 e ss.).

⁶ Uma peculiaridade do direito civil francês consiste no fato de que o legislador criou um direito à presunção de inocência como espécie de direito de personalidade típico. Isso foi feito com a introdução, pela Lei de 4 janeiro de 1993, no art. 9.1, no Código Civil francês, estabelecendo que “*Chacun a droit au respect de la présomption d’innocence*”. De acordo com a interpretação corrente, tal dispositivo beneficia as pessoas acusadas de algum crime. Na sequência, o legislador, confirmando sua intenção, ampliou tal proteção com a edição da Lei 2000/516, de 15 de junho de 2000, criando uma alínea ao art. 9.1., com a seguinte redação: “*Lorsqu’une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l’objet d’une enquête ou d’une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l’insertion d’une rectification ou la diffusion d’un communiqué, aux fins de faire cesser l’atteinte à la présomption d’innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte.*”

É verdade que a Corte de Cassação adotou uma interpretação restritiva de tal dispositivo, entendendo que o que a lei veda é a manifestação de conclusões definitivas, dando o acusado como culpado. O simples fato de divulgar o nome de uma pessoa que esteja sendo processado criminalmente, com a narrativa objetiva do fato, não é vedado (nesse sentido decidiu a Corte de Cassação francesa, através de sua 2ª Câmara, em 20.06.2002 - decisão n. 00-11-916). Todavia, a

Já no âmbito do direito norte-americano, doutrina e jurisprudência reconhecem a existência de “*tort claims for civil rights violations*” (demandas reparatórias por violação a direitos fundamentais). Alguns dos direitos fundamentais, quando violados, podem fazer surgir pretensões reparatórias baseadas nas clássicas figuras de responsabilidade civil,⁷ lá denominadas de *assault*,⁸ *battery*,⁹ *false imprisonment*, *malicious prosecution*, *abuse of process* e *intentional infliction of emotional distress*. Exemplificativamente, quando um agente policial persegue ou prende alguém, sem base legal, ou com excessiva e desnecessária violência, isso poderá dar margem a demandas reparatórias com base nas velhas figuras da *common law*, conhecidas como *assault* e *battery* (as mesmas invocadas quando o agressor é outro cidadão privado). A demanda, nesses exemplos, seria movida com base nos tradicionais ‘remédios’ (*remedies*) da *common law*. A pretensão seria dirigida diretamente contra o agente policial. Desejando o autor, poderia também incluir no pólo passivo (litisconsórcio passivo facultativo) o ente público para o qual ele trabalha (caso estivesse no exercício de suas funções), bem como eventualmente também contra seus supervisores ou treinadores, caso demonstrasse tivessem eles sido negligentes em suas funções (WEAVER et al., 2009, p. 258-259).

Todavia, segundo os mesmos autores, “[...] os direitos fundamentais garantidos pela Constituição dos Estados Unidos também fornecem base jurídica para algumas demandas. Violações desses direitos podem originar uma demanda baseada nos próprios direitos constitucionais.”

No caso de violação direta de direitos fundamentais, a questão ganha um pouco de complexidade, uma vez que a Constituição Federal (especialmente suas oito primeiras emendas, onde estão previstos os direitos fundamentais) não prevê remédios ou garantias para o caso de violação dos direitos fundamentais. Ou seja, as emendas constitucionais estabeleceram uma série de direitos fundamentais (liberdade de religião, opinião, imprensa e de reunião, na primeira emenda; proteção contra violação de domicílio e buscas e apreensões ilícitas, na quarta emenda; direito de não produzir testemunhar ou produzir qualquer prova contra si, bem como o direito ao devido processo legal, na quinta emenda, por exemplo), mas não foi previsto qualquer remédio ou consequência para o caso de violação de tais direitos ou liberdades.

Quais, portanto, as consequências quando um desses direitos ou liberdades é violado? A Suprema Corte norte-americana teve a oportunidade de analisar tal questão quando do julgamento do caso *Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of*

mesma Corte afirma que somente uma condenação definitiva e transitada em julgado afasta tal presunção. Enquanto pender recurso de uma decisão condenatória, o direito à presunção de inocência permanece (LE TOURNEAU, 2010, p. 554-555).

⁷ Saliente-se que nos sistemas da *common law* em geral, o direito da responsabilidade civil (*tort law* ou *law of torts*) é em sua maior parte de formação jurisprudencial. A grande maioria de suas regras provém de uma longa, lenta e contínua elaboração dos juizes (*judge-made law*). Todavia, em tempos mais recentes, percebe-se o crescimento dos chamados “*statutory torts*”, ou seja, situações de responsabilidade civil criadas e reguladas por lei, como é o caso, por exemplo, da responsabilidade objetiva por produtos defeituosos (responsabilidade civil do produtor). Tal percepção é unânime na doutrina da *common law*, tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos (CANE, 2002, p. 26).

⁸ O *assault* equivale aproximadamente à figura da ameaça, enquanto ilícito civil (KEETON et al., 2004, p. 43).

⁹ A *battery* é conceituada no *Second Restatement of Torts*, §13, como, “*a harmful or offensive contact with a person, resulting from an act intended to cause the plaintiff or a third person to suffer such a contact, or apprehension that such a contact is imminent.*”

Investigation (JUSTIA SUPREME COURT, 1971). O caso envolvia uma busca domiciliar realizada por um grupo de seis agentes do FBI, sem um mandado judicial e sem base legal. Depois de uma busca infrutífera, os agentes, não identificados, deixaram a casa. A família Bivens então ajuizou uma ação de reparação de danos, fundada diretamente na violação da quarta emenda à Constituição, que garante a inviolabilidade domiciliar e proíbe buscas e apreensões ilícitas (*unreasonable search and seizure*).

Apesar da própria Constituição norte-americana não prever um remédio para o caso de violação de suas prescrições, a Suprema Corte usou a tradicional teoria da responsabilidade civil para criar um remédio. Segundo essa clássica teoria, quando alguém viola um dever de conduta, a *common law* cria um remédio conseqüente. O foco, portanto, não está tanto da parte da vítima, mas sim da parte do agente. Se o agente viola um dever (*a duty*), disso decorre a possibilidade de acioná-lo no âmbito da responsabilidade civil (*tort law*), sempre que disso resultar um dano. Assim, raciocinou a Suprema Corte, como a quarta emenda cria um dever para agentes públicos de não violar domicílios nem efetuar buscas e apreensões ilícitas, da violação desse dever resulta a possibilidade de se mover uma ação judicial para reparação dos danos daí decorrentes.

É entendimento corrente que o mesmo raciocínio adotado no caso *Bivens* é aplicável para o caso de qualquer violação de outros direitos e liberdades previstas na constituição federal.¹⁰

Também no direito brasileiro há juristas preocupados com a visão estreita que distingue apenas os danos patrimoniais e os danos morais, esforçando-se para criar categorias mais consentâneas com a integral e reforçada tutela da pessoa humana. Martins-Costa (2008, p. 417), por exemplo, refere que “[...] os danos à pessoa constituem *fattispecie* em construção.” Em uma definição meramente aproximativa, Sessarego (2012) os delinea como:

[...] os danos incidentes em qualquer aspecto do ser humano, em sua integridade psicossomática e existencial, assim como, nos direitos italiano e francês, tem sido caracterizados como “dano biológico”, “dano à saúde”, “dano ao projeto de vida” e o “dano moral”, considerado em seu aspecto estrito.

Moraes (2008, p. 33-34) refere, a respeito, que:

¹⁰ Sobre essas questões, com outros exemplos, v. WEAVER et al. (2009, p. 262 e ss). Interessante caso foi julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1989, em acórdão redigido pelo seu então Presidente (*Chief Justice*), William Rehnquist. Tratava-se do caso *Graham v. Connor*. Nesse caso a Suprema Corte enfrentou a questão da fixação do *standard* constitucional a ser utilizado, para analisar se houve ou não uso excessivo de força por parte dos policiais, durante a efetivação de uma prisão, detenção para averiguação, revistas ou buscas e apreensões. A Suprema Corte afirmou que o padrão adequado para apreciar o caso, quando a pretensão reparatoria envolvesse violação do direito fundamental previsto na da 4ª Emenda Constitucional, deveria ser o da “razoabilidade objetiva” (*objective reasonableness standard*), e não um *standard* subjetivo que analisasse eventual malícia ou ausência de boa-fé por parte do oficial. Ou seja, para averiguar se houve uso excessivo de força por parte do agente policial não importa se ele estava agindo de boa-fé, achando que o detido era fugitivo, ou meliante, ou que a prisão ou detenção eram necessárias. Mesmo que isso fosse verdadeiro, se objetivamente estivesse ele se excedendo no uso da força, ou se a detenção se prolongasse além do estritamente necessário e inevitável, estaria configurada a violação do direito fundamental previsto na quarta emenda (SHAPO; PELTZ, 2006, p. 44-49).

[...] se a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva modificaram decisivamente a sistemática do dever de ressarcir. Em virtude disso, a responsabilidade civil volta-se para a tutela dos interesses da vítima.

Na sequência, a jurista carioca, criticando a inconsistência do conceito clássico de “dano moral”, visto como dor, vexame, sofrimento, humilhação e outras noções subjetivas de impossível aferição objetiva, bem como apontando a insuficiência da definição objetiva que vincula os danos não patrimoniais às lesões aos direitos de personalidade, opta pela definição do dano moral como “lesão à dignidade da pessoa humana”. Assim, “[...] dano moral será, em conseqüência, a lesão a algum dos substratos que a compõem, ou conformam, a dignidade humana, isto é, a violação aos princípios da liberdade, da igualdade, da solidariedade ou da integridade psicofísica de uma pessoa.”

Em outra obra, Moraes (2010, p. 323) refere que “[...] o princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável.”

No âmbito do direito comum europeu, o European Group on Tort Law divulgou, em 2004, os denominados *Principles of European Tort Law*, que procuram condensar, em forma de artigos, os principais consensos existentes entre os juristas dos diversos países europeus, a respeito dos vários aspectos da responsabilidade civil. Em dois de seus dispositivos nota-se a preocupação com a proteção dos direitos fundamentais. Trata-se do art. 2:102, dispondo sobre os “Interesses protegidos” e que estabelece, no seu item 1, que “A extensão da proteção de um interesse depende da sua natureza; quanto mais valioso e mais precisa a sua definição e notoriedade, mais ampla será a sua proteção.” No item 2, completa-se a ideia, afirmando-se que “A vida, a integridade física ou psíquica, a dignidade humana e a liberdade gozam da proteção mais extensa.”

Mais adiante, retoma-se o tema, no art. 10:301, intitulado “Danos não patrimoniais”. Seu item 1 tem a seguinte redação:

Tomando em consideração o seu âmbito de proteção (Art. 2:102), a violação de um interesse poderá justificar a atribuição de uma compensação por danos não patrimoniais, em especial nos casos de danos pessoais ou de ofensa à dignidade humana, à liberdade ou a outros direitos de personalidade. Nos casos de morte e de lesão corporal muito grave, pode igualmente ser atribuída uma compensação pelo dano não-patrimonial às pessoas que tenham uma relação de grande proximidade com o lesado.

E no item 3, completa-se dizendo que

Nos casos de dano pessoal, a indenização corresponde ao sofrimento da vítima e à deterioração da sua saúde física e psíquica. Na fixação das indenizações (incluindo as das pessoas com uma relação de grande proximidade com o falecido ou a vítima de uma lesão muito grave), devem ser atribuídos montantes similares para lesões objetivamente similares.

Uma das debilidades da tutela aquiliana de direitos é o seu clássico caráter reparatório, ou seja, o fato de atuar *a posteriori*, quando já violado o direito, buscando sua reparação. Somente em tempos mais recentes é que parte da doutrina mais crítica vem salientando a necessidade de se reforçar a tutela preventiva, mediante atuação dos princípios da prevenção e da precaução. Todavia, mesmo diante dessa debilidade intrínseca, não há dúvidas de que a responsabilidade civil é um dos institutos jurídicos mais adequados e aparelhados para fornecer uma tutela à pessoa humana e seus direitos fundamentais, quando violados. E a jurisprudência, nesse sentido, tem uma enorme contribuição a dar, como historicamente tem dado. E, nesse sentido, mais do que em outros setores jurídicos, há uma tendência de harmonização de soluções jurídicas, para além das diversidades e especificidades das legislações nacionais. É o que salienta o jurista italiano Mirabelli di Lauro (2014, p. 45-46):

Mais do que em qualquer outro âmbito do direito privado, a responsabilidade civil assume a fisionomia de um “direito comum” transnacional que [...] pode contribuir para a unificação das regras e dos modelos, na ausência de intervenção legislativa, sobre uma base doutrinária e jurisprudencial. Um bom exemplo nos é fornecido pela experiência francesa, que ao longo dos séculos foi capaz de elaborar o mais completo e detalhado sistema de responsabilidade civil em torno de apenas dois dispositivos, sintéticos e elípticos, um redigido pelo legislador napoleônico em 1804 (o art. 1.382) e o outro (art. 1.384, primeira parte), inteiramente reescrito pela decisão *Teffaine* (da Corte de Cassação), em 1896, e por uma sólida doutrina. Os acórdãos *Jand’heur* (de 1930), *Franck* (de 1941) e *Desmares* (de 1982), além disso, completaram a obra, permitindo regular, na ausência de qualquer legislação de regência, o completo setor da responsabilidade civil por acidentes de trânsito até a entrada em vigor da *Loi Badinter* (lei 85-677, de 05.07.1985). Outros formidáveis exemplos nos é fornecido pela experiência alemã e inglesa, as quais, na presença de um sistema rigidamente articulado pelas leis e pelo *case law*, revolucionaram o sistema graças à incessante obra da jurisprudência.

Observando-se a jurisprudência italiana, especialmente em matéria de tutela da pessoa e da vida privada, percebe-se uma tendência de fazer atuar a responsabilidade civil mesmo estando ausente a prova de um dano efetivo, desde que evidenciada a lesão a um direito relevante. As razões disso nos são dada por Gallo (2014, p. 196):

Neste âmbito, a função da responsabilidade civil não é a de ensejar a internalização do custo dos acidentes, mas sim a de proporcionar um instrumento muito dúctil e maleável para a tutela de situações jurídicas subjetivas relevantes [...] a responsabilidade civil readquire ao menos em parte sua primitiva função sancionatória/deterrencial, prescindindo da prova de um dano.

Vale a pena percorrer, brevemente, duas experiências jurídicas estrangeiras, para noticiar a forma como elas vem tutelando os direitos de personalidade, através do instituto da responsabilidade civil. Trata-se dos direitos alemão e francês, antes de nos determos mais demoradamente na experiência italiana, mais adiante.

3 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE: BREVE APANHADO SOBRE O DIREITO ALEMÃO E O FRANCÊS

O conceito de um direito geral de personalidade ou a um direito geral à privacidade, para fins de responsabilidade civil, foi reconhecido somente após a Segunda Guerra Mundial. Na Alemanha, esse direito (*Persönlichkeitsrecht*) foi construído a partir das disposições constitucionais editadas após as atrocidades do regime nazista. O Código Civil alemão (BGB), de 1900, adotou o regime da semitipicidade, elencando os interesses mercedores de tutela jurídica. Seu §823 discrimina como aquilianamente tuteláveis a vida, integridade corporal, saúde, liberdade, propriedade e ‘outros direitos’ (*sonstige Rechte*). Em outros dispositivos são também protegidos os direitos ao nome e à imagem. Um direito geral de personalidade (*Persönlichkeitsrecht*) como espécie desses “outros direitos”, foi reconhecido pelo *Bundesgerichtshof - BGH* (a mais alta instância da justiça ordinária alemã) pela primeira vez em 25.05.1954.¹¹ Três anos mais tarde, em decisão de 02.04.1957,¹² o BGH reconheceu a mesma proeminência de tais direitos igualmente nas relações regidas pelo direito público.¹³ Tais direitos de personalidade, incluídos hermeneuticamente no âmbito do §823, I, do BGB, através da cláusula de fechamento “e outros direitos” (*sonstige Rechte*), eram substancialmente vinculados aos artigos 1º e 2º da Constituição alemã, que tutelam a dignidade do homem e o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Na França, embora a doutrina já conhecesse a noção, um direito à privacidade obteve proteção geral apenas em 1970,¹⁴ através da Lei 70-643, de 17.07.1970 (intitulada: *Loi 70-643 tendant à renforcer la garantie des droits individuels de citoyens*) que alterou o art. 9º do Código Civil francês, ali incluindo o direito à privacidade como direito específico. Essa evolução levou à elevação da privacidade como um direito autônomo,

[...] dispensando a vítima do ônus de provar a culpa do ofensor, um desenvolvimento que a Corte de Cassação recentemente levou adiante, afirmando que “de acordo com o art. 9º do C.Civ. a mera constatação que o direito à privacidade foi violado faz surgir para a vítima o direito à compensação.”¹⁵

O direito brasileiro não ficou imune a esses desenvolvimentos do direito comparado, pois aqui também eles foram consagrados legislativamente, desenvolvidos doutrinariamente e protegidos jurisprudencialmente. É essa história que brevemente passaremos a expor.

¹¹ O famoso caso envolvia uma carta escrita a um jornal pelo advogado do Dr. Schacht, um dos ex-ministros de Hitler, em representação de seu cliente. A carta foi publicada em seção equivalente às nossas “cartas dos leitores”, dando a impressão que se tratava de uma opinião pessoal do advogado. O advogado então demandou que o jornal publicasse uma ‘errata’, indicando que a carta fora escrita por ele como representante de seu constituinte.

¹² Nesse caso afirmou-se que o interesse de um paciente no sentido que seu prontuário médico não fosse revelado sem seu consentimento deveria ceder ao interesse de uma companhia seguradora que estava investigando pretensões suspeitas de fraude envolvendo determinado médico, por elaboração de atestados e prontuários falsos.

¹³ Sobre a evolução da proteção dos direitos de personalidade no âmbito europeu, ver Van Gerven et al. (1999, p. 171-206).

¹⁴ Van Gerven et al. (1999, p. 201).

¹⁵ Van Gerven et al. (1999, p. 202-203).

4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A Carta Magna de 1988 é tida como um verdadeiro marco transformador do cenário legislativo brasileiro não apenas por introduzir uma nova concepção de direitos fundamentais, mas também por eleger o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito.¹⁶

Das lições de Sarlet (2010, p.70), tem-se por dignidade da pessoa humana:

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

Sobre a importância da pessoa humana nesse projeto constitucional, lembre-se a lição de Moraes (1993, p. 26), no sentido de que os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária colocaram a pessoa humana - isto é, os valores existenciais - no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os demais ramos do direito.

Além da Carta Maior, como bússola da sociedade, ter indicado o norte a ser perseguido - tutela da dignidade da pessoa humana -, também destacou a relevância dos direitos fundamentais, ao situá-los estrategicamente no início de seu texto, em elenco generoso e não exaustivo. Além disso, a previsão do art. 5º, §1, da C.F. determina que tais direitos possuem aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer complementação ou regulamentação legislativa.

Some-se, ainda, a inclusão de tais direitos como *cláusulas pétreas*, de acordo com o artigo 60, § 4º, inciso IV, bem como a abertura do § 2º, do artigo 5º acerca do reconhecimento de outros direitos fundamentais, fora do catálogo original, que, por seu conteúdo e importância, possam a eles ser equiparados.

Dentre estes direitos fundamentais, o legislador constituinte elencou, no artigo 5º, incisos V e X, o direito à indenização por dano material e moral e considerou invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, típicos direitos de personalidade.

O fato do legislador constituinte ter elencado alguns típicos direitos de personalidade não significa que a proteção constitucional somente a eles se dirige. Ao contrário, a partir de outras passagens do texto constitucional é possível se construir a existência de um direito geral de personalidade, além de alguns especificamente nominados. É o que se verá a seguir.

¹⁶ Constituição Federal de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

5 A CLÁUSULA GERAL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Martins-Costa (2006, p. 71) refere-se aos direitos da personalidade expressos no Código Civil de 2002 (artigos 11 a 21) como “[...] uma categoria que veio revelar o núcleo da dimensão existencial do Direito Civil - os quais são desenvolvidos e concretizados à vista do que é o ‘valor-fonte’ do ordenamento, a *pessoa humana*, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional.”

Não tendo o código civil apresentado um rol pretensamente exaustivo dos direitos de personalidade, tornou-se possível uma construção jurisprudencial, alicerçada em outras fontes legislativas, especialmente a Constituição, que reconhece outros direitos de personalidade não expressamente previstos, além de extrair, do ordenamento jurídico como um todo, um verdadeiro direito geral de personalidade. Aliás, tal possibilidade de um desenvolvimento judicial do Direito fora antevista e desejada pelo culturalismo de Reale (2006), que explicitou que o atual Código Civil não pretendeu dar uma solução plena e completa a todos os problemas que surgem na sociedade - o que seria uma tarefa impossível -, deixando sempre uma margem para desenvolvimento por parte da doutrina e dos juízes. Segundo ele, a norma aberta é uma norma destinada à criação posterior do intérprete, mesmo porque não se compreende a norma sem a interpretação.

Moraes (2009, p. 121) defende que, a partir da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal, não há mais que se discutir acerca da existência ou não de uma enumeração exemplificativa ou taxativa dos direitos da personalidade, visto o inegável caráter de cláusula geral de tutela da pessoa humana conferida pelo nominado princípio. Revela, ainda, que a “personalidade” se afigura não só como um direito, mas um *valor* fundamental do ordenamento que está na base de uma série de situações existenciais altamente mutáveis a exigir diferentes tutelas.

Aliás, não só as cláusulas gerais, mas também os conceitos jurídicos indeterminados, os princípios, os postulados, as normas narrativas (normas-quadro), enfim, toda essa tipologia normativa diversa das ‘regras’ clássicas, com seus suportes fáticos (*fattispecie*) bem precisos, tiveram o condão de tornar o direito mais dúctil, mais flexível, permitindo que o intérprete contribua para o desenvolvimento do direito. Para tanto, o intérprete, sem alteração do texto, pode dele extrair normas diversas, à medida em que a sociedade evolui e novos valores passam a estar presentes.

Fixada a importância e alcance dos direitos de personalidade, passa-se a analisar como o instituto da responsabilidade civil pode proteger tais direitos. É o objeto da sessão seguinte.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Durante largo tempo, o único dano indenizável era o “material” ou “patrimonial”.

O Direito Civil, então, não apenas inverteu o polo de concentração da pessoa do ofensor para focar seu olhar na vítima, como ainda, passou a reconhecer outra categoria de dano, tido por “imaterial” ou “extrapatrimonial”.

Nas palavras de Moraes (2009, p. 12):

Importa ressaltar que a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo de obrigação do ofensor de responder por suas culpas, para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação da sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, dores e percalços.

Essa mudança de foco na responsabilidade civil, do agente causador para a vítima de danos, fez com que paulatinamente se percebesse a riqueza da pessoa humana e as diversas formas que ela pode ser lesada. Novos danos foram assim identificados.

De fato, o direito contemporâneo convive com diferentes espécies de dano, o que compele o doutrinador a voltar sua atenção para sua identificação e classificação. E isso não apenas por amor à sistematização teórica, mas também pelos efeitos práticos daí advindos, especialmente quanto à quantificação dos danos não patrimoniais. Quer-se indenizar todo o dano sofrido pela pessoa humana, mas de forma criteriosa e sem sobreposições. Em suma, quer-se evitar que se indenize duas vezes o mesmo dano, apenas sob etiquetas variadas.

De fato, os danos imateriais, justamente pelo seu alto grau de subjetividade, sempre estiveram à mercê do arbítrio de julgadores, que muitas vezes atuam empiricamente nessa área, sem grandes preocupações sistematizantes.

E, no ponto, Moraes (2009, p. 14) ressalta que a falta de maior apuro na elaboração técnico-jurídica dos fundamentos do dano moral tem redundado em grave obstáculo à proteção integral da pessoa humana.

Uma das formas de se reduzir tal discricionariedade judicial implica em proceder à divisão dos danos em duas grandes áreas - materiais e imateriais ou patrimoniais e extrapatrimoniais -, sendo que os danos dessa última espécie são divididos em subespécies mais ou menos típicas, com requisitos e características próprias. Isso permitiria que, no momento de decidir, o juiz invoque parâmetros mais 'dogmáticos' e precisos para identificá-los, permitindo, também, maior controlabilidade das decisões.

Uma das formas de se ampliar a tutela dos direitos da pessoa humana, pela via da responsabilidade civil, é através da utilização da válvula de abertura constante dos artigos 948 e 949 do CC/2002 que, ao utilizarem respectivamente as expressões "sem excluir outras reparações" e "além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido" passaram a constituir cláusulas gerais permissivas de uma ampla indenizabilidade dos prejuízos provocados pelo dano-morte ou pelas ofensas à integridade psicofísico da vítima direta do evento danoso.

Diante dos limites desse ensaio, não é nossa pretensão fazer uma análise completa de todos os danos nominados e específicos que podem atingir a pessoa humana. Destacaremos apenas três dentre eles, quais sejam, os danos biológicos, os danos existenciais e o dano ao projeto de vida. É o que passaremos a fazer na sequência.

7 DANOS BIOLÓGICOS

Os danos biológicos são uma criação da doutrina e jurisprudência italianas, sendo posteriormente acolhida pelo legislador.

Vale a pena recordar sua origem. Como se sabe, o *Codice Civile* italiano, de 1942, possui duas importantes disposições a respeito da responsabilidade civil. Falo dos artigos 2.043 (“*Art. 2.043. Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”) e 2.059 (“*Art. 2.059. Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598)*”).

O primeiro desses artigos foi sempre interpretado como sendo o substrato legal da responsabilidade civil por danos materiais. Já o art. 2.059 era interpretado como sendo a base legal da responsabilidade civil por danos não patrimoniais - equivalentes, *grosso modo*, aos nossos danos morais. A diferença entre o nosso sistema e o deles, quanto aos danos “morais”, consiste em que o código italiano adotou um regime de “tipicidade”, referindo que só haveria responsabilidade civil nos casos previstos na lei, especialmente a lei penal (o art. 185, segunda parte, do Código Penal italiano sempre constituiu a fonte normativa mais substancial para tais condenações, ao prescrever que “Todo o crime que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial, obriga o culpado, ou as pessoas que, segundo a lei civil, respondam por ele, a repará-lo”)

Diante de tal arcabouço legislativo, havia enorme dificuldade para enquadrar, juridicamente, responsabilidade civil por danos imateriais (“morais”) derivados de ilícitos meramente civis (ou seja, não penais).

Na década de 70, por iniciativa de dois magistrados genoveses (Monetti e Pellegrino), iniciou-se uma reinterpretação do sistema de responsabilidade civil italiana, de forma a se permitir a indenização também dos chamados danos biológicos. A interpretação era a seguinte: como a Constituição italiana garantia o direito à saúde (art. 32: “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo*”) como um dos direitos fundamentais do cidadão italiano, entendia-se que se a integridade física de alguém fosse lesada, estar-se-ia ferindo o próprio direito subjetivo constitucional à saúde. Isso constituiria um “dano injusto”, a teor do art. 2.043 do C.C., que garantiria uma indenização, independentemente da presença de um crime.

A jurisprudência italiana logo abraçou tal tese. O *leading case* desse novo tipo de dano foi a decisão do *Tribunale di Genova*¹⁷ no caso *Rocca c. Ferrarese*, proferida em 25 de maio de 1974 (*Giurisprudenza Italiana*, 1975, I, 2, 74). Tal entendimento foi logo acolhido por toda a magistratura, inclusive da Corte de Cassação (ao julgar o caso *Ferrante c. Lisi*, em 1981) e da Corte Constitucional (com os casos *Repetto c. AMT di Genova* e *Saporito c. Manzo*, julgados em 1986).

Aliás, a *Corte Costituzionale* italiana veio a ocupar-se dos danos biológicos ainda antes, com as sentenças n. 87 e 88, ambas de 27.07.1979. Tratava-se, então, de analisar

¹⁷ Lembrando-se que a expressão *Tribunale*, na estrutura judiciária italiana, refere-se a um órgão judiciário de primeiro grau, não se equipando aos Tribunais na estrutura judiciária brasileira. O equivalente ao nosso Tribunal de Justiça é denominado, na Itália, de *Corte d’Appello*.

incidentes de inconstitucionalidade de artigos do *Codice Civile* por não tutelarem o direito à saúde. A Corte emitiu decisões que, na terminologia usada na Itália, seriam ‘*interpretative di rigetto*’, e que no Brasil seriam chamadas de declaratórias de inconstitucionalidade sem redução de texto. Ou seja, a Corte Constitucional manteve a higidez das normas codicísticas, desde que a elas fosse dada uma interpretação que afastasse a pecha de inconstitucionalidade, excluindo qualquer outra possibilidade hermenêutica. O princípio então afirmado foi no sentido de que a saúde “é tutelada pelo art. 32 da Constituição não somente como interesse da coletividade, mas também e sobretudo como direito fundamental do indivíduo, de forma a configurar um direito primário absoluto, plenamente operativo inclusive nas relações entre particulares. Ele certamente se inclui entre as posições subjetivas diretamente tuteladas pela Constituição, não havendo dúvidas de que sua violação configura um ato ilícito, com conseqüente obrigação de reparação dos danos.”¹⁸

Esclareça-se que, na sua concepção originária, tal dano foi reconhecido apenas para as vítimas de acidentes de trânsito. Aos poucos foi sendo estendido também para as vítimas de acidentes de trabalho e, finalmente, numa terceira fase, foi reconhecido a outros tipos de situações, como danos causados por produtos defeituosos, por inalação de tabaco, etc.¹⁹

A noção de dano biológico foi paulatinamente sendo ampliada, de forma a abranger não só a integridade física, como também psíquica e distúrbios de toda a natureza, abrangendo danos à vida de relação,²⁰ somatizações diversas, danos estéticos, danos à esfera sexual, etc. Ou seja, adotou-se uma concepção difusa e polimorfa de “saúde”, afastando-se dos seus propósitos iniciais e acarretando desdobramentos que serão analisados mais adiante.

Ao final da década de noventa, a posição da Corte de Cassação foi assim resumida por Monateri (1998, p. 486-487), a partir da análise de suas decisões:

- a) a noção de dano biológico equivale a lesão do direito à saúde, entendida como saúde física e como saúde psíquica;

¹⁸ Uma ampla análise de tais decisões e o seu impacto no direito italiano da época nos é fornecida por Alpa (1999, p. 393).

¹⁹ Sobre essa evolução, consulte-se Pogliani (1990, p. 14) e Marquesini (2005, p. 7).

²⁰ Os chamados “danos à vida de relação” foram uma criação pretoriana italiana muito difundida e aplicada entre as décadas de sessenta a oitenta, como forma de se evitar as restrições derivadas de uma leitura restritiva do art. 2.059 do CC. Subsumia-se tal figura na moldura do art. 2.043 do CC, como espécie de “dano injusto”. Distingua-se, assim, o dano à vida de relação dos denominados danos morais puros. Cito algumas ementas de acórdãos italianos daquele período (VISINTINI, 1997, p. 60-65), onde tais distinções restam claras:

1. “*Il danno alla vita di relazione è una componente specifica del danno patrimoniale e implica una menomazione della c.d. capacità di concorrenza dell’individuo rispetto ad altri soggetti nei confronti sociali ed economici*” (Corte di Cassazione, sent. n. 3763, de 19.11.1969).

2. “*Le menomazioni delle facoltà intellettive e volitive dell’danneggiato, specie se di tale gravità da rendere necessaria la interdizione del soggetto leso, assumono rilevanza sotto il profilo del danno alla vita di relazione*” (Corte di Cassazione, sent. n. 2002, de 3.6.1976).

3. “*Il danno morale, consistente nell’ingiusto perturbamento dello stato d’animo del leso determinato dall’offesa ricevuta, non può identificarsi nel danno alla vita di relazione che, configurandosi nell’impossibilità o anche nella difficoltà, per chi ha subito menomazioni fisiche, di reinserirsi nei rapporti sociali oppure di mantenerli ad un livello normale, si da annullare o diminuire, secondo i casi, le possibilità di collocamento e sistemazione del danneggiato, integra, invece, un’ipotesi di danno patrimoniale, al pari del danno alla capacità lavorativa, pur differenziandosi da questo, con conseguente separata risarcibilità.*” (Corte di Cassazione, sent. n. 3344, de 2.6.1984).

- b) o dano biológico como dano-evento²¹ é sempre e prioritariamente reparável relativamente ao dano patrimonial ou moral;
- c) a tutela do dano biológico decorre de uma aplicação direta do art. 32 da Constituição italiana e do art. 2043, como categoria geral do dano injusto;
- d) a reparabilidade de tal dano, que é ontologicamente diverso do dano moral, é feita mediante juízo de equidade;
- e) em caso de lesões múltiplas, derivante do mesmo fato lesivo, o dano biológico deve ser unitária e globalmente considerado, porque única é a modificação, para pior, da saúde do sujeito lesado;
- f) na liquidação do dano deve se adotar um critério elástico que leve em conta todas as qualidades pessoais da vítima, afastando-se o recurso a valores fixos, tabelados ou a critérios fixos.

Em 2003, porém, a Corte de Cassação (decisões n. 8827 e 8828, julgadas em 31.05.2003) e a Corte Constitucional (decisão n. 233, julgada em 11.07.2003) consolidaram uma evolução jurisprudencial, no sentido de fundamentar a indenização dos danos biológicos com base no art. 2.059 do CC (ou seja, danos não patrimoniais) e não mais no art. 2.043 do CC (danos materiais), dando àquele dispositivo codificado uma interpretação em conformidade com a constituição.

Essas decisões proferidas no ano de 2003, pelos dois mais importantes tribunais italianos, são o resultado de uma tentativa de ressystematização de um tema que havia crescido de forma desordenada. De fato, sob a rubrica de “danos biológicos” estavam sendo indenizados os mais variados tipos de danos imateriais, que nada mais tinham a ver com o conceito naturalístico de danos “biológicos”. Tal evolução jurisprudencial, na verdade, ocorrera na sequência de uma valorização da pessoa humana, fruto de uma leitura constitucionalizada do direito privado. Como consequência, passou-se a valorizar os direitos de personalidade, cuja violação veio a ser considerada “dano à pessoa”, confluindo de forma desordenada no âmbito dos danos biológicos. Ou seja, na ânsia de oferecer uma tutela civil mais efetiva aos direitos de personalidade, e considerando a estreiteza do sistema codificado italiano a respeito, a solução prática encontrada fora a de considerar como dano biológico também as ofensas a quase todos os direitos de personalidade.

É verdade que uma famosa decisão da Corte de Cassação italiana, de novembro de 2008, sobre a qual falaremos mais adiante, acarretou uma nova percepção dos danos não patrimoniais no direito italiano. Tratava-se de uma resposta da mais alta corte ordinária italiana à proliferação de danos não patrimoniais, com feitiço abusivo em muitos casos. Tal decisão, segundo síntese de Giuseppe Vettori (2012, p. 57, 61) referiu que o sistema legal italiano não contempla, como danos autônomos, o dano moral puro, o dano biológico e o

²¹ Esclareça-se que na Itália é comum a distinção entre dano-evento e dano-consequência. No primeiro caso, leva-se em consideração o fato danoso em si, independentemente de suas consequências; já no segundo caso, a reparabilidade ou não do dano depende das consequências por ele geradas. A lesão a um órgão interno do corpo humano, por exemplo, eventualmente pode não acarretar consequências à vida da pessoa, que apesar dela poderá continuar a exercer as mesmas atividades, profissionais ou não, que exercia antes, mas mesmo assim deve ser objeto de reparação/compensação - trata-se de um típico dano-evento. O dano evento, entre nós, seria aproximado à figura do chamado *dano in re ipsa*.

dano existencial, mas sim adota o sistema binário. De um lado, o dano patrimonial, caracterizado por uma atipicidade que se articula na hipótese em que é lesado um interesse juridicamente relevante (o chamado *dano injusto*); de outro, o dano não patrimonial, reconhecido em hipóteses típicas previstas em lei ou em caso de lesão a um direito inviolável da pessoa. Esse elenco, porém, não é fechado, pois compreende, segundo a decisão, outras situações que se podem identificar a partir da evolução da sociedade e de seus valores.²² De acordo com esse jurista italiano, a noção de dano biológico passou a absorver as figuras da lesão à integridade sexual, do dano estético e de toda lesão à integridade psicofísica.

Outra consequência da referida decisão de 2008 consistiu num maior rigor na apreciação da existência dos danos não patrimoniais em si. Afirmou-se que o dano não patrimonial não é um dano *in re ipsa* (dano-evento) ou uma pena privada, mas sim um dano-consequência que deve ser expressamente alegado e provado. Para o dano biológico, a própria lei (arts. 138 e 139 do Decreto Legislativo n. 209/2005) exigia a comprovação médico-legal de sua ocorrência. Todavia, segundo Vettori (2012, p. 62), tal prova não será necessária quando o juiz considerá-la impossível ou supérflua, diante da presença de outros elementos constantes dos autos, como documentos e testemunhas, ou até mesmo por presunções à vista da experiência comum.

Como havíamos referido antes, a noção de danos biológicos foi acolhida legislativamente. De fato, o Código de Seguros italiano (arts. 138 e 139), de 2005, definiu tal figura de dano como sendo a

[...] lesão temporária ou permanente à integridade psicofísica da pessoa, suscetível de constatação médico-legal, que afete negativamente as atividades cotidianas e aspectos dinâmico-relacionais da vida do lesado, independentemente de eventuais repercussões sobre sua capacidade laborativa.

Todavia, embora não com esse nome, também em outros países a integridade física e a saúde de uma pessoa são amplamente tuteladas. Aliás, Dam (2007) refere que *the right to physical integrity is perhaps the best protected right in tort law* (em tradução livre: o direito à integridade física talvez seja o direito mais bem protegido no âmbito da responsabilidade civil).

Gerven (1999, p. 168-169) chega a falar em um “*emerging right to bodily safety*” (emergência de um direito à segurança corporal), ilustrando sua afirmação com análise do direito europeu, com destaque para o direito francês, no qual se fala em *droit à la sécurité corporelle* (direito à segurança corporal) como uma espécie de direito autônomo, tal como o direito à privacidade. Como indício dessa tendência aponta-se a *Loi Badinter* (Lei 677, de 5.07.1985), lei que disciplina a responsabilidade por danos corporais em casos de acidentes de trânsito, do condutor e do proprietário do veículo, independentemente de culpa. O artigo segundo desta lei, de forma expressa, afasta a invocação da força maior e do ato de terceiro como excludentes da responsabilidade. Somente a culpa exclusiva da vítima pode excluir a responsabilidade (ou mitigá-la). Outro indício seria a Lei 1.406, de

²² Essa mesma leitura também é feita por Ponzanelli (2012, p. 71).

1991, que assegura o direito à indenização no caso de pessoas infectadas pelo vírus HIV em razão de transfusão de sangue.

No caso do direito alemão, o § 823, I, do BGB, tutela, além da vida, da liberdade, da propriedade (e outros direitos absolutos assemelhados), também o corpo e a saúde. A interpretação que se costuma dar para diferenciar essas duas expressões passa por identificar lesão ao corpo quando se trata de alguma lesão externa, como quebra de um membro, perda de um dedo, contusões, etc. Já a lesão à saúde é identificada com disfunções envolvendo o funcionamento interno do organismo, provocadas por elemento externo.

Seriam exemplos de lesão à saúde: infecções internas por vírus ou bactérias, gastroenterite, inalação de gás venenoso seguida de intoxicação, etc. Decisão de 1991 do *BGH - Bundesgerichtshof* (Superior Tribunal Federal alemão) (publicado na *NJW* 1991, p. 1948) inclui nessa categoria a infecção de um parceiro sexual por vírus da AIDS transmitido por outro, mesmo que o infectado não tenha desenvolvido a doença.²³

No direito inglês, um bom exemplo da eficiente proteção do direito à saúde foi o *Fairchild case*.²⁴ O caso envolvia alguém que fora exposto a *asbestos* (conhecido entre nós como amianto, material amplamente utilizado, pela sua economicidade, resistência e durabilidade, na fabricação de telhas, caixas d'água, isolamento de paredes, etc). A exposição a certos tipos de *asbestos*, como já demonstrado cientificamente, aumenta substancialmente o risco de contração de inúmeras doenças, dentre as quais a mais séria é a *mesothelioma*, uma forma letal de câncer de pulmão causada pela inalação de fibras de amianto. O problema é que essa doença tem um período de incubação de cerca de 20 a 40 anos! Tecnicamente é impossível estabelecer se e quando o paciente inalou fibras de amianto. Nessas circunstâncias, a questão do ônus da prova passa a ser crucial. Normalmente incumbe ao autor o ônus da prova. Todavia, para assegurar uma proteção razoável às vítimas desse tipo de doença, as cortes inglesas passaram a transferir ao réu (fabricante do amianto) o ônus da prova de eliminar o nexo de causalidade entre a inalação das fibras do seu produto e o câncer desenvolvido pela vítima. Na decisão acima referida (*Fairchild case*), a então *House of Lords* inglesa (corte de maior hierarquia na estrutura judiciária britânica - recentemente substituída pela *UK Supreme Court*) fixou essa orientação, fazendo referência a decisões similares de outras jurisdições europeias (VAN DAM, 2007, p. 146).

No direito angloamericano, tal proteção é conhecida como *wrongful interference with the person*, ou também *damages for physical harm, personal injury* ou *physical impairment* (KIONKA, 1992, p. 303-307).

Também o direito argentino reconhece o *daño biológico*. Nas palavras de Gherzi (2008, p. 210.),

[...] se trata de una situación donde lo que se afecta es la estructura molecular o relación funcional de los órganos internos (riñones, hígado, etc) o externos (movilidad, gesticulación manual, etc.); así, por ejemplo, trastornos de equilibrio, hemiparesia e hipoestesia facio severa, etcétera.²⁵

²³ Nesse sentido, Markesinis (1997, p. 37).

²⁴ *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd & Others* (2002).

²⁵ Em viés crítico, contrário à autonomia do dano biológico no direito argentino, consulte-se Alsina (2003, p. 679-680).

A respeito dos danos biológicos, ou danos à integridade psicofísica, é interessante referir que a jurisprudência italiana acabou dando origem a verdadeiras *tabelas de reparação*, que são adotadas pelos magistrados de determinadas regiões, para quantificar o valor dos danos biológicos. Na verdade, existem várias tabelas, sendo mais conhecidas as tabelas de Pisa, Gênova e Milão. Nessas tabelas, levam-se em conta os vários danos biológicos mais recorrentes (perda total ou parcial da visão, com distinção de visão unilateral ou bilateral; perda de um membro, superior ou inferior, etc..) combinado com a idade da vítima, além de outros fatores, levados conjuntamente em conta para a quantificação do valor da indenização.

A preocupação em criar parâmetros mais objetivos para avaliação dos danos biológicos não é, porém, um apanágio italiano, pois também está presente em vários ordenamentos jurídicos. Viney (2008, p. 49) refere que

[...] na falta de texto, os juízes e principalmente certas cortes superiores tem tomado consciência da importância da questão das modalidades de indenização por dano corporal. A esse respeito, podemos citar como exemplo a Corte Suprema do Canadá, que se encontra à frente nesse domínio por ter elaborado, desde os anos 1970, diretrizes precisas endereçadas às cortes inferiores.

Nesse tema - o da elaboração de tabelas referenciais, a partir de precedentes jurisprudenciais, para fixação do valor dos danos biológicos - de notável importância prática no âmbito do direito britânico, por exemplo, são os *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury*, elaborados pelo *The Judicial Studies Board* em 1992 e que em 2010 já estava em sua décima edição (publicado pela Oxford University Press).²⁶

No seu prefácio à décima edição, Lord Neuberger of Abbotsbury, *Master of the Rolls* (a segunda maior autoridade judiciária na Inglaterra), referiu que “na medida em que os *Guidelines* são cada vez mais reconhecidos, sua orientação é adotada cada vez mais frequentemente por advogados e juízes, e, na medida em que são cada vez mais adotados, os *Guidelines* tornam-se sempre mais reconhecidos. Um verdadeiro círculo virtuoso”. Foi referido, também, que quando da primeira edição, no prefácio constou que a fixação de danos morais em geral era uma das tarefas mais comuns e difusas pelos juízes ingleses. Por ocasião da décima edição, com a difusão e observância dos critérios ali sugeridos, referiu-se que nos dois anos anteriores à tal edição houve apenas três casos em que a questão tornou-se controvertida.

²⁶ Trata-se de um notável esforço de sistematização, em que a equipe organizadora distinguiu 10 grupos (danos envolvendo paralisia; danos cerebrais; danos psiquiátricos; danos que afetem os sentidos; danos a órgãos internos; lesões ortopédicas; danos ao rosto; danos a outras partes do corpo; danos ao cabelo; e dermatites). Cada um desses grupos está dividido em várias hipóteses (exemplificativamente, no grupo de lesões ortopédicas, há 17 subdivisões, tais como lesões de pescoço, de ombros, de mãos, de pulso, de mão, de dedos, etc). Para cada uma das hipóteses há várias situações. Por exemplo, as lesões de pescoço são divididas em ‘severas’, ‘moderadas’ e ‘leves’. As lesões ‘severas’ são divididas em 4 situações, ao passo que as moderadas e leves compreendem duas situações. Para cada uma dessas situações há uma descrição abstrata do que ela seria e um quantum referencial. Continuando com o exemplo, as lesões leves de pescoço compreendem duas situações: a primeira é aquela em que se espera uma completa recuperação no prazo de dois anos (nesse caso, os valores referenciais vão de 2.850 libras a 5.150 libras) e a segunda é aquela em que se espera a completa recuperação entre poucas semanas e um ano (nesse caso, os valores referenciais vão de 875 libras a 2.850 libras).

Tendo os danos biológicos sido exitosamente invocados para superar os limites da reparabilidade dos danos não patrimoniais no direito italiano, houve, na sequência, um abuso na aplicação analógica de tal espécie de dano para situações que, na verdade, nada tinham a ver com a violação à integridade psicofísica ou com lesão à saúde propriamente dito. Foi esse abuso que levou à criação de um tipo de dano distinto, o chamado dano existencial, do qual trataremos a seguir.

8 DANO EXISTENCIAL

Inicialmente abordaremos o tema no âmbito no direito italiano, onde surgiu, desenvolveu-se e atualmente se encontra em crise. Na sequência, faremos uma breve referência ao ‘estado da arte’ no direito brasileiro.

8.1 O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO ITALIANO

Deve-se à chamada Escola Triestina a origem dos danos existenciais. De fato, os professores Paolo Cendon e Patrizia Ziviz, analisando a jurisprudência sobre danos biológicos, identificaram vários casos que, a rigor, não poderiam ser decididos sob aquele rótulo. Em artigos doutrinários escritos para a *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, nos anos de 1993 e 94, eles cunharam a expressão *danno esistenziale* para agrupá-los. Fundamental, também, foi o Congresso que ambos os professores organizaram em novembro de 1998, na Universidade de Trieste, tendo como tema específico os danos existenciais.

Já a partir da metade da década de noventa a jurisprudência italiana começou a adotar tal nomenclatura, abandonando a classificação tripartida dos danos indenizáveis, adotada pela Corte Constitucional italiana, na famosa decisão n. 184 de 1986, em que haviam sido identificados, no sistema italiano, três tipos de danos - danos patrimoniais, morais e biológicos -, para adotar uma classificação quádrupla, segundo a qual, ao lado dos danos patrimoniais haveria um gênero de danos não patrimoniais, que abrangeria as espécies de danos morais subjetivos, danos biológicos e danos existenciais.

A bem da verdade, já em 1988,²⁷ sob outra denominação, passou-se a reconhecer jurisprudencialmente a chamada *lesão da serenidade familiar (danno alla serenità familiare)*. Naquele julgamento, foi referido que “[...] quem quer que altere em medida relevante o equilíbrio familiar, lesa um direito subjetivo reconhecido como tal a cada um dos componentes da formação social e familiar.”²⁸

²⁷ Caso *Sanna e D’Angelo c. Arbia*, julgado pelo Tribunale di Milano, em 18.2.88, publicado na RCP, 1988, p. 454, e na NGCC, 1989, I, p. 152. O caso envolvia a jovem Silvia Sanna, nascida em 1962, que havia lesões cerebrais gravíssimas em razão de erro médico. Tais lesões alteraram permanentemente suas funções psicossomáticas, tornando-a incapaz de uma vida autônoma. Os pais moveram, então, uma ação de reparação pelos transtornos em sua vida e pelo sofrimento. Até então a jurisprudência admitia danos morais puros em razão da morte de parente próximo, mas não concediam indenização aos parentes quando a vítima tinha sobrevivido. O *Tribunale*, para contornar o obstáculo, afastou os danos morais (que seriam indiretos, em ricochete, e portanto não indenizáveis), e criou um título autônomo, denominado de dano à serenidade familiar. Tratava-se de um dano direta e imediatamente sofrido pelos pais, que tiveram perturbada, de forma grave e definitiva, sua serenidade familiar, diante na necessidade de se envolverem diuturnamente nos cuidados com a filha, eternamente deles dependente. Outro caso de *danno alla serenità familiare* foi julgado pelo Trib. Avezano, em 31.3.93 - caso *Buffone c. Boccabella*.

²⁸ Monateri (1998, p. 496, 303).

Todavia, foi no ano de 2000 que a Corte de Cassação italiana, pela primeira vez, pronunciou-se explicitamente sobre o dano existencial, através da decisão 7.713 de 07 de junho, que analisou uma ação de um filho contra o pai pelo fato desse não ter provido, de forma intencional, o devido sustento da criança. A condenação do demandado se deu sob o entendimento de que a partir do comportamento omissivo do genitor, criou-se potencial obstáculo à atividade realizadora da pessoa humana do filho (SOARES, 2009).

Três anos mais tarde, em 2003, operou-se uma mudança paradigmática. Buscando criar uma sistematização dentro do crescimento desordenado do tratamento dado ao tema, a Corte de Cassação, através das decisões n. 8.827 e 8.828 julgadas em 31.05.2003 e conhecidas como as sentenças gêmeas e a Corte Constitucional, através da decisão 233, de 11.07.2003, consolidaram a posição no sentido de fundamentar a indenização dos danos biológicos não mais com base no artigo 2.043 e sim no artigo 2.059 do CCI através da interpretação em conformidade com a Constituição (arts.2²⁹ e 32) e assim reconhecendo a categoria dos chamados danos existenciais em clara valorização aos direitos de personalidade.

A sentença 8.827 tratou de caso onde, em razão de erro médico durante um parto cesáreo, a criança nasceu tetraplégica e com atrofia cerebral, destinada a viver irreversivelmente em estado vegetativo, sem capacidade de movimentos, compreensão e interação. Além dos evidentes danos patrimoniais mediante os custos de tratamento que os pais teriam por toda a vida do filho, totalmente incapaz; dos danos biológicos pela saúde atingida; do dano moral puro dos pais pela dor e frustração, foram identificados danos existenciais pelo reconhecimento de que tiveram sua rotina de vida totalmente alterada tendo em vista a necessidade de cuidar permanentemente do filho, renunciando à maior parte de suas atividades sociais, culturais, de lazer, etc.

Outro exemplo de danos existenciais poderia ser o da pessoa que fica privada da possibilidade de manter relações sexuais normais com seu cônjuge/companheiro, em razão de danos físicos (paraplegia ou tetraplegia, por exemplo) sofridos pelo seu parceiro, danos esses imputáveis a terceiros. Não há dúvidas que o cônjuge pessoalmente vitimado sofreu danos biológicos, morais e existenciais também. Mas seu parceiro, que nada sofreu fisicamente, passou a ter alterada, para pior, uma de suas dimensões de vida, qual seja, a da sensualidade. Sofreu, portanto, danos existenciais também. Essa espécie de dano existencial também costuma ser chamada de dano à esfera da sexualidade.³⁰

A decisão 8.828 enfrentou a questão do falecimento do cônjuge da autora em acidente automobilístico e da súbita alteração de sua vida.

Por sua vez, a decisão n. 233, de 2003, a Corte Constitucional italiana identificou e distinguiu os três danos não patrimoniais da seguinte forma: “*dano moral subjetivo* seria a transitória perturbação do estado de ânimo da vítima; *dano biológico* em sentido estrito seria a lesão do interesse, constitucionalmente garantido, à integridade psíquica e física

²⁹ Art. 2. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

³⁰ Na Itália, a primeira vez que a Corte de Cassação analisou essa questão, nela identificando uma espécie de dano indenizável, foi no caso *Santarelli c. Santandrea e Lucidi* (sent. n. 6607, j. em 11.11.1986). Nesse caso, afirmou-se o princípio segundo o qual quem culposamente causa a uma vítima casada lesões físicas que a impossibilitam de manter relacionamento sexual, deve também reparar o dano que disso decorre direta e imediatamente para o outro cônjuge.

da pessoa, medicamente comprovada”; ao passo que o *dano existencial* seria o “dano derivado da lesão a outros interesses de natureza constitucional inerentes à pessoa”.

Noção mais completa e descritiva de danos existenciais foi fornecida pela Corte de Cassação, na decisão n. 6572, proferida em 24.03.2006, pelo seu órgão máximo na jurisdição civil (*Sezione Unite*), onde se afirmou que “por dano existencial entende-se qualquer prejuízo que o ilícito

[...] provoca sobre atividades não econômicas do sujeito, alterando seus hábitos de vida e sua maneira de viver socialmente, perturbando seriamente sua rotina diária e privando-o da possibilidade de exprimir e realizar sua personalidade no mundo externo. Por outro lado, o dano existencial funda-se sobre a natureza não meramente emotiva e interiorizada (própria do dano moral), mas objetivamente constatável do dano, através da prova de escolhas de vida diversas daquela que seriam feitas, caso não tivesse ocorrido o evento danoso.³¹

Além da distinção entre *dano moral subjetivo* (caracterizado pela presença da dor e sofrimento internos, sem reflexos externos na vida da pessoa) e *dano existencial* (caracterizado sempre pelas consequências externas, na vida da vítima, em razão da alteração - introdução de um *non facere*, ou de um *facere* - de seus hábitos de vida e forma de se relacionar com os outros, prejudicando sua realização pessoal e comprometendo sua capacidade de gozar plenamente sua própria vida em todas as suas potencialidades), passou-se a restringir os *danos biológicos* à presença de uma lesão física ou psíquica ou um comprometimento da saúde, pericialmente identificados.

A partir de então, a Itália passou por fenômeno não desconhecido de uma enxurrada de ações onde se buscava uma perigosa ampliação da noção de danos existenciais, motivo pelo qual a Corte de Cassação, através de suas Seções Unidas (sent. n. 26.972, de novembro de 2008), tentou colocar um freio a uma desmesurada ampliação da noção de danos existenciais, acarretando o surgimento de uma série de demandas frívolas. Essa decisão restringiu a extensão da noção de danos existenciais, ao afirmar que sua ocorrência não configura um dano autônomo, mas sim uma espécie de dano moral, reparável sempre que violar um direito fundamental da pessoa.³² Referida decisão tinha alguns propósitos bastante claros. O principal deles era evitar que a fragmentação da responsabilidade civil com identificação de danos autônomos pudesse acarretar uma certa duplicação dos valores reparatórios. Foi dito que “[...] o ressarcimento do dano à pessoa deve ser integral, no sentido de que se deve compensar inteiramente o dano, mas sem ir além disso.”

³¹ Tradução livre da reprodução parcial do acórdão, colacionada por Christandl (2007, p. 326). Na definição de Giuseppe Cassano, “*il danno esistenziale si manifesta in rinunce ad attività quotidiane di qualsiasi genere, in compromissioni delle proprie sfere di esplicazione personale, insomma in quel non facere che costituisce il presupposto delle perdite di utilità quotidiane.*”

³² Na verdade, como bem pontuado por Patti (2014, p. 331, 337), a oposição da Corte de Cassação não dizia respeito à reparabilidade do dano existencial em si, mas sim sua “configurabilidade como categoria autônoma” dentro do dano não patrimonial. Tanto assim que a referida decisão “não parece ter excluído a reparabilidade dos danos que a doutrina e parte da jurisprudência haviam identificado sob tal rótulo, com exceção das hipóteses dos danos de bagatela”. Como hipóteses de danos de bagatela, cuja reparação a Corte resolutamente queria afastar, a própria decisão enumera conhecidos casos jurisprudenciais italianos: supostos danos decorrentes de um equivocado corte de cabelo, espera estressante em aeroporto, ausência de atenção por parte da autoridade pública, impossibilidade de assistir uma partida de futebol na televisão, em razão de falta de energia elétrica.

(§4.8 do acórdão). Do ponto de vista dogmático, tal decisão, na abalizada interpretação de Ponzanelli (2012, p. 69), tal decisão confirmou a leitura constitucional do art. 2059 do Código Civil, inaugurada pelas históricas decisões de maio de 2003, no sentido de superar os limites do mero dano moral subjetivo (dor, sofrimento) e abranger, no seu âmbito, todo e qualquer prejuízo não patrimonial decorrente da lesão de um interesse da pessoa que tenha relevância constitucional, embora não como categoria autônoma.

Uma nítida preocupação dos magistrados que subscreveram a decisão foi a de afastar a reparabilidade dos chamados danos de bagatela.³³ A esse respeito, afirmou-se que:

[...] não basta, para garantir uma reparação, invocar direitos completamente imaginários, como o direito à qualidade de vida, ao estado de bem-estar, à serenidade: em resumo, o direito a ser feliz. Fora dos casos determinados pelas leis ordinárias, somente a lesão de um direito inviolável da pessoa concretamente individualizada é fonte de responsabilidade reparatória não patrimonial. (§3.9. do acórdão).

A razão de ser dessa restrição nos é dada por Franzoni (2014, p. 300-303), analisando o teor das decisões das Cortes Superiores italianas: “[...] o direito deve ser invocado quando se produz um dano sério. A lesão deve exceder um mínimo de ofensividade, tornando o dano tão sério para que seja merecedor de tutela em um sistema que impõe um grau mínimo de tolerância.” Assim, prossegue ele, citando trechos da famosa decisão de novembro de 2008:

[...] o filtro da gravidade da lesão e da seriedade do dano atua como equilíbrio entre o princípio da solidariedade frente à vítima, e o da tolerância, com a consequência que o a reparação do dano não patrimonial é devido somente quando se tenha superado o nível de tolerância e que o dano não seja fútil.

Ainda, em outra passagem, indicando o pano de fundo de tal raciocínio, afirma que “[...] a convivência entre as pessoas acarreta o dever de solidariedade, segundo o art. 2º da Constituição, já que a solidariedade impõe também deveres de tolerar fatos ou comportamentos do outro.” Assim, “[...] a solidariedade pode ser utilizada como critério para o balanceamento de pretensões opostas e negar o ressarcimento.”

Todavia, essa decisão, se restringe, por um lado, a reparabilidade de certos danos não patrimoniais, por outro alarga o âmbito da reparação de tais danos, abrangendo inclusive hipóteses de descumprimento contratual, especialmente o de trabalho (embora também nessa seara devam os danos ser concretamente demonstrados - dano-consequência e não dano-evento).³⁴

³³ Com seu usual estilo crítico e irreverente, a respeito da posição da Cassação sobre os danos de bagatela, Monateri compara duas decisões, uma da Corte italiana e outra da *Queen’s Bench Division* da *High Court* britânica (caso *(Regina) Bernard v. London Borough of Enfield*, de 25.10.2002). Nesta última, concordou-se com o famoso Relatório de Lord Woolf, *Master of the Rolls*, que enumerou as categorias de danos não patrimoniais que deveriam indenizados no direito inglês: “[...] angústia, frustração, importunação, humilhação e ansiedade.” Já na Corte de Cassação italiana decidiu-se de forma inteiramente contrária, afirmando-se: “Claramente não merecedores de tutela reparatória, invocando o título de dano existencial, são os prejuízos consistentes em mal-estar, importunações, contrariedades, ansiedades e em cada outro tipo de insatisfações.” (MONATERI, 2014, p. 324-325).

³⁴ Nesse sentido, Ponzanelli (2012, p. 72-73).

Como é comum aos institutos jurídicos, aqueles que são exitosos nos países onde surgem costumam circular, servindo de modelo para “importações”. Assim, também no Brasil há estudos doutrinários e algumas aplicações jurisprudenciais. É disso que trataremos a seguir.

8.2 O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro, a única obra monográfica sobre os danos existenciais é de Soares (2009),³⁵ que além de abordar a questão no direito comparado, reproduz e analisa expressiva jurisprudência brasileira que se enquadra nessa figura, embora normalmente não utilizando essa nomenclatura. Mais recentemente a mesma notável jurista (SOARES, 2014, p. 245-282) publicou atualizado artigo doutrinário, inserto em coletânea publicada no exterior, em que atualiza o “estado da arte” na Itália, especialmente após a decisão das Câmaras Reunidas da Corte de Cassação de novembro de 2008.³⁶

A diferença entre o sistema italiano e o brasileiro, quanto aos danos morais, consiste em que o código civil italiano, como visto, optou por uma “tipicidade” onde somente seriam reconhecidos aqueles previstos em lei. Daí a dificuldade enfrentada pela doutrina e jurisprudência italiana para proteger eficazmente os direitos relativos à pessoa humana. Somente quando se passou a utilizar a técnica da interpretação conforme a constituição é que a situação se alterou no direito italiano.

No âmbito do direito nacional, a situação se mostra bem diferente, consoante bem demonstrado por Sanseverino (2010, p. 190):

No Brasil, a consagração pela CF/88, em seu art. 5º, V e X, da ampla reparabilidade dos danos morais, as cláusulas gerais de responsabilidade civil subjetiva e objetiva dos arts. 186 e 927 do CC/2002 e a abertura feita pelos enunciados dos arts. 948 (homicídio) e 949 (lesões corporais) também do CC/2002 fazem com que tenhamos um amplo espaço para um integral indenizabilidade dos danos pessoais ou corporais.

Com isso, nosso ordenamento jurídico, na esteira do direito comparado, está inequivocamente preparado para encarar, sob uma nova perspectiva, essa faceta relevantíssima da responsabilidade civil, superando-se a preocupação patrimonialista até agora preponderante e conferindo-se valoração efetiva aos princípios da dignidade da pessoa humana e da integridade físico-psíquica do ser humano.

Apesar disso, a jurisprudência pátria, assim como a própria doutrina, ainda se mostra relativamente tímida na articulação de um amplo sistema protetivo dos direitos da pessoa, para além do genérico dano moral, que ainda não teve, no direito brasileiro, uma completa e satisfatória sistematização.

Sob a denominação de “danos existenciais”, é na jurisprudência trabalhista que atualmente se localiza o maior número de precedentes no direito brasileiro.

³⁵ Soares (2009). O tema, porém, já fora afluído por Hofmeister (2002), onde o tema é tratado nas páginas 221 a 229. Outras alusões esparsas e breves também são encontradas em outras obras, mas sem maiores aprofundamentos.

³⁶ Soares (2014, p. 245-282).

Apenas esporadicamente se localizam decisões dos tribunais estaduais sobre o tema, ainda que muitas situações que seriam enquadráveis sob o rótulo de “danos existenciais” sejam igualmente tuteláveis na jurisprudência pátria sob a denominação genérica de danos morais.

Em uma busca inicial a partir das palavras-chave “dano e existencial” não foram encontrados acórdãos no Superior Tribunal de Justiça e na maioria dos Tribunais de Justiça Estaduais. De fato, com tal argumento, apenas o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul apresenta decisão. Já na esfera federal, foram encontradas decisões no Tribunal Superior do Trabalho, e nos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª, 3ª e 4ª Regiões.

O uso da expressão “existencial”, no mais das vezes, remete a julgamentos referentes ao “mínimo existencial”, tema diferenciado que não diz com o objeto do presente estudo.

Apurando-se um pouco mais a busca através de expressões tais como “rotina e alteração e dano”; “cotidiano e alteração e dano”, “lesões e vida e alteração e dano”, “esfera existencial” e “cunho existencial” foram encontradas algumas decisões no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais de Justiça Estaduais dos Estados do Paraná e Rio Grande do Sul. A abordagem, no entanto, é diferenciada, ora tangenciando o tema, ora enquadrando-o na conceituação geral de dano moral, conforme se verá de forma mais esmiuçada, a seguir.

Do Superior Tribunal de Justiça, tem-se o seguinte caso, onde é possível se verificar a existência de um dano existencial, na concepção italiana, embora não haja referência a esta nomenclatura, sendo a hipótese enquadrada no gênero “dano moral”, embora as expressas referências à mudança na vida cotidiano da vítima:

DIREITO CIVIL. REPARAÇÃO DO DANO MORAL. VÍTIMA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. COTEJO ANALÍTICO. NÃO REALIZADO. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. OCORRÊNCIA. SEQUELAS DEFINITIVAS. PARAPLEGIA. DANO DE GRANDE MONTA CAUSADO A PRÓPRIA VÍTIMA. PRECEDENTES DO STJ. CASOS ANÁLOGOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. COMPATIBILIDADE. DOR SOFRIDA PELA VÍTIMA. POTENCIAL ECONÔMICO DO CAUSADOR DO DANO. MAJORAÇÃO. CABIMENTO.

[...]

4. A gravidade e a perpetuação das lesões que atingiram a vítima transforma inteiramente a sua vida e o priva para, sozinho, praticar atos simples da vida. Para casos como esse não se utilizam como paradigma hipóteses de falecimento de entes queridos. 5. A fixação do valor do dano moral sofrido pelo autor, que ficou paraplégico e se viu condenado a permanecer indefinidamente em uma cadeira de rodas, no montante de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) encontra-se em dissonância com as balizas desta Corte para casos análogos. 7. Recurso especial parcialmente provido para majorar o quantum indenizatório para R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). (SANTA CATARINA, 2010).

Em outro caso, novamente a expressa referência à completa alteração na vida diária da vítima que se tornou dependente de terceiros para os atos do cotidiano e, também aqui, a concessão de indenização sobre a rubrica “dano moral”:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO OCACIONADO POR DEFEITO NO PNEU DO VEÍCULO - VÍTIMA ACOMETIDA DE TETRAPLEGIA - CORTE LOCAL QUE FIXA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FABRICANTE DO PRODUTO.

[...]

1.5 Danos morais arbitrados em 1.000 salários mínimos. Valor insuscetível de revisão na via especial, por óbice da Súmula n. 7/STJ. A tetraplegia causada ao aposentado em razão do acidente automobilístico, que transformou inteiramente sua vida e o priva da capacidade para, sozinho, praticar atos simples da vida, cuida-se de seríssima lesão aos direitos de personalidade do indivíduo. A indene fixada para tais hipóteses não encontra parâmetro ou paradigma em relação aos casos de morte de entes queridos [...] (SÃO PAULO, 2012).

No Estado do Paraná foi possível localizar decisões esparsas da lavra do Desembargador Horácio Ribas Teixeira, onde há menção à lesão ao “interesse de cunho existencial” a justificar reparação por dano moral com fulcro no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. No caso, a despeito da referência à esfera existencial do ofendido, a questão não envolve, necessariamente, um dano existencial, porque não chega a provocar uma alteração de vida, pelo que, a condenação em danos morais, como gênero, se mostra acertada, tendo havido uma má-compreensão da figura do dano existencial. É o que se depreende da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZATÓRIA - ACIDENTE DE CONSUMO - FATO DO PRODUTO - CACO DE VIDRO DENTRO DE PÃO FRANCÊS - CORTE NO INTERIOR DA BOCA DA AUTORA - LESÃO À INTEGRIDADE PSICOFÍSICA DA AUTORA - INTERESSE DE CUNHO EXISTENCIAL (ART.1º, III, CF) - DANO MORAL CONFIGURADO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART.12, CDC) - QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO DE ACORDO COM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (PARANÁ, 2014).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem apresentando algumas decisões contendo referências à alteração de cotidiano e/ou rotina, o atingimento da esfera existencial e até mesmo a menção ao próprio termo “dano existencial”, mas não se percebe, ainda, a adoção efetiva deste conceito. Ora a condenação se dá por “dano moral” ora por “dano extrapatrimonial”. Como exemplos:

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA EM ATENDIMENTO EMERGENCIAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRECLUSÃO [...] DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Evidenciado o ilícito civil, caracterizado está o dano moral, que decorre do próprio evento danoso, prescindindo de prova quanto ao prejuízo concreto. Incontestável o sofrimento suportado tanto pela autora Maria de Souza, que se encontra em irreversível estado vegetativo, quanto por seu esposo que, de inopino, teve ceifada a interação com aquela, alterando suas rotinas para dispensar à mulher cuidados permanentes. (RIO GRANDE DO SUL, 2012a).

APLICAÇÃO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRESTAÇÃO DEFEITUOSA DO SERVIÇO DENTÁRIO. COMPROVAÇÃO DA CONDUTA CULPOSA. DANO MATERIAL. DANO EXTRAPATrimonIAL. QUANTUM. HONORÁ-

RIOS. Responsabilidade Civil do Cirurgião-Dentista O artigo 14 do CDC regula a responsabilidade civil dos profissionais liberais. Aplicação dos princípios da responsabilidade subjetiva ao cirurgião-dentista. Adoção da tese, no caso concreto, de que a obrigação é de resultado. O moderno processo civil impõe às partes, especialmente na área da responsabilidade médica, incluída a dos dentistas, adotarem conduta processual de colaboração processual. [...] - **Danos Extrapatrimoniais - Os danos extrapatrimoniais também se referem à esfera existencial da pessoa humana**, impondo-se o dever de indenizar quando houver ofensa aos direitos da personalidade. Compreensão a partir do artigo 1º, III, CF, princípio da dignidade da pessoa humana. Indenização fixada considerando a prática de ofensa à saúde da paciente e que afetou a sua subjetividade. - Verba Honorária Sucumbencial - Majoração da verba honorária arbitrada na sentença, estabelecendo-se no percentual de 15% sobre o valor atualizado da condenação, na forma do art. 20, § 3º, do CPC. (RIO GRANDE DO SUL, 2012b).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS. LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. PERMISSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. MOTOTÁXI. DEVER DE INDENIZAR - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR ATOS LEGISLATIVOS - LEI MUNICIPAL INCONSTITUCIONAL - [...] Rescisão do contrato que repercutiu significativamente na vida cotidiana do autor. Dano existencial configurado. Nexo causal entre o dano e a lei municipal inconstitucional. - DANOS PATRIMONIAIS - [...] - DANOS EXTRAPATRIMONIAIS - Os danos extrapatrimoniais também se referem à **esfera existencial** da pessoa humana, impondo-se o dever de indenizar quando houver ofensa aos direitos da personalidade. Compreensão a partir do artigo 1º, III, CF, princípio da dignidade da pessoa humana. - QUANTUM DA REPARAÇÃO - O valor da indenização deve ser suficiente para atenuar as consequências da violação dos bens jurídicos em jogo, sem significar enriquecimento sem causa. (RIO GRANDE DO SUL, 2012c).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO DURANTE MANOBRA PARA REALIZAR DESCARGA DE REJEITOS. AUSÊNCIA DE VIGILÂNCIA POR PARTE DAS DEMANDADAS. PENSIONAMENTO E DANOS MORAIS. 1. Atropelamento de reciclador, por veículo utilizado no transporte das sobras do processo de industrialização de aço, durante manobra de descarga. [...] 2. Comprovada a diminuição permanente da capacidade laborativa do demandante. Pensionamento vitalício devido (art. 950 do NCC). Patamar indenizatório com base no salário mínimo nacional, ante a ausência de comprovação dos rendimentos da vítima. 3. Dano moral. Ocorrência. A gravidade das lesões, a necessidade de realização de cirurgia e a dor inerente, além do sentimento de angústia no período de recuperação caracterizam naturalmente o dano moral, pois evidenciam os reflexos maléficos que a situação ou “**episódio da vida**” acarretou no contexto existencial do demandante. Fixação em patamar condizente com os efeitos do infortúnio e com as particularidades da causa (grau das lesões e condições econômicas das demandadas, dentre outras). 4 [...]. Danos extrapatrimoniais que, na hipótese sub judice, encontram-se inseridos no contexto dos danos pessoais. (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

De seu turno, é a Justiça do Trabalho quem vem apresentando maior desenvolvimento do tema a partir dos elementos caracterizadores preconizados pelo Direito Italiano,

ainda que se possa perquirir se efetivamente a aplicação do conceito dano existencial encontra guarida nas relações de trabalho, especialmente na forma em que vem se operando.

Do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região (Minas Gerais) colhe-se o julgamento de um caso em que no voto do relator consta a especificação do que venha a ser o dano existencial:

MULTA DE 40% DO FGTS - SUCESSIVAS DEMISSÕES SEGUIDAS DE READMISSÕES - ÚLTIMO ROMPIMENTO A PEDIDO DO OBREIRO - AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. O reclamante, no curso do contrato de trabalho, foi dispensado e readmitido sucessivas vezes, em nítida violação à regra do artigo 453 da CLT. Assim, tendo em vista a fraude perpetrada, a r. sentença reconheceu a unicidade contratual pelo período de 01/08/2008 a 26/05/2013, e, em consequência, deferiu o pedido da reclamada de que as multas fundiárias recebidas pelo reclamante fossem a ela ressarcidas, sem a incidência de correção monetária. Via de regra, quem recebe de boa-fé o que lhe não era devido não está obrigado a restituir os valores percebidos. No mesmo diapasão, a ninguém é lícito se locupletar da própria torpeza (“*nemo datur allegatur suam propriam turpitudinem*”).

Do voto: ...[...] O dano existencial ou à existencialidade consiste na violação ao patrimônio jurídico personalíssimo, ou seja, aquele relacionado à vida privada e à intimidade, especificamente quanto ao dano na frustração do trabalhador em não realizar um projeto de vida e no prejuízo das relações sociais e familiares, em razão da privação do seu direito ao descanso. (MINAS GERAIS, 2014).

No Tribunal Regional do Trabalho da 4ª. Região (Rio Grande do Sul) há julgamentos bastante específicos e com referências precisas à conceituação desta espécie de dano. Como exemplos:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADAS EXTENUANTES. A submissão do trabalhador ao cumprimento de jornadas superiores a treze horas, em seis dias por semana, durante todo o período contratual, é conduta ilícita que leva à privação do desenvolvimento de atividades de lazer e convívio social, dando ensejo ao pagamento de indenização por dano existencial, a qual é devida quando há lesão a direitos personalíssimos da vítima, ligados ao seu projeto de vida. Recurso parcialmente provido [...]

Do voto: Entendo devida a indenização por dano existencial quando há lesão a direitos personalíssimos, ligados à sua própria existência enquanto ser social, quando a pessoa é privada, involuntariamente, de desenvolver atividades ligadas ao seu projeto de vida, tais como lazer, convívio familiar e estudos.[...]. Por unanimidade, rejeitada prefacial de não conhecimento do recurso ordinário da reclamada. Por maioria, dar parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante. (RIO GRANDE DO SUL, 2013a).

DANO EXISTENCIAL. Há dano existencial quando a prática de jornada exaustiva por longo período impõe ao empregado um novo e prejudicial estilo de vida, com privação de direitos de personalidade, como o direito ao lazer, à instrução e à convivência familiar. Prática que deve ser coibida por lesão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal). [...] Por maioria, negado provimento ao recurso da reclamada. Por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso adesivo do reclamante. (RIO GRANDE DO SUL, 2014b).

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviços acarreta a responsabilidade subsidiária do tomador. Aplicação da Súmula 331, IV, do TST. **INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO DE HORAS EXTRAS.** A realização de extensa jornada pelo empregado não configura, por si só, o dano existencial, o qual depende de prova. Caso em que o reclamante não se desonerou do ônus que lhe competia de demonstrar suas alegações no sentido de que o fato de ter laborado em jornada extraordinária tenha ofendido sua dignidade, ou que tenha ensejado prejuízo para as suas relações interpessoais [...] Por unanimidade, não conhecer do recurso do autor quanto às preliminares. No mérito, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso da reclamada e negar provimento ao recurso do reclamante. (RIO GRANDE DO SUL, 2013b).

Por fim, o Tribunal Superior do Trabalho, quando superados requisitos de admissibilidade dos recursos, tem mostrado certa cautela na concessão de indenização pelo chamado dano existencial, mas não deixa de reconhecê-los nas mesmas hipóteses em que mais se constatou a sua concessão na esfera desta justiça especializada, qual seja, a excessiva jornada de algumas categorias de trabalhadores. Exemplificativamente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. PRESTAÇÃO EXCESSIVA DE HORAS EXTRAS. 1. O e. TRT registrou que o reclamante trabalhava essencialmente em atividades externas, consistentes em viagens bastante frequentes (vide diversos bilhetes aéreos carreados aos autos pelo próprio trabalhador, fls. 33/68), inclusive algumas internacionais (como admitido às fls. 03 e 432), e havia controle de sua jornada com, 'o acesso ao sistema de ponto feito pela internet e de forma quinzenal', conforme afirmou a testemunha. Manteve a condenação derredor das horas extras, tendo por base a jornada fixada na origem (de 8h:30 às 22h:30), com 1h:30 de intervalo intrajornada, de segunda a sexta-feira. Na sequência, consignou que - A prestação habitual de horas extras não enseja indenização a título de danos morais, até porque dispõe o empregado de meios legais e judiciais para enfrentar a situação. Cumpre registrar, ainda, que a conquista jurídica e sua elevação a nível constitucional (art. 5º, V, *in fine*) deve ser reivindicada de forma séria e bem fundamentada, sob pena de banalização e descrédito. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer (ALMEIDA NETO, 2005, p. 68), hipótese aqui não verificada. 3. Nesse contexto, não se divisa violação dos arts. 5º, V, e X, da Constituição da República e 927 do CCB. (BRASIL, 2014).

Percebe-se, portanto, que no direito brasileiro a questão dos danos existenciais ainda se encontra em fase embrionária. Há pouco desenvolvimento doutrinário e escassa aplicação jurisprudencial. Isso se deve, no nosso entendimento, ao fato de aqui no Brasil não termos a tradição de estudo de direito comparado. Assim, novas configurações e institutos jurídicos desenvolvidos no exterior costumam muito a serem aqui conhecidos. Outro

fator é o profundo enraizamento da noção de dano moral entre nós, o que dificulta a abertura de espaço para novas figuras.

Veremos, por último, uma figura por vezes semelhante, mas que possui contornos próprios. Trata-se do dano ao projeto de vida, uma concepção nascida e desenvolvida na América Latina. É nosso próximo tema.

9 DANOS AO PROJETO DE VIDA

Deve-se ao jurista peruano Carlos Fernández Sessarego³⁷ a criação dessa figura de dano, na década de oitenta. Segundo ele, o mais grave dano que se pode causar a uma pessoa é aquele que repercute de modo radical em seu projeto de vida, quer dizer, aquele ato danoso que impede que o ser humano se realize existencialmente, em conformidade com dito projeto livremente escolhido, atendendo a uma vocação própria. A consequência mais grave do dano não patrimonial à pessoa é obrigá-la a uma mudança de seu projeto de vida, de sua atividade habitual e vocacional (ex: lesões à mão de um artista plástico ou de um cirurgião, compelindo-os a alterarem seus projetos de vida profissional e de realização pessoal).

No texto acima citado, Sessarego (2014) fundamenta a importância do projeto de vida e a necessidade de reparar os danos decorrentes de sua violação pela sua vinculação ao valor ‘liberdade’, que é bem que distingue o ser humano, o que o faz ser o ente que é e não outro, diferenciando-o dos demais seres do mundo - “La persona humana es un *ser libertad*”. Essa liberdade implica uma capacidade inerente de valorar, tomar e implementar decisões, preferir e escolher um determinado comportamento, dentre um leque de alternativas, opções ou oportunidades. É claro que a possibilidade de implementar tais escolhas resta sempre na dependência das potencialidades inerentes à própria pessoa (seu mundo interior) - inteligência, perseverança, energia, habilidades e dons pessoais -, como também dos limites que o ‘mundo exterior’ coloca - dificuldades materiais, sobretudo, mas também as relações de que dispõem, as oportunidades que se abrem ou se fecham, onde o acaso também muitas vezes também tem algo a dizer. Essa liberdade torna a pessoa humana um ser projetivo, criativo, responsável, dinâmico, em contínuo movimento, fazendo e moldando sua personalidade através do tempo. Não é ele um ser fechado sobre si mesmo, mas sim um ser aberto aos demais e ao mundo. Não é algo compacto, maciço, pronto e acabado, como as coisas que o rodeiam. O homem vai fazendo sua vida ao longo de sua existência, projetando-se no futuro, adquirindo paulatinamente uma própria identidade. “Es el rumbo, la meta, el sentido y razón que cada ser humano otorga al don de su vida. Es lo que el hombre decide ser y hacer ‘en’ su vida y ‘con su vida’. É a liberdade que faz com que, embora sendo todos os seres humanos iguais, não existam duas pessoas idênticas. “Libertad e identidad son el sustento de la dignidad humana”.

Importante na concepção do jurista peruano é a distinção das duas instâncias da liberdade, a ontológica (interna, a que nos faz humanos) e a fenomenológica. Trata-se da liberdade enquanto ‘fenômeno’, no sentido grego de “o que se mostra”, o que ‘se torna patente’, o que aparece no mundo. É essa que interessa para a figura de dano que trata-

³⁷ Entre os inúmeros artigos Sessarego (2014).

mos. De fato, a liberdade se faz presente no mundo, se fenomenaliza, através dos atos, das condutas, dos comportamentos do ser humano. O projeto construído de forma íntima, como decisão pessoal, tem vocação para ser realizado, de converter-se em trajetória existencial, de implementar-se como projeto de vida. “La libertad ontológica, en tanto proyecto, tiene vocación de cumplimiento en la realidad, en el mundo exterior, en la cotidianidad de la vida. Se proyecta para vivir, se vive proyectando”. Entre a multiplicidade de projetos que o ser humano continuamente adota em sua existência, há um que é singular, único, irrepetível: “[...] el ‘proyecto de vida’ de cada cual “[...] aquello por lo cual cada ser humano considera valioso vivir, aquello que justifica su tránsito existencial. Significa, por ello, otorgarle un sentido, una razón de ser, a su existir.” Trata-se da liberdade fenomenológica, ligada à implementação prática dos projetos abstratos que cada ser humano cria para si. A frustração desse projeto tem conseqüências gravíssimas para a pessoa, pois “[...] la frustración del ‘proyecto de vida’ es el daño más grave que se puede perpetrar contra la persona pues, en casos extremos, acarrea la pérdida del sentido de la vida.”

Apoiado em Jaspers (*A fé filosófica*), diz que o projeto de vida é aquele que o homem, consciente de sua liberdade, “quer chegar a ser o que pode e quer ser”. Todos os demais projetos, direta ou indiretamente, desde os mais significativos aos de menor transcendência, concluem no ‘projeto de vida’. Tudo o que o homem projeta na vida está, direta ou indiretamente, em função do seu próprio ‘projeto de vida’.

Vinculando o tema do ‘projeto de vida’ à responsabilidade civil, indaga Sessarego:

Como se puede dañar el ‘proyecto de vida’ en tanto libertad fenoménica? [...] Ello puede ocurrir de tres maneras. La primera sería la frustración total del ‘proyecto de vida’ que, generalmente, acarrea un vacío existencial. La segunda, sería su menoscabo, es decir, un daño parcial sin que ello suponga la imposibilidad de continuar con el proyecto, aunque ello ocurra en diferentes condiciones a las que con anterioridad se desenvolvía la vida de la víctima [...] La tercera expresión del daño al ‘proyecto de vida’ sería el retardo en su ejecución. En síntesis, el ‘daño al proyecto de vida’ tiene como consecuencias su frustración, su menoscabo y su retardo.

[...] Así, por ejemplo, si un pianista, un cirujano o un artista plástico pierde un brazo o una mano, la consecuencia sería la frustración de su respectivo ‘proyecto de vida’. En cambio, si un abogado pasa por la misma situación podrá continuar con su proyecto aunque sofriendo un relativo menoscabo en su ejecución. Si una persona es encarcelada injustamente, por varios años, y luego es absuelta, podría sufrir simultáneamente un menoscabo y un retardo en la realización de su proyecto de vida.

Em obra anterior, Sessarego (1994, p. 275) havia distinguido o dano moral do dano ao projeto de vida, dizendo que o dano moral normalmente é passageiro, efêmero, diminui de intensidade ou desaparece com o passar do tempo, ao contrário de outros danos à pessoa. O caso do dano ao projeto de vida, por exemplo, é permanente e acompanha a vítima até sua morte. Compromete seu destino existencial e, portanto, constitui uma radical frustração para o ser humano.

Também o professor argentino Iturraspe (2002, p. 30-31), refere-se ao dano ao projeto de vida, mencionando que tal figura representa aquilo que o ser humano decide fazer com o dom de sua vida.

Há inúmeros casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, identificando tal dano e condenando os Estados Membros a repará-los (quase todos envolvendo pessoas torturadas e presas ilegalmente durante anos, nos períodos mais sombrios das ditaduras militares latinoamericanas, com enorme repercussão em suas vidas privadas posteriores): caso María Elena Loayza Tamayo, julgado em 1998; caso “Niños de la Calle, julgado em 1999; caso Luis Alberto Cantoral Benevides, julgado em 2001, caso Wilson Gutiérrez Soler, julgado em 2005, dentre outros. Sessarego, no já referido artigo, além de fazer referência aos conhecidos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, também refere os casos jurisprudenciais e os entendimentos doutrinários a respeito do tema no direito espanhol, argentino, italiano e especialmente no direito peruano, onde a jurisprudência abertamente reconhece tal espécie de dano de 1996 para cá.

Fazendo-se uma pesquisa no direito jurisprudencial brasileiro, certamente serão encontrados inúmeros casos em que o dano ao projeto de vida estaria sendo contemplado e indenizado, embora sob o genérico ‘guarda-chuva’ dos ‘danos morais’. É o que se encontrou numa pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO DE CAMINHÃO MUNICIPAL CONTRA AUTOMÓVEL. TETRAPARESIA DA VÍTIMA. DANOS MORAIS TAMBÉM AOS PAIS.

[...] 4.1 Danos morais. A autora que restou com sequelas neurológicas e motoras em virtude do traumatismo cranioencefálico (tetraparesia), estando agora em cadeira de rodas e totalmente dependente de seus familiares. Interrupção de projeto de vida. Majoração da quantia, considerando em especial os parâmetros desta Câmara [...] 4.3. Danos morais reflexos aos pais. Inquestionável que o atual estado de saúde da filha causou, e ainda causa, intensa aflição aos pais da vítima, sendo cabível a manutenção da reparação por danos morais reflexos. Precedente do STJ. (RIO GRANDE DO SUL, 2005).

TERRAS INDÍGENAS. OCUPAÇÃO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TRANSFERÊNCIA A PARTICULARES. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA DEVOLUÇÃO ÀS COMUNIDADES INDÍGENAS. RESPONSABILIDADE INDENIZATÓRIA DO ESTADO. ART. 32, ADCT, CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE 1989. É inegável a responsabilidade indenizatória do Estado do Rio Grande do Sul, quanto a aqueles que estão submissos à devolução das terras pertencentes a comunidades indígenas, indevidamente ocupadas pelo Estado e por ele transferidas a particulares, que por elas pagaram, sendo tal conduta ilícita estampada na própria Constituição Estadual (art. 32, ADCT), sendo que, não promovido assentamento, a solução pecuniária afigura-se óbvia. DANO MORAL. ANCIÃ. AFASTAMENTO DAS SUAS TERRAS. SITUAÇÃO DOLOROSA. QUANTUM RAZOÁVEL. Apresenta-se clara a ocorrência de dano moral quanto a anciã, forçada a abandonar suas terras e remetida a dificultoso, senão inviável, reinício de projeto de vida, desmerecendo corrigenda o quantum fixado pela sentença. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO DAS VERBAS HONORÁRIAS. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. Havendo sucumbência recíproca, não exclui a gratuidade da justiça a compensação das verbas honorárias.

Em acórdão da lavra de um dos autores desse ensaio encontra-se referência, porém, tanto ao dano existencial quanto ao dano ao projeto de vida, como espécies autônomas de dano:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE civil do estado do rio grande do sul. prisão política ilegal, sevícias e tortura. prescrição incorrente. imprescritibilidade das pretensões indenizatórias decorrentes dos danos a direitos da personalidade ocorridos durante o regime militar. dignidade da pessoa humana. danos morais. danos existenciais. danos ao projeto de vida. QUANTUM. necessidade de se compensar adequadamente os graves danos sofridos pelo autor. precedente.

Da imprescritibilidade dos direitos e garantias fundamentais

[...]

3. “Conforme o entendimento jurisprudencial do STJ, em face do caráter imprescritível das pretensões indenizatórias decorrentes dos danos a direitos da personalidade ocorridos durante o regime militar, não há que se falar em aplicação do prazo prescricional do Decreto 20.910/32” (AgRg no Ag 1428635/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 09/08/2012).

Questões de mérito.

4. A responsabilidade do Estado do Rio Grande do Sul por atos danosos praticados por seus agentes de segurança é de natureza objetiva, no termos do § 6º do art. 37 da CF.

5. No caso dos autos, restaram incontroversas a prisão ilegal, as torturas a que foi submetido o autor, bem como as sequelas de tal período ao longo de toda sua vida.

[...]

7. Como sequelas dos atos praticados pelos agentes estatais de ‘segurança’, o autor tornou-se portador de transtorno mental denominado “Alteração permanente de personalidade após experiência catastrófica”, codificada pelo CID-10 como F 62.0. Pelos ‘graves crimes’ de leitura de textos considerados como subversivos e pelo alegado envolvimento em compra de armas, o autor foi seviciado e torturado de forma tão acentuada e grave, que acabou ficando surdo de um lado (pelos bofetões no ouvido), sexualmente impotente (pelas palmatórias aplicadas em sua genitália), com diminuição da visão, fóbico (não consegue ficar em lugares fechados e nem entrar em elevadores), depressivo, ansioso, inseguro. Tão acentuadas foram essas sequelas que o autor foi considerado permanentemente incapacitado para o trabalho.

8. Na mensuração do valor dos danos morais, em casos do gênero, calha a invocação de passagem de obra clássica de Wilson Melo da Silva, em que cita texto do antigo direito hebraico, em que se indaga: “como se estima a dor? Estima-se a dor levando-se em conta o que um homem, como a vítima, quereria receber para suportar o mesmo sofrimento”. À luz dessa antiga sabedoria, seria de se perguntar: quanto de dinheiro algum de nós aceitaria receber para padecer do mesmo sofrimento, ser submetido às mesmas agruras e levar consigo até o túmulo as graves sequelas referidas nos autos?

9. Tenho que, além dos danos morais puros, o autor sofreu graves danos existenciais, pois sua vida mudou de curso, para pior, desde o longínquo março de 1970. Desde então nunca mais conseguiu levar uma existência normal. Libertado do cárcere em 1972, continua ele preso ao seu passado.

10. Além disso, teve arruinado seu projeto de vida. Talvez o destino não lhe reservasse destaques em áreas glamorosas. Mas ao menos poderia ele tentar levar a sério as promessas constantes da Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776: “Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes,

a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”. Essa tentativa de busca da felicidade é que restou extremamente prejudicada ao longo da vida do autor. E é isso que se busca, aqui, remediar.

11. Em outras palavras, aos 28 anos o autor foi preso e por dois anos viveu no inferno. Mesmo após sair da prisão, o inferno o acompanhou desde então, diante das sequelas de que padece, as quais diariamente o reconduzem àquele período. O Estado do Rio Grande do Sul liquidou a mocidade e a idade madura do autor. Que ao menos agora lhe seja alcançada quantia razoável para lhe permitir uma velhice um pouco mais confortável.

12. Danos extrapatrimoniais fixados em R\$200.000,00 (duzentos mil reais), observado precedente específico desta Corte de Justiça. (RIO GRANDE DO SUL, 2014a).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após termos visto como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a relevância dos direitos fundamentais e o desenvolvimento dos direitos de personalidade afetaram todo o direito privado, inclusive o instituto da responsabilidade civil, focamos algumas espécies de danos que procuram melhor proteger a pessoa humana.

Vimos, também, que algumas figuras de dano surgiram na Itália como forma de reação à limitação inerente do seu Código Civil, que concede uma tutela restrita aos danos não patrimoniais. Como o Código Civil brasileiro adota o regime da atipicidade, já que seu art. 186 não elenca os interesses protegidos, indicando ser reparável qualquer dano, material ou moral, poder-se-ia dizer que nós não precisaríamos de tais figuras, podendo, assim, ficarmos com a figura genérica do dano moral.

Todavia, mesmo apesar dessa diferença entre nossos regimes jurídicos, cremos que a experiência italiana e estrangeira em geral é de grande valia para nós, pois também aqui a figura polimorfa de ‘dano moral’ não possui um conteúdo positivo, sendo percebida mais pelo seu aspecto ‘negativo’ - trata-se daquele dano que não é material. Essa é a porta pela qual demandas abusivas são propostas, pleiteando-se danos morais que nada mais são do que incômodos inerentes à vida de relação. Como costuma ser referido na jurisprudência italiana, o princípio da solidariedade impõe uma certa tolerância recíproca na vida em sociedade.

Além disso, frisamos durante o trabalho, e relembramos agora, que uma das formas de se reduzir tal discricionariedade judicial implica em proceder a divisão dos danos extrapatrimoniais em subespécies mais ou menos típicas, com requisitos e características próprias. Isso permitiria que, no momento de decidir, o juiz invoque parâmetros mais ‘dogmáticos’ e precisos para identificação dos danos, permitindo, também, maior controlabilidade das decisões.

Ainda que a legislação não faça menção a tais danos, nada impede que a jurisprudência deles tome conhecimento, se isso vier em reforço à tutela da pessoa humana. Afinal, como refere Ingo W. Sarlet (2008, p. 310), “[...] a concepção republicana da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes é necessariamente inclusiva e solidária e não podem se dar ao luxo de dispensar a contribuição de todos os atores envolvidos no processo de criação e permanente reconstrução do Direito.”

REFERÊNCIAS

- ALPA, G. *Trattato di diritto civile: la responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1999.
- ALSINA, J. B. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. ampl. e atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 308.86.2012.5.03.0008. Primeira Turma. Relator: Min. Hugo Carlos Scheurmann. Julgamento em 14 maio 2014. *JusBrasil*, Brasília, DF, 25 jun. 2014.
- CANE, P. *Atiyah's accidents, compensation and the law*. 6. ed. Totton: Butterworths, 2002.
- CASTRONOVO, C. *Danno biologico: un itinerario di diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1998.
- CASSANO, G. *La giurisprudenza del danno esistenziale*. Piacenza: Casa Editrice La Tribuna, 2002.
- CHRISTANDL, G. *La risarcibilità del danno esistenziale*. Milano: Giuffrè, 2007.
- FRANZONI, M. Los derechos de la personalidad, el daño existencial y la función de la responsabilidad civil. In: HERNÁNDEZ, C. A. et al. (Ed.). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Libre, 2014.
- GALLO, P. El daño a la persona em Italia. In: HERNÁNDEZ, C. A. et al. (Ed.). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Libre, 2014.
- GHERSI, C. A. Valor de la vida humana. 4. ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- GIOIA, M. *Dell'ingiuria dei danni del soddisfacimento, e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*. Lugano: Ruggia y C. 1833.
- GONZÁLES, C. A.; MAMANI, S. L. Q. Las orígenes del 'daño a persona' em Italia. GONZÁLES, C. A.; MAMANI, S.L. Q. *Observatorio de derecho civil: la responsabilidad civil*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2012.
- HOFMEISTER, M. A. C. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ITURRASPE, J. M. *El valor de la vida humana*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- ITURRASPE, J. M. *Responsabilidad por daños: tomo 1 parte general*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.
- JUSTIA SUPREME COURT. *Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Investigation*. Washington: DC, 1971. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/388/>>. Acesso em: 15 out. 2013.

KEETON, W. P. et al. *Prosser and Keeton on torts*. 5. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2004.

KIONKA, E. J. *Torts*. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1992.

LAWSON, F. H.; MARKESINIS, B. S. *Tortious liability for unintentional harm in the common law and the civil law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

LE TOURNEAU, P. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2010.

MARKESINIS, B. et al. *Compensation for personal injury in english, german and italian law: a comparative outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MARKESINIS, B. S. *The german law of obligations: the law of torts: a comparative introduction*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

MARTINS-COSTA, J. Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, J. (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, J. Os direitos fundamentais e a opção culturista do novo Código Civil. In: SARLET, I. W. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal Regional do Trabalho. Quinta turma. Relator: Milton Vasques Thibau de Oliveira. Julgamento em 13 maio 2014. *JusBrasil*, Belo Horizonte, 19 maio 2014.

MIRABELLI DI LAURO, A. P. Hacia um 'derecho común' de la responsabilidad civil. In: HERNÁNDEZ, C. A. et al. (Ed.). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Libre, 2014.

MONATERI, P. G. El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial. In: HERNÁNDEZ, C. A. et al. *La responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Libre, 2014.

MONATERI, P. G. Trattato di diritto civile. In: SACCO, R. (Org.). *Le fonti delle obbligazioni: la responsabilità civile*. Torino: Utet, 1998.

MORAES, M. C. B. de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil Constitucional*, v. 65, p. 21-32, 1993.

MORAES, M. C. B. de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, M. C. B. de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, M. C. B. de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, G. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

PARANÁ (Estado). *Apelação Cível n. 1088616-5/PR*. Relator: Horácio Ribas Teixeira. Julgamento em 27 fev. 2014. Curitiba, 28 fev. 2014.

PATTI, S. Las secciones unidas y la parábola del daño existencial. In: HERNÁNDEZ, C. A. et al. (Ed.). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Libre, 2014.

POGLIANI, M. Le complesse vicende del danno biologico. In: PAJARDI, D. (Org.). *Danno biologico e danno psicologico*. Milano: Giuffrè, 1990.

PONZANELLI, G. Secciones unidas. el 'nuevo estatuto' del daño no patrimonial. In: PONZANELLI, G. *Observatorio de derecho civil: la responsabilidad civil*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2012.

REALE, M. A parte geral do Novo Código Civil: transcrição da conferência proferida em 23 de maio de 2003 na abertura da I Jornada de Direito Civil: O novo código civil e a Justiça Federal. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, ano 17, n. 60, p. 17-46, 2006.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). *Apelação e Reexame Necessário n. 70012670493*. Vigésima Câmara Cível. Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa. Julgamento em 09 nov. 2005. *JusBrasil*, Porto Alegre, 11 nov. 2005.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Julgamento em 16 fev. 2012. *JusBrasil*, Porto Alegre, 19 fev. 2012a.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Décima Segunda Câmara Cível. Relatora: Judith dos Santos Mottecy. Julgamento em 26 ago. 2010. *JusBrasil*, Porto Alegre, 29 ago. 2010.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. Ap. Cível n. 70058189457. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgamento em 26 mar. 2014. *JusBrasil*, Porto Alegre, 29 mar. 2014a.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Julgamento em 27 jun. 2012. *JusBrasil*, Porto Alegre, 29 jun. 2012b.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Julgamento em 24 out. 2012. *JusBrasil*, Porto Alegre, 29 out. 2012c.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Primeira Turma. Recurso Ordinário n. 0000713-72.2011.5.04.002. Relatora: Ana Luiza Heineck Kruse. Julgamento em 09 out. 2013. *JusBrasil*, Porto Alegre, 19 out. 2013a.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Sexta Turma. Recurso Ordinário n. 0000488-66.2012.5.04.0205. Relator: Raul Zorato San Vicente. Julgamento em 02 abr. 2014. *JusBrasil*, Porto Alegre, 14 abr. 2014b.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal Regional do Trabalho da 4^a. Região. Quinta Turma. Recurso Ordinário n. 0000751-44.2012.5.04.0029. Relatora: Rejane Souza Pedra. Julgamento em 01 ago. 2013. JusBrasil, Porto Alegre, 10 ago. 2013b.

SANSEVERINO, P. T. V. *Princípio da reparação integral: indenização no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, I. W. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, G. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SANTA CATARINA (Estado). *Recurso Especial n. 1189465/SC*. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento em 26 out. 2010. Florianópolis, 10 out. 2010.

SÃO PAULO (Estado). *Recurso Especial n. 1281742/SP*. Quarta Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgamento em 13 nov. 2012. São Paulo, 05 dez. 2012.

SCHREIBER, A. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2012.

SESSAREGO, C. F. Un nuovo modo di fare diritto. In: VISINTINI, G. (Org.). *Il diritto dei nuovi mondi*. Padova: Cedam, 1994.

SESSAREGO, C. F. *Observatorio de derecho civil: la responsabilidad civil*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2012.

SESSAREGO, C. F. Trascendencia y reparación del ‘daño al proyecto de vida’ en el umbral del siglo XXI. In: HERNÁNDEZ, C. A. et al. *La responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Libre, 2014.

SOARES, F. R. El difícil camino recorrido por el daño existencial para ser reconocido como especie autónoma del género ‘daños extrapatrimoniales’. In: HERNÁNDEZ, C. A. (Ed.). *La responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Libre, 2014.

SOARES, F. R. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SHAPO, M. S.; PELTZ, R. J. *Tort and Injury law*. 3. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2006.

THE JUDICIAL STUDIES BOARD. *Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

TUNC, A. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989.

VAN DAM, C. *European tort law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VAN GERVEN, W. et al. *Tort Law: scope of protection*. Oxford: Hart Publishing, 1999.

VETTORI, G. Daño no patrimonial y derechos inviolables. In: SESSAREGO, C. F. *Observatorio de derecho civil: la responsabilidad civil*. Lima: Motivensa Editora Jurídica, 2012.

VINEY, G. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, G. (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

VINEY, G.; JOURDAIN, P. *Traité de droit civil: es effets de la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2001.

VISINTINI, G. *I Fatti Illeciti: ingiustizia del danno*. Padova: Cedam, 1997.

WEAVER, R. L. et al. *Mastering tort law*. Durham: Carolina Academic Press, 2009.

MERCADO: UMA QUESTÃO DE AUTENTICIDADE HUMANA

Natercia Sampaio Siqueira*
Jovina D'avila Bordoni**

1 INTRODUÇÃO

Algumas concepções vão adquirindo feições ideológicas que a afastam de sua axiologia própria, mediante equivocadas associações com outras concepções, que terminam por reduzi-las em importância e dignidade. É o que acontece com o mercado. Geralmente, o mercado tem sido associado como elemento ou instrumento de um capitalismo fundamentalista, que lhe retira não apenas uma justificativa própria, como lhe esgarça a associação com a liberdade humana com o que ela tem de mais essencial: a construção de um estilo de vida pertinente à história de cada qual.

A partir desta constatação, o presente artigo inicia por tratar do livre mercado como reconhecimento da agência humana na economia, o que se deu, com plenitude, no Estado Liberal de Direito oitocentista. Por este momento, se até nos escritos de Adam Smith, que embora centrados na eficiência da espontaneidade das relações econômicas na geração de riquezas, traz o germe de uma ideia explorada por futuros pensadores, em diferentes contextos: a de que cada qual possui o melhor conhecimento para situar a si e seus interesses na sua história de vida.

Em seguida, se trata a apropriação, exploração e desenvolvimento de referida ideia por Hayek, que a situa na realidade de uma ordem espontânea, constituída por pessoas livres. Ao mercado, são introduzidos os elementos da igualdade e liberdade: não mais se trata de uma mera questão de eficiência. Posteriormente, chega-se a Dworkin e à justificativa axiológica que ele confere ao mercado, tratando-o como justo critério de distribuição de riqueza em uma sociedade que preza pela igualdade.

Aborda-se a relação que Dworkin traça entre igualdade, liberdade, neutralidade e mercado, quando ao final se conclui que a autenticidade da pessoa, conforme hoje trabalhada a liberdade, depende do protagonismo do mercado na determinação de que bens devem ser produzidos e de como devem ser distribuídos. O mercado permite que cada pessoa faça suas escolhas de estilo de vida sob o custo determinado pela soma das preferências individuais, portanto livre de imposições estatais sobre o modelo de vida valioso, o que assegura a igual liberdade inerente a uma democracia.

* Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Mestre em Direito Tributário pela Universidade de Minas Gerais; Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza; Procuradora do Município de Fortaleza; Rua Santos Dumont, 5335, Bairro Aldeota, 60190-800, Fortaleza, Ceará, Brasil; naterciasiqueira@yahoo.com.br

** Graduada em direito e em Ciências Econômicas pela Universidade de Fortaleza; Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará; Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Ceará; Avenida General Afonso Albuquerque Lima, s/n, Bairro Cambéa, 60822-325, Fortaleza, Ceará, Brasil; jovinadavila@gmail.com

2 NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE A AGÊNCIA ECONÔMICA

O liberalismo econômico anima-se na esteira de reconhecimento da Agência humana, ocorreu tanto na política e na ética. A agência é uma conquista que se deu em vários setores, por diversos séculos; mostra-se como processo que nos dias atuais até atinge matizes dogmáticas, como se o ser humano nunca tivesse pensado a si nas suas relações políticas, sociais e privadas mediante parâmetro diverso da agência humana.

Ou seja, a liberdade, como parâmetro a compreender o homem nas relações políticas, sociais, privadas e até consigo mesmo, hoje adquire *status* de dogma, mas foi objeto de um longo processo, a autonomizar o homem na política, na ética, na ordem social, na economia e na sua história de vida. A partir desta breve advertência, inicia-se o primeiro ponto que de perto interessa a esse trabalho: a agência humana na economia integra um processo de autonomia humana, que se acentua na reação ao monarquismo, em especial à ineficácia do mercantilismo para enfrentar as crises econômicas e sociais que assolavam as monarquias nacionais.

Já na França monárquica, anteriormente à proliferação dos ideais liberais republicanos, desenvolveu-se a escola dos fisiocratas, que se indispunham ao controle estatal/monárquico sobre as atividades agrícolas. Os fisiocratas entendiam que as relações agrícolas se desenvolveriam “[...] livre e independentemente de qualquer coação exterior, segundo uma ordem imposta pela natureza e regida por leis naturais.” (HUGON, 1995, p. 91). Antes, portanto, de interferências externas, dever-se-ia permitir à produção a fixação do preço no seu interesse, que ao elevar os lucros, incrementaria o investimento nas atividades agrícolas; como resultado, ter-se-ia uma cultura mais variada e apta à satisfação de diferentes necessidades do mercado consumidor. A espontaneidade defendida pelos fisiocratas levou à harmonização do interesse individual do produtor ao interesse geral, noção que irá acompanhar o liberalismo econômico (HUGON, 1995, p. 94-95).

2.1 ADAM SMITH: A SISTEMATIZAÇÃO DA AGÊNCIA HUMANA NA ECONOMIA

A concepção de que a espontaneidade das relações econômicas possibilitaria a convergência entre o interesse individual e o geral fez da liberdade de mercado a pedra angular do liberalismo econômico burguês. Smith (2003, p. 1-5), em meados do séc. XVIII, sistematizou o pensamento econômico burguês, enumerando uma série de premissas a partir das quais desenvolveu a sua “riqueza das nações”: o trabalho, não os bens naturais, consistiria na principal fonte de riqueza da nação; a proporção entre o trabalho e o consumo é o que determinaria o nível de insumos necessários à subsistência e aptos à comodidade da sociedade; a adequada proporção entre trabalho e consumo resultaria da habilidade, destreza e julgamento no emprego do trabalho, assim como da proporção entre os empregados em trabalho útil e os que não o são.

Smith (2003, p. 44), o que é central na sua teoria, partiu da concepção de que as riquezas seriam originadas pelo trabalho, não se consubstanciando em metais preciosos. O poder de uma grande fortuna não estaria nela em si, mas na força que possui para mobilizar e comandar o trabalho e o seu produto em uma sociedade. Desta forma, Smith se

indispõe ao mercantilismo metalista, cuja premissa era a de que o metal seria a principal riqueza de uma nação, o que justificaria as várias medidas intervencionistas para mantê-lo no território do Estado. Antes, o trabalho seria a força motriz da riqueza, que seguiria uma dinâmica natural, inapta a sofrer interferência do Estado.

Ou por outras palavras, o trabalho seria a força motriz do desenvolvimento da economia e da riqueza das nações. Concomitante a este dado, Smith (2003, p. 22) reconhece a espontaneidade imanente ao trabalho, que o vai incrementando em eficiência:

The division of labour, from which so many advantages are derived, is not originally the effect of any human wisdom, which foresees and intends that general opulence to which it gives occasion. It is the necessary, though very slow and gradual consequence of a certain propensity in human nature which has in view no such extensive utility; the propensity to truck, barter and exchange one thing for another.

A riqueza seria resultado do trabalho, cuja imanente espontaneidade revela-se na propensão humana para troca. As relações de trocas que especializam o trabalho, ao tempo em que fomentam as relações econômicas e incrementam as riquezas, seguem a lei natural de que a busca individual pela maior obtenção de riqueza tende ao ponto ótimo de eficiência na resolução de conflitos no mercado econômico, o que assegura a riqueza das nações. Desta lei natural da economia, Adam Smith dá exemplos no decorrer de sua obra.

Veja-se que o professor de Glasgow estatui (SMITH, 2003, p. 67-77) que o preço seria composto por três elementos: a remuneração pelo trabalho, pelo aluguel e pelo investimento. Mas Smith (2003, p. 78-79) diferencia o preço natural, que possibilitaria a remuneração pelo uso da terra, pelo trabalho do empregado e pelo investimento do empreendedor, do preço de mercado, que seria determinado pela proporção entre a quantidade de produtos postos no mercado e a demanda efetiva, composta pelos que estariam dispostos a pagar o preço natural pelo produto. O que significa: acaso a oferta fosse maior do que a demanda, o preço de mercado seria inferior ao preço natural. Na circunstância, entretanto, de a demanda superar a oferta, o preço de mercado ficaria acima do preço natural (SMITH, 2003, p. 81-82).

Entretanto, a dinâmica espontânea a que sujeita a economia, levaria ao equilíbrio entre oferta e demanda e à equivalência entre o preço de mercado e o preço natural. No caso de a oferta superar a procura - quando o preço de mercado seria inferior ao preço natural - não haveria a adequada remuneração de um dos elementos do preço. Desta forma, o fator insuficientemente remunerado - seja o senhorio da terra, o trabalhador ou o empreendedor - trataria de investir o seu insumo - terra, trabalho ou capital - em outras atividades, o que levaria à redução da oferta ao nível da demanda e à equivalência entre o preço de mercado e o natural (SMITH, 2003, p. 82-83).

Já no caso de a oferta ser inferior à demanda, o componente do preço - terra, trabalho ou capital - que fosse remunerado em valor superior à sua natural proporção, atrairia maiores investimentos - seja dos proprietários, dos trabalhadores ou dos empreendedores. Por decorrência, a oferta subiria ao patamar da demanda efetiva, reduzindo o preço de mercado ao nível do preço natural (SMITH, 2003, p. 82).

Para Smith, as relações econômicas se equilibram dentro de uma ordem espontânea de interesses particulares, que convergiriam ao interesse geral. No primeiro caso, o interesse do fator, insuficientemente remunerado, em direcionar suas atividades para outros setores, equilibraria a relação entre oferta e procura e entre o preço natural e o de mercado. O mesmo ocorreria no caso oposto, em que o interesse de maiores investimentos, por parte de quem é remunerado acima do valor natural, incrementaria a oferta ao nível de equilibrá-la com a demanda, reduzindo o preço de mercado ao valor do preço natural.

Saindo, entretanto, de um exemplo tópico para ater-se à sistemática global do funcionamento das relações econômicas, faz-se fundamental focar o entendimento de Smith (2003, p. 430-431), no sentido de que o interesse do empreendedor em investir os seus recursos na indústria seria determinante à riqueza de uma nação:

The proportion between capital and revenue, therefore, seems everywhere to regulate the proportion between industry and idleness. Wherever capital predominates, industry prevails; wherever revenue, idleness. Every increase or diminution of capital therefore, naturally tends to increase or diminish the real quantity of industry, the number of productive hand, and consequently the exchangeable value of the annual produce of the country, the real wealth and revenue of all its inhabitants. Capitals are increased by parsimony, and diminished by prodigality and misconduct.

Whatever a person saves from his revenue he adds to his capital, and either employs it himself in maintaining an additional number of productive hands, or enables some other person to do so, by lending it to him for an interest, that is, for a share of the profits. As the capital of an individual can be increased only by what he saves from his annual revenue or his annual gains, so the capital of a society, which is the same with that of all the individuals who compose it, can be increased only in same manner.

[...]

Parsimony, by increasing the fund which is destined for the maintenance of productive hands, tends to increase the number of those hands whose labour adds to the value of the subject upon which it is bestowed. It tends therefore to increase the exchangeable value of the annual produce of the land and labour of the country. It puts into motion an additional quantity of industry, which gives an additional value to the annual produce.

Referida passagem sintetiza, com precisão, alguns dos cânones do pensamento liberal: as relações econômicas desenvolvem-se, espontaneamente, numa dinâmica de interação entre o interesse individual e o geral, que propicia a maior riqueza possível à sociedade:

[...] o interesse pessoal dos capitalistas é que vai fazer com que se possa, a qualquer momento, imprimir aos capitais a direção mais favorável ao interesse social. É aliás, o que tinha escrito Quesnay: 'Dê-se liberdade de ação (laissez-faire) que os capitais se multiplicam e afluem para onde mais livremente se pode dispor deles'. Smith retorna sempre a essa espontânea harmonia entre o interesse geral e o individual; é o 'leit-motiv' da sua obra. Indica seus efeitos em todos os ramos da economia: e, pois, não só a propósito da divisão do trabalho e da multiplicação

de capitais - conforme vimos -, mas também a propósito das leis econômicas em geral, das teorias sobre a moeda e sobre o comércio exterior, e, ainda, da lei da oferta e da procura da população.

Essa espontaneidade, acionada pelo interesse pessoal, constitui a peça mestra do sistema de liberdade natural *smithiano*. Levaria naturalmente Adam Smith a conclusões liberais. Com efeito, a liberdade se impõe em seu sistema como consequência da benfeitoria harmonia espontânea entre o interesse do indivíduo e o da sociedade e como corolário do fato de ser o indivíduo o único apto para discernir e buscar a satisfação do seu próprio interesse. (HUGON, 2003, p. 107).

O mais eficiente à economia seria deixar as resoluções de conflitos à espontaneidade das interações do mercado. Tal afirmação, ainda que fortemente questionada por Keynes e outros economistas que, no pós-guerra e por meados do séc. XX defenderam o planejamento econômico, ainda mostra-se apta de ser explorada por diferentes ângulos, possibilitando uma compreensão e justificativa do mercado de teor axiológico, para além da eficiência.

2.2 A AXIOLOGIA LIBERAL OITOCENTISTA COMO PRÓPRIA DO MERCADO

Mas o fato é que o pensamento de Smith, representativo dos interesses da burguesia, foi associado à axiologia liberal oitocentista, cuja liberdade era caracterizada pela abstenção do Estado nas relações privadas e a propriedade era compreendida como direito natural da pessoa, uma vez que fruto do seu trabalho e índice do merecimento, esforço e capacidade humana. A riqueza significava a recompensa pela dedicação e talento, devendo ser assegurada a quem a obtivesse.

O mercado, desta forma, viu-se relacionado a uma axiologia específica. Nesta associação, o mercado perde a sua axiologia própria, passando a ser compreendido, no senso comum, como instrumento de dominação da classe burguesa, como elemento de um capitalismo fundamentalista que se justifica na justiça de se assegurar ao homem a recompensa pelo seu esforço, pela sua dedicação, pelo seu talento.

A fragilidade axiológica do mercado acentua-se à medida que, associado à ideologia liberal oitocentista, passou a ser contraposto a outras teorias econômicas, relacionadas a outros modelos de Estado, que foram especialmente bem recepcionadas na primeira metade do séc. XX. Mas antes de se aprofundar no advento dessas novas teorias econômicas, importa acompanhar o caso desse liberalismo caracterizado pela abstenção estatal e pela propriedade privada como direito natural intangível do homem.

O fato é que o liberalismo burguês oitocentista, ao confundir liberdade com não intervenção, resultou no Estado de guerra econômico sob as bênçãos do Estado. Ao mais apto e forte economicamente, eram assegurados todos os ganhos possibilitados pela liberdade do mercado, sem que se opusessem direitos de dignidade da classe proletária. Este estado de coisa levou a grandes instabilidades sociais, que foram agravadas pela desordenada concentração populacional nas grandes metrópoles e pela profunda desigualdade social e econômica.

Já antes da grande expansão capitalista, que se deu nos anos de 1848 a 1875, houve revoluções, de cunho social, concomitantes pelos países europeus. Mas não obs-

tante a derrota das revoluções de 1848, o proletariado voltou à cena na década de 1860, emergindo “[...] com rapidez imprevista, para ser logo seguido pela ideologia a partir de então identificada com os seus movimentos: o socialismo.” (HOBBSBAWN, 2007, p. 162). Referido ressurgimento, por sua vez, agora qualificado pela “[...] solidariedade entre as classes trabalhadoras” (HOBBSBAWN, 2007, p. 162), rompeu os limites dos territórios nacionais, pretendendo-se inserido em uma dinâmica internacional tendente à irmandade do proletariado.

A partir da década de 1860, a ordem liberal depara-se com o seu mais poderoso rival, cujo modelo econômico lhe era oposto. Está-se a falar do movimento proletário, com propostas socialistas. O desafio do Estado Liberal de Direito não mais era o Estado absolutista monárquico, mas as reivindicações proletárias, a requerer, de forma imediata, o reconhecimento de direitos trabalhistas e a criação de órgãos de assistência e seguridade social e, de forma mediata, a supressão da ordem econômica liberal mediante a extinção e socialização da propriedade privada.

Já na segunda metade do século XIX, alguns Estados, como a Alemanha de Bismarck, passaram a estruturar órgãos de seguridade social a garantir o trabalhador contra eventos incapacitantes, como a doença, o acidente de trabalho e a velhice. Não obstante algumas relevantes conquistas, e ao contrário da perspectiva burguesa de controle do proletariado mediante concessão de direitos trabalhistas e previdenciários, o movimento proletário continuou crescendo e ganhando adeptos, sempre fiel aos postulados socialistas consistentes na extinção da propriedade privada dos meios de produção.

Tal movimento teve o seu ápice com a Revolução russa, o que foi fator determinante à extinção do liberalismo não pela difusão do comunismo, mas pela reação direitista ao temor da ordem instaurada na União Soviética. Para conter o movimento proletário em ambiente de exceção, agravado pelas trágicas consequências da Primeira Guerra Mundial e do *crash* da Bolsa de Nova York, os mecanismos do liberalismo se mostraram por demais débeis. Um Estado mínimo, cuja ação era contida em lei e que tinha como principal postulado a não intervenção do público no privado, não se mostrou apto aos desafios sociais e econômicos que enfrentou a maioria dos países nas décadas de 1920 e 1930.

3 NOVAS TEORIAS ECONÔMICAS

O liberalismo econômico oitocentista já encontrou profunda dificuldade na superação da crise econômica gerada pelo término da primeira guerra mundial. Entretanto, a experimentação do modelo econômico próprio do séc. XIX precipitou-se em uma queda sem volta a partir do evento do *crash* da Bolsa de Nova York.

O *crash* da Bolsa de Nova Iorque é considerado o principal marco da extinção do Estado Liberal de Direito, tanto porque referido evento resultou da ineficiência dos postulados do liberalismo econômico para promover o desenvolvimento sustentável da economia, como porque, na recuperação das economias nacionais seriamente cambaleantes pela quebra da Bolsa, foram utilizadas medidas distintas das prescritas pelo liberalismo e que se mostraram - num primeiro momento - mais eficientes. Por outras palavras: o *crash* da Bolsa de Nova York revelou, tanto nas suas causas como nas medidas de superação,

a debilidade dos postulados econômicos dos Estados burgueses. Tratando das causas do *crash* da Bolsa de Nova York, observou Hobsbawm (1995, p. 104):

A segunda perspectiva da depressão se fixa na não geração, pela economia mundial, de demanda suficiente para uma expansão duradoura. As fundações da propriedade da década de 1920, como vimos, eram fracas, mesmo nos EUA, onde a agricultura já se achava praticamente em depressão, e os salários em dinheiro, ao contrário do mito da grande era do jazz, não estavam subindo, mas ao contrário estagnaram nos últimos anos loucos do *boom* (*Historical Statistics of the USA*, I, p. 164, tabela D722-727). O que acontecia, como muitas vezes acontece nos *booms* de mercados livres, era que, com os salários ficando para trás, os lucros cresceram desproporcionalmente, e os prósperos obtiveram uma fatia maior do bolo nacional. Mas como a demanda da massa não podia acompanhar a produtividade em rápido crescimento do sistema industrial nos grandes dias de Henry Ford, o resultado foi superprodução e especulação. Isso, por sua vez, provocou o colapso. Também aqui, qualquer que sejam as discussões entre historiadores e economistas, que ainda hoje debatem a questão, os contemporâneos com forte interesse em políticas de governo ficaram profundamente impressionados com a fraqueza da demanda; inclusive John Maynard Keynes.

Ou seja, o Estado Liberal de Direito, ao não realizar políticas de distribuição de riqueza e de controle da economia, possibilitou grandes concentrações de renda, que resultaram na desproporção entre oferta e demanda. A partir desta experiência, novas teorias econômicas passaram a ser desenvolvidas e assimiladas pelos estados, das quais é exemplo a desenvolvida por Keynes, que obteve grande receptividade no entre guerras e após 1945.

Keynes, ao contrário de Smith, acreditava que a riqueza das nações seria resultado da procura e não da oferta (HUGON, 1995, p. 409), introduzindo o problema do desemprego nas equações econômicas. Ademais, Keynes atribui à moeda função ativa no sistema econômico (HUGON, 1995, p. 407), ao realçar que o “[...] rendimento global pode ser empregado de três maneiras, ou seja: entesourando, investindo, consumindo.” (HUGON, 1995, p. 409). Nesta linha de consideração, concluiu que o Estado deve intervir nas relações econômicas, mediante o desestímulo ao entesouramento e o fomento ao consumo e ao investimento, com o propósito de assegurar o ambiente propício à geração de emprego e, conseqüentemente, à demanda:

Keynes acha que a intervenção do estado deve-se dar de maneira mais ou menos permanente, principalmente sob a forma de uma política de manipulação monetária com o objetivo de atuar sobre os três elementos variáveis, acima indicados, elementos esses dos quais depende o volume do emprego e da população. Convém que o Estado exerça sua influência sobre a ‘preferência pela liquidez’. Uma política monetária e fiscal adequada não deve fomentar o entesouramento estéril, mas, sim, estimular as despesas suscetíveis de aumentar o emprego. As despesas a fomentar serão, então, as de consumo e, sobretudo, as de investimento. (HUGON, 1995, p. 410-411).

Os Estados, por sua vez, que adotaram medidas intervencionistas, mostraram-se bem sucedidos tanto no entre guerras como no pós segunda guerra mundial. A principal

realização do nacional socialismo alemão, por exemplo, “[...] foi acabar com a Grande Depressão mais efetivamente do que qualquer outro governo, pois o antiliberalismo dos nazistas tinha o lado positivo de não comprometê-lo com uma crença *a priori* no livre mercado.” (HOBSBAWN, 1995, p. 131).

Mais fundamentalmente: a eficiência na adoção de medidas públicas intervencionistas na economia, associadas que eram ao novo modelo de Estado social, contribuiu para que se percebesse liberdade, igualdade, mercado e intervenção como elementos em antítese: de um lado a liberdade e o mercado, de outro a igualdade e o planejamento estatal. Neste contexto, compreende-se a liberdade como ontologicamente contrária à igualdade, assim como o mercado ao planejamento econômico.

Neste embate entre mercado e planejamento estatal, perde-se por perspectiva uma axiologia própria ao mercado. O mercado ora passa a ser analisado pela perspectiva exclusiva da eficiência, ora justifica-se em uma axiologia capitalista que lhe mina a dignidade própria. Com isto, a análise sobre mercado muitas vezes se reveste de uma roupagem ideológica ou de um pragmatismo econômico que revela uma má compreensão ou mesmo uma completa ignorância da sua axiologia.

4 MERCADO E LIBERDADES

A associação do mercado a um capitalismo fundamentalista, sustentado pelo pilares da liberdade como abstenção e da propriedade privada como direito natural inalienável e intangível ao homem, o torna tanto ou mais superável quando se prende a argumentos da eficiência. Por este viés, as teorias do planejamento econômico buscam comprovar que o intervencionismo público pode ser mais eficiente no desenvolvimento da economia do que o livre mercado.

Mas as primeiras observações de Smith guardam o germe de ideias poderosas: a de que o particular, no seu contexto específico, é quem melhor detém conhecimentos para situar a si e a seus interesses na sua história de vida; daí se dever deixar o mercado entregue à espontaneidade das interações econômicas. Este dado foi amplamente apropriado e explorado por Hayek (1983, p. 13), para quem “[...] *this structure of human activities constantly adapts itself, and functions through adapting itself, to millions of facts which in their entirety are not known to anybody*”. Ou por outras palavras; “[...] *each member of society can have only a small fraction of the knowledge possessed by all, and that each is therefore ignorant of most of the facts on which the working of society rests.*” (HAYEK, 1983, p. 14).

Por esta linha de consideração, Hayek (1978, p. 75-76) manifesta-se pela impossibilidade da afirmação de que uma atividade é mais valorosa do que outra; antes, as atividades possuem diferente valor para diferentes pessoas. Por outro lado, o conhecimento sobre o diferente valor que uma mesma atividade tenha para as diferentes pessoas não se mostra apto ao domínio por determinada pessoa: “[...] *nobody can have the power and the duty to see that the results correspond to our wishes.*” (HAYEK, 1983, p. 69). Ou seja, o conhecimento sobre o que tem valor e importa às pessoas não é apto a ser centralizado ou dominado para além do que o mercado indica (HAYEK, 1978, p. 77).

O preço praticado no mercado possui informações mais precisas, acerca do que importa às pessoas e do que deve ser feito em determinadas circunstâncias (HAYEK, 1978, p. 117), do que qualquer planejamento governamental. De maneira que à pretensão de que o governo não governe em favor de um grupo específico, mas com igual consideração a todos, deve-se entregar a decisão de alocação de bens e riquezas ao mercado, o que possibilita a vivência social como uma ordem espontânea de homens livres e não como uma organização estruturada a partir de uma hierarquia de fins (HAYEK, 1978, p. 75).

Nos escritos de Hayek, aprofunda-se a intuição de Smith no sentido de que cada qual possui melhores condições de eficientemente buscar e alcançar seus interesses do que o intervencionismo estatal. O economista ganhador do Prêmio Nobel, insere a impossibilidade da centralização do conhecimento em uma ordem espontânea, caracterizada pela incomensurabilidade de valores e pluralidade de fins, na problemática da igualdade, ou seja, de uma sociedade caracterizada por homens igualmente livres, que têm direito de eleger fins, interesses e valores que tornam a sua vida importante para si.

5 MERCADO: UMA CONDIÇÃO PARA A IGUALDADE DE LIBERDADE

Tratar o mercado como instrumento da justiça em uma sociedade de homens igualmente livres é a contribuição que Dworkin (2000, p. 285-286) dá ao aprofundamento axiológico de uma ideia que já se encontrava nos escritos de Smith:

O que significa para o governo tratar os cidadãos como iguais? Essa questão, penso, é igual à questão do que significa para o governo tratar todos os cidadãos como livres, como independentes ou com igual dignidade. De qualquer modo, é uma questão que tem sido central para a teoria política desde Kant, pelo menos.

Pode-se responder de duas maneiras fundamentalmente diferentes. A primeira considera que o governo deve ser neutro sobre o que se poderia chamar de questão de viver bem. A segunda supõe que o governo não pode ser neutro em tal questão porque não pode tratar os cidadãos como seres humanos iguais sem uma teoria do que os seres humanos são [...]

A primeira teoria da igualdade supõe que as decisões políticas devem ser, tanto quanto possível, independente de qualquer concepção particular do que é viver bem, ou do que dá valor à vida. Como os cidadãos de uma sociedade divergem em suas concepções, o governo não os trata como iguais se prefere uma concepção à outra, seja porque as autoridades acreditam que uma é intrinsecamente superior, seja porque uma é sustentada pelo grupo mais numeroso ou mais poderoso. A segunda teoria afirma, pelo contrário, que o conteúdo do igual tratamento não pode ser independente de alguma teoria sobre o que é bom para o homem ou o bom da vida, pois tratar uma pessoa como igual significa tratá-la de maneira como a pessoa boa ou verdadeiramente sábia desejaria ser tratada. O bom governo consiste em tratar cada pessoa como se ela desejasse levar a vida que de fato é boa, pelo menos na medida do possível.

Dworkin (2000, p. 287), ao final, adota a primeira teoria da igualdade. Ele assume o pressuposto de que as pessoas são iguais à medida que se assegura a igual liberdade para eleger, vivenciar e revisar o modelo de vida que lhes seja pertinente. Ou seja: as pessoas são igualmente diferentes, de maneira que os diferentes valores e fins possíveis em uma

democracia não devem ser compreendidos como organizados em ordem hierárquica de preferência, mas como igualmente importantes.

Neste contexto de reconhecimento de igual importância aos diferentes, Dworkin (2000, p. 288-289) enfrenta o problema referente à distribuição de bens e riqueza social por entre os membros da sociedade:

Mas o que o princípio da igualdade aproximada de distribuição exige na prática? Se o governo distribuisse diretamente todos os recursos, fornecendo alimentação, moradia etc., se todas as oportunidades que os cidadãos têm fossem oferecidas pelo governo por meio de disposição dos direitos civil e criminal, se todo cidadão possuísse exatamente os mesmos talentos, se todo cidadão começasse a vida com o mesmo que qualquer outro cidadão tivesse no início; e se todo cidadão tivesse exatamente a mesma ideia acerca do que é viver bem e, portanto, exatamente o mesmo esquema de preferências que todos os outros cidadãos, inclusive preferências entre a atividade produtiva de diferentes formas e o lazer, então o princípio da igualdade aproximada poderia ser satisfeito simplesmente pela igual distribuição de tudo a ser distribuído e por leis civis e criminais de aplicação universal. O governo providenciaria a produção que maximizasse o conjunto de bens, inclusive empregos e lazer, que todos preferissem, distribuindo o produto igualmente. [...] Supunha que todas as condições de similaridade que mencionei fossem realmente válidas, exceto a última: os cidadãos têm diferentes ideias acerca do que é bom e, portanto, preferências diferentes. Discordam, portanto, quanto ao produto para o qual devem ser usados o trabalho, as matérias-primas e a poupança da comunidade e quanto a quais atividades devem ser proibidas ou regulamentadas para tornar outras possíveis. O liberal, como legislador, precisa agora de mecanismos para satisfazer os princípios de igual tratamento, a despeito dessas discordâncias. Decidirá que não existem à disposição mecanismo melhores, como instituições políticas gerais, que as duas principais instituições de nossa própria economia política: o mercado econômico, para decisões sobre que bens serão produzidos e como serão distribuídos, e a democracia representativa, para decisões coletivas sobre que conduta será proibida ou regulamentada para que outra conduta se torne possível ou conveniente. Pode-se esperar que cada uma dessas instituições conhecidas oferecerá uma divisão mais igualitária que qualquer outro arranjo geral [...]

Neste ponto, Dworkin não discrepa de Hayek: o mercado possibilita que decisões estratégicas acerca da distribuição de bens sociais ocorram de forma igualitária entre pessoas livres e diferentes. Isto, porque no mercado, as escolhas de produção e consumo não seriam função de uma preferência governamental por determinado modelo de vida. Antes, decorreriam da soma das preferências pessoais:

[...] O mercado, se for possível fazê-lo funcionar com eficiência, determinará para cada produto um preço que reflita os custos em recursos de material, trabalho e capital que poderiam ser aplicados para produzir algo de diferente que alguma outra pessoa queira. Esse custo determina, para qualquer um que consome o produto, quanto se deve debitar em sua conta no cálculo da divisão igualitária dos recursos sociais. Oferece uma medida de quanto mais se deve debitar de sua conta por uma casa em vez de um livro, e por um livro em vez de outro. O mercado também fornecerá, para o trabalhador, uma medida de quanto se deve creditar em sua conta por ter escolhido a atividade produtiva ao lazer, e por uma atividade em vez de outra. Sabemos, por meio do preço que coloca no trabalho, quanto o trabalhador deve

perder ou ganhar pela decisão de seguir uma carreira e não outra. Essas medições tornam a própria distribuição de um cidadão uma função das preferências pessoais de outros, bem como das suas, e é a soma dessas preferências pessoais que fixa o verdadeiro custo para a comunidade de satisfazer as preferências por bens e atividades. A distribuição igualitária, que exige que o custo de satisfazer as preferências de uma pessoa deve ser igual, tanto quanto possível, ao custo de satisfazer as de outra, não pode ser imposta a menos que sejam feitas essas medições. (DWORKIN, 2000, p. 290).

Esta função do mercado, de possibilitar que o custo das escolhas de um resulte da soma das preferências pessoais dos integrantes de uma sociedade, revela-se indispensável à democracia que se pretende igualitária. A distribuição da riqueza será determinada pelo quanto a sociedade está disposta a despende por determinado bem e serviço, sem imposição de um modelo de vida boa e valorosa a determinar os bens e serviços a serem produzidos, assim como o valor das atividades e o custo dos estilos de vida. Referidas decisões cabem à sociedade como um todo e a cada um dos seus integrantes:

Mas quaisquer outras orientações seriam uma violação direta da teoria liberal acerca do que a igualdade exige, pois, se toma a decisão de produzir e vender bens a um preço abaixo que o mercado fixaria, os que preferem esses bens estão, *pro tanto*, recebendo mais que uma parcela igual dos recursos da comunidade, à custa daqueles que prefeririam algum outro uso de recursos. Suponha que a procura limitada por livros, comparada à procura por polpa de madeira para outros usos, fixasse o preço dos livros um ponto acima do que os gerentes socialistas da economia cobrarão; cobra-se menos dos que querem livros do que exigiria o princípio igualitário. Pode-se dizer que numa economia socialista os livros simplesmente são mais valorizados, por constituírem inerentemente uma utilização mais valiosa dos recursos sociais, independente da procura popular por livros. Mas a teoria liberal da igualdade exclui esse recurso ao valor inerente de uma teoria do que é bom na vida. (DWORKIN, 2000, p. 291).

Veja-se que Dworkin, para além de questões de eficiência, resgata o valor axiológico do mercado, ao estatuir que: a) a igualdade significa que o Estado deve considerar os diferentes estilos de vida possíveis em uma democracia como igualmente bons; b) por consequência, o estado deve ser axiologicamente neutro quanto ao que é valoroso na vida; c) em consideração à neutralidade axiológica, as decisões referentes aos bens a serem produzidos e à forma de distribuição não devem resultar de um planejamento econômico oficial, mas da soma das preferências pessoais; b) o mercado é o mecanismo que melhor reflete a soma das preferências pessoais acerca dos bens a serem produzidos e do custo a lhes ser atribuído.

O mercado, nos escritos de Dworkin, assume relevância capital à igual dignidade e liberdade que se deve atribuir a uma pessoa em uma democracia: todos são igualmente livres para construir o modelo de vida que lhe seja pertinente. A liberdade é qualificada e condicionada pela igualdade, de forma a proteger-se a individualidade de cada qual dos interesses de determinada classe, que tenha acesso ao poder, em impor, beneficiar ou induzir ao modelo de vida que julgue valoroso.

6 CONCLUSÃO

Como herdeiro do estilo afetivo freudiano, no qual a dignidade da pessoa é reconhecida na sua individualidade e autenticidade, o discurso político, acadêmico e mesmo social das democracias contemporâneas se tem animado pela perspectiva da liberdade como o exercício da faculdade de construir, vivenciar e revisar o modelo de vida pertinente à história de cada qual. A liberdade, a confundir-se com a liberdade de fins, demanda a abstenção estatal referente ao estilo de vida que deve ser o preferencialmente adotado pelas pessoas.

Veja-se que para se resguardar a liberdade de cada pessoa para construir, vivenciar e revisar o seu estilo de vida, a neutralidade axiológica estatal justifica-se na liberdade, caracterizada pela individualidade e autenticidade humana. O Estado não deve impor, proibir, induzir ou desestimular determinado modelo de vida, seja referente à religião, à ética, à filosofia, à estética, à estrutura familiar e à profissão, mas assegurar a cada pessoa a igual liberdade de fazer suas opções de vida. Por esta linha de considerações o mercado, mais do que o discurso da eficiência, revela-se fundamental à individualidade e autenticidade da pessoa na sua história de vida.

Isto, porque pelo mercado, as escolhas estratégicas acerca da distribuição de bens sociais dão-se pela soma das preferências pessoais. A pessoa faz as suas escolhas, sejam referentes ao trabalho e ao consumo, sob o custo determinado pelas preferências pessoais. No mercado, cada qual é livre e responsável pela reunião de quinhão de bens, cuja soma das escolhas pessoais irá indicar o custo das opções de cada qual.

Ao realçar referida relação entre liberdade, igualdade, neutralidade oficial e mercado, Dworkin resgata uma justificativa axiológica ao mercado, para além do problema da eficiência. Antes de um debate sobre o modelo economicamente mais eficiente, se o livre mercado ou o planejamento estatal, ou da contenda entre capitalismo fundamentalista e justiça social, é preciso recuperar na sensibilidade social, política e mesmo jurídica a axiologia inerente ao mercado, que não está ontológica e necessariamente associado ao liberalismo oitocentista burguês. O mercado, antes, aparece como critério de justiça na distribuição de riqueza, que se mostra apto a proteger a liberdade e autonomia humana em uma ordem espontânea, que preze pela liberdade e igualdade de fins.

Deve-se atribuir ao mercado sua axiologia própria. Tal afirmação, por sua vez, torna-se tanto e mais pertinente em razão do constante lançar mão de medidas intervencionistas na economia, em especial quando na vivência de crises econômicas. Aqui no Brasil, é exemplo, a Constituição Federal confere uma série de poderes intervencionistas ao poder público para controlar e intervir na sociedade, na economia e mesmo na cultura, mas que deles se utiliza de forma casuística.

Não que o mercado se indisponha à intervenção pública e à justiça social. Pelo contrário: à justiça no mercado mostra-se elementar a justa oportunidade de participação, o que demanda intervenções estatais na área social e econômica. Não obstante, as medidas públicas intervencionistas devem ter por limite a igualdade de liberdade básica; a igual consideração que cada pessoa merece na sua aptidão para construir e vivenciar seu projeto de vida. Ou seja, ao utilizar-se de seus poderes intervencionistas, o poder público não

pode perder por perspectiva que, também nesta seara, deve-se observar a igualdade de liberdades: a intervenção não é exceção à igual liberdade, mas a ela deve adequar-se e conformar-se.

De maneira que o mercado, como condição à igual liberdade, deve ser considerado como a regra e não como elemento livremente disponível a políticas intervencionistas. Mais e principalmente: a intervenção pública na economia não deve ter por justificativa uma teoria paternalista acerca do modelo de vida mais importante e valioso, a ser incentivado na sociedade. Mas deve não apenas conformar-se à igual liberdade, como ter por propósito final a construção de condições equânimes para que cada qual possa participar da vida econômica, social e política de uma sociedade e, por consequência, construir-se e desenvolver-se em seu projeto de vida.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HAYEK, Friedrich. *Law, legislation and liberty; rules and order*. Chicago: The University of Chicago press, v. 1, 1983.

HAYEK, Friedrich. *Law, legislation and liberty; the mirage of social justice*. Chicago: The University of Chicago press, v. 2, 1978.

HOBBSAWM, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. Tradução Luciano Costa Neto. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

HOBBSAWM, Eric J. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

HUGON, Paul. *História das Doutrinas Econômicas*. São Paulo: Atlas, 1995.

SMITH, Adam. *The wealth of nations*. New York: Bantam Dell, 2003.

TRADIÇÕES INDÍGENAS E TRANSFERÊNCIA COMPULSÓRIA FRENTE À DIGNIDADE HUMANA

Ronaldo José Françosi*
Narciso Leandro Xavier Baez**

Resumo

Os indígenas foram os pioneiros em ocupar e ser donos naturais das terras do Brasil, como ficou de forma expressa, o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 que assim reconheceu. Com a chegada dos exploradores, com novos costumes e apropriando-se da terra, mesmo havendo um grande impacto em todos os sentidos, não foi suficiente para expulsar os indígenas de seu posto. Desde o Brasil-Colônia, apesar de ser dispensada pouca atenção a esta parcela populacional indígena, houve a preocupação em assegurar a posse das terras aos povos que já as ocupavam, a fim de que dela continuassem tirando seu sustento. A luta pela terra, no entanto, é uma constante, uma oportunidade em que os índios pleiteiam a “devolução” do que acreditam que lhes tenha sido retirado quando do descobrimento do Brasil. Sendo que atualmente, podemos separar a população indígena em não aculturados, semiaculturados e aculturados. Cada qual possui uma visão sobre posse e a propriedade. Cada qual com seu modo de vida. Logo, reconhecer o direito a terra a cada um deles, seria uma espécie de reparação histórica para com esses índios. Apesar das inúmeras legislações que já abordaram o assunto, o fato é que a posse sempre foi tratada de forma destacada, porém a questão da propriedade é fator pouco observado na evolução histórica do tema. Os legisladores preocupavam-se em permitir a ocupação do solo sem que, no entanto, fosse conferido o título de “donos” do local aos índios que nela residiam. Poderia os mesmos usufruir das riquezas naturais, sem interferência, porém limitados pelo poder de propriedade dos Portugueses. A posse e propriedade das terras indígenas ainda hoje são motivos de discussões, frente à diversidade dos colonizados não aculturados, semiaculturados e não aculturados, cada um tratando de posse e propriedade de uma forma, de acordo com suas vivências, e ainda a ocorrência da transferência compulsória que vem ocorrendo atualmente entre índios de mesmo território, por motivos de rivalidade, fazendo necessário estabelecer o limite de cada um destes institutos para a realidade indígena, dentro das normas jurídicas estabelecidas.

Palavras-chave: Indígena. Terra. Posse. Propriedade.

* Mestre do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Área de concentração: Dimensões Materiais e Eficaciais de Direitos Fundamentais; ronaldo@celer.edu.br

Pós-doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina;

** Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos (fevereiro-julho/2011); Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996; Av. Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, SC; narciso.baez@gmail.com

Traditions indigenous y fronts for transfer obligatoria la human dignidad

Abstract

The Indians were the pioneers to occupy and own natural lands of Brazil, as set up explicitly, the Royal Charter of 1 April 1680 that he recognized. With the arrival of explorer, with new customs and appropriating the earth, even with a big impact in every way, was not enough to expel the Indians from his post. Since colonial Brazil, despite being given little attention to this portion of indigenous population, there was a concern to ensure the ownership of the land to people who already occupied, so that it continued taking their livelihood. The struggle for land, however, is a constant, an opportunity in which the Indians plead “devolution” of who believe that they have been removed when the discovery of Brazil. And currently, we can separate the indigenous population not acculturated and acculturated semiaculturado. Each has a view on possession and ownership. Each with their way of life. Therefore, recognizing the land rights to each of the, would be a kind of historical reparation toward the Indians. Despite numerous laws that have addressed the issue, the fact is that having always been treated prominently, but the question of ownership is little factor observed in the historical evolution of the subject. Lawmakers were concerned to allow the occupation of land without, however, was conferred the title of “owners” of the site to the Indians who lived in it. Could they benefit from the natural wealth without interference, but limited by the power of the Portuguese property. Title to and ownership of indigenous lands are still grounds for discussions across the diversity of the colonized not acculturated , semiaculturados and not acculturated , each dealing with possession and ownership in a manner according to their experiences, and also the occurrence of transfer compulsory what is happening currently among the Indians of the same territory for reasons of rivalry, making it necessary to establish a threshold for each of these institutes for indigenous reality, within the established legal norms.

Keywords: Indigenous. Earth. Possession. Property.

1 INTRODUÇÃO

Há cinco séculos, os portugueses chegam à parte litorânea do Brasil, iniciando o processo de migração, que perdurou até o início do século XX. Os habitantes indígenas do Brasil compreendem uma soma de várias etnias que habitavam ainda antes do processo da colonização europeia.

Os indígenas foram os primeiros a ocupar e ser donos naturais desta terra brasileira, assim como reconheceu o Alvará Régio, de 1º de abril de 1680. Os povos indígenas brasileiros contribuíram de uma forma significativa para a cultura brasileira. Porém, a população indígena, aos poucos e aos longos dos anos, foi sendo apagada pelos portugueses.

Antes da chegada dos conquistadores europeus, a população indígena vivia em harmonia, fato este que mudou, após a chegada dos mesmos, que mediante força brutal e animalésca, ocasionaram guerras, escravizavam-nos, destruíram índios, famílias, costumes e tradições, por meio de força física e política de assimilação.

A Coroa Portuguesa, afetou consideravelmente os direitos das populações indígenas, que tomou as terras dos mesmos, através de um ato expropriatório tomado, onde preocuparam-se em usufruir das terras indígenas, da forma que melhor lhes conviria.

Com o decorrer do tempo, a posse e a propriedade das terras indígenas passaram a ser motivo de discussões, sendo necessário estabelecer o limite de cada um destes institutos para a realidade de cada indígena, dentro das normas jurídicas estabelecidas, e conforme os grupos aculturados, semiaculturados e não aculturados.

Porém, as pessoas, geralmente, tem uma visão do índio de 1500, da época da colonização, que vive restrito em mata e é isolado da tecnologia. Para muitos, o índio é aquele que vive na floresta, sobrevive apenas, da caça, da pesca e da coleta. Mas é essa mesma a realidade indígena brasileira? Atualmente, não.

Assim sendo, faz-se necessário frisar que parte da cultura indígena consistente no grupo dos aculturados e semiaculturado, também modificam-se e reelaboram-se com o passar dos anos, assim como acontece com qualquer outra sociedade humana.

E essa transformação acontece, mesmo se não tivesse ocorrido o contato com os europeus, talvez, de forma menos incisiva, pois, a cultura também sofre mutação com o passar do tempo, pois ela não é imutável.

Tudo caminhou e até mesmo a cultura não ficou para trás, e dessa forma, conseguimos classificar atualmente os índios em grupos, os chamados não aculturados, os semiaculturados e os aculturados, para melhor entender sua vivência, suas necessidades e como encaram a questão da posse e da propriedade de terras atualmente. Pois, cada qual foi se adequando com as necessidades de seu tempo.

Apenas uma parcela pequena de índios atualmente vivem isolados, que são os não aculturados e sem contato com o homem branco, localizados na Amazônia, logo em seguida vem os índios semiaculturados, e na maioria deles, que já estão integrados a vida moderna, os chamados aculturados, que convivem no meio do homem branco, utilizando-se basicamente da mesma forma de vivência destes. Logo, não se pode generalizar o modo de viver dos povos indígenas, de como tratam os institutos de posse e propriedade, pois cada grupo tem sua forma de vivências, de acordo com seus usos e costumes.

O presente artigo tem como objetivo desenvolver uma discussão através dos pontos referentes à posse e a propriedade sobre as terras tradicionalmente ocupadas por indígenas, em primeiro momento expondo sobre a proteção jurídica da tradição indígena no Brasil desde a época dos jesuítas até dias atuais, em segundo ponto, analisar a questão da prática cultural da transferência compulsória dos índios de suas aldeias, e finalizar o estudo com uma análise de como essa transferência compulsória se encaixa em face da dimensão básica ou cultural da dignidade humana.

A pesquisa busca estabelecer um contraste entre os contornos jurídicos que existem acerca da tutela da Posse e da Propriedade, dentro das terras indígenas, de um lado, e, de outro, esclarecer as questões referentes às indagações - esses contornos violam moralmente suas tradições? Sua dignidade humana? Os direitos fundamentais aos indígenas são respeitados? O marco teórico proposto vai avaliar e nos dar respostas acerca desse presente fato.

2 A PROTEÇÃO JURÍDICA NA TRADIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL, DOS JESUÍTAS ATÉ A ATUALIDADE

As populações indígenas foram as primeiras a ocupar e serem donas naturais destas terras brasileiras, como ressaltava expressamente o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 (SANTILLI, 1993, p. 9).

Assim que descobertos pelos europeus no ano de 1500 foram então chamados de índios, por uma denominação genérica, pois quando chegaram ao Brasil, os portugueses pensavam estar na Ásia, especificamente, nas Índias, e não na América, eis que surgiu a denominação índio (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, [201-]).

Antes da descoberta da América pela chegada dos europeus, as sociedades indígenas eram nativas, ou seja, puras, diferente do que foi na época da colonização brasileira, pois aos poucos, os portugueses foram mesclando suas culturas nas indígenas, em razão das diferentes culturas e formas de vivência que ambos se encontravam (WOLKMER, 1998, p. 112).

As origens dos habitantes índios da América são advindas de descendência da Ásia. Segundo estudos e pesquisas arqueológicas, os índios existem a aproximadamente de 11 a 12 mil anos em terras brasileiras (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, [201-]).

Atualmente, são mais de 800 mil índios existentes em todo o Brasil, de diversas tribos e línguas, cada qual com grupos diferentes, em razão de alguns viverem em terras indígenas, alguns na sua minoria como isolados e, uma boa parte localizada em áreas urbanas, convivendo com o homem branco e da mesma forma que este vive, de acordo com o Censo 2010 (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, [201-]).

Quanto à etnia e a linguística, é vasta a diversidade. Aproximadamente são 220 povos indígenas e 70 grupos isolados existentes hoje no Brasil, esses, ainda não possuem registros específicos, sendo que 180 tipos de línguas são usadas por esses povos (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, [201-]).

Muitos desses índios falam suas línguas de origem, outros, nem conhecem o português e alguns, falam sua língua de origem, e como uma segunda língua, o português. Cada qual convive com seus próprios costumes e tradições (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, [201-]).

Com a chegada dos europeus, muitas foram às pressões que aconteceram, desde as matanças, transmissões de várias doenças, usurparam terras, porém, não conseguiram exterminar com todas as etnias indígenas do país (RAMOS, 2001, p. 90).

Com a conquista dos portugueses, houve a transformação das culturas indígenas, a mescla de várias culturas, e a eliminação de algumas, mas de um modo geral, mantiveram-se os indígenas. Logo, fica claro que suas identidades foram desfiguradas, mas permanecem suas identidades étnicas. Para defesa própria de suas culturas, os indígenas começam a aderir os meios civilizados pela política partidária ou por recursos jurídicos (RAMOS, 2001, p. 90-92).

O estado atual de preservação de culturas, tradições e línguas dos povos indígenas, é o resultado direto da história de contato das diversas sociedades de índios com os colonizadores, que dominaram as terras brasileiras desde o ano de 1500. Pois, para os europeus, era muito mais fácil transformar os nativos todos iguais, pois possuíam um único objetivo, que era o domínio político, econômico e religioso (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, [201-]).

Fica evidente que, faz-se necessário reconhecer e considerar a identidade étnica de cada grupo indígena de uma forma restrita, compreender suas culturas, línguas, tradições, sua organização social, a forma como encaram a ocupação das terras, dos recursos naturais e como encaram cada necessidade de suas vidas, em todos os sentidos.

Já que atualmente existem grupos diferenciados de índios, os que não possuem contato com o homem branco, que convivem isolados, especificamente localizados na Amazônia, e os que possuem contato, porém, vivem conforme seus costumes apenas usando de uma pequena parte da forma da vida urbana, e aqueles que convivem no meio do homem branco e de acordo com seus segmentos atuais. Vale salientar que mais da metade dos indígenas estão localizados na região Norte e Centro-Oeste do nosso país, principalmente na Amazônia Legal, sendo que restante encontra-se em todas as regiões brasileiras (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, [201-]).

2.1 LINHAS GERAIS SOBRE O INSTITUTO DA POSSE

Historicamente, os direitos dos povos indígenas foram ligados à questão da posse sobre a terra (BARRETO, 2006, p. 105).

Com a evolução da posse, assim como também da propriedade, a legislação teve que se adequar as novas formas compatíveis com a realidade atual, de uma forma eficiente para evitar possíveis litígios sobre os dois institutos, porque há sim, muitos conflitos que envolvem a questão da posse e propriedade (KARPAT, 2003, p. 1).

Em primeiro momento, cita-se a base para o conceito posse, o artigo 231 caput e parágrafos 1 e 2, da Constituição Federal Brasileira, que reconhece para o povo indígena os direitos originários sobre aquelas terras que tradicionalmente ocupam, e sobre eles, seguem-se para sua posse de forma permanente (SANTILLI, 1993, p. 47).

A origem do instituto da posse é bastante controvertida. Os romanos, juristas práticos, conheciam o instituto da posse e aplicavam seu conceito nas ações possessórias, porém não se preocupavam em sistematizar regras sobre a matéria (RODRIGUES, 2002, p. 18).

Para o direito pátrio, no artigo 485 do nosso Código Civil Brasileiro, fica definido que possuidor é aquele que tem de fato o exercício, de forma plena ou não, de algum poder inerente do domínio ou da propriedade. Desta forma, a posse pode ser exercida por meio direto ou indireto (KARPAT, 2003, p. 7).

Tem-se assim que possuidor é aquele que age como se fosse proprietário da coisa, pois exerce algum dos poderes inerentes do domínio, a posse, para o codificador, caracteriza-se como exteriorização da propriedade (RODRIGUES, 2002, p. 20).

Em seguida, o artigo 487 do referido código, expressa que, não se induz posse, aqueles atos de simples permissão ou tolerância de uso. Na sequência, o artigo 497, destaca que não é possuidor aquele que se encontrando em dependência para com outro, mantém a posse, em nome deste, e ainda, cumprindo ordens ou vontades suas (KARPAT, 2003, p. 7).

Portanto, a posse que é originária de ato lícito, vai poder ser adquirida, transferida, resguardada, cedida, modificada e ainda, extinta. O instituto posse pode ser exercido da forma direta ou indireta, e através de uma legislação própria, a lei determina ser a posse, um mero estado de fato (KARPAT, 2003, p. 7-9).

Frente o instituto posse, tem-se duas teorias divergentes. A teoria do jurista *Ihering*, que defende ser irrelevante distinguir *corpus* e *animus*, pois afirma que a posse se revela na maneira como o proprietário age em face da coisa, tendo em vista sua função econômica, pois o *animus* nada mais é que o propósito de servir-se da coisa como proprietário.

Para *Ihering*, o *animus* é a intenção de ser dono, e a definição precisa do instituto não é essencial para que se configure a posse. Importa destacar que o nosso Código Civil adotou esta teoria de *Ihering* (RODRIGUES, 2002, p. 18).

De outro norte, para *Savigny*, a posse é ter o poder de ter fisicamente a coisa, com autonomia de tê-la como sua e de defendê-la contra a intervenção de terceiros. Logo, *Savigny* alega que posse possui dois elementos, o material (o *corpus*) que é poder físico sobre a certa coisa e, o elemento intelectual, chamado de *animus*, que é o propósito de ter a coisa como sendo sua (RODRIGUES, 2002, p. 18).

Verdade é que a posse somente existe enquanto houver uma situação de fato. Logo, a posse é um estado de fato, que a lei confere proteção em atenção à propriedade (RODRIGUES, 2002, p. 21).

Verifica-se que a posse é assim a relação entre a pessoa e a coisa, assentada na vontade do possuidor, adotando atos de “dono”, sendo a exteriorização da propriedade.

Desta forma, dos três grupos de indígenas conhecidos no Brasil, os não aculturados, não possuem noção nem da posse nem da propriedade, pois para eles, a terra é o seu meio congênito de vivência, é o ar que respiram. Para os semiaculturados, a noção de posse e propriedade, ainda é muito vaga, eis que não compreendem de forma correta, a forma de viver cada grupo em apenas um determinado lugar fixo.

Por sua vez, os aculturados lutam pela posse e pela propriedade das terras, alegando que devem, ser ressarcidos dos prejuízos que sofreram quando da ocupação pelos portugueses do território brasileiro. Contudo, questionasse até onde realmente deve esse direito pleiteado lhes ser concedido, tendo em visto que uma vez aculturados vivem política e socialmente com os interesses dos civilizados, e neste contexto quer nos parecer que a referida forma de pleitear terras e direitos de posse e propriedade, não passa de uma forma astuciosa de viver sem trabalhar, ou seja, eu ganho terras nas quais alego ter necessidade de plantio pra a sobrevivência de referida tribo, por sua vez, permaneço no ócio e arrendo as mesmas para os civilizados ou até mesmo, para aqueles de quem as tomei.

Por fim, indaga-se se na oportunidade em que os portugueses se apropriaram das terras brasileiras, essas eram cem por cento ocupadas pelos indígenas ou era apenas uma parte delas que ocupavam para sua sobrevivência. Assim, conclui-se questionando qual é a percentagem justa de posse e propriedade que os indígenas merecem receber a fim de reparar eventuais danos que lhes foram causado?

2.1.1 Linhas gerais sobre o instituto da propriedade

A propriedade é o que envolve a maioria dos conflitos de ordem jurídica, uma vez que, na quase generalidade dos casos, há a disputa de bens (RODRIGUES, 2002, p. 76).

Historicamente, a propriedade envolvia um conceito comunitário, pois para os índios a noção de posse não era a mesma do que para o homem branco, o que quer dizer, que

para os indígenas ao tempo da descoberta de nossas terras, a mesma servia apenas como um meio de sobrevivência, a mata servia exclusivamente para a caça, por isso, quanto mais extenso o território, melhor para esse fim, já para o cultivo de alimentos, bastava um pequeno espaço de terra, pois seus limites eram apenas os rios, cachoeiras, montanhas e árvores (SANTILLI, 1993, p. 21).

O direito a propriedade trata do direito a posse frente à coisa. A lei assegura para o proprietário o direito dele usufruir, gozar, dispor e de reaver do poder de quem possua de uma forma injusta, de acordo com o artigo 524 do Código Civil Brasileiro (KARPAT, 2003, p. 205).

Pode-se referir que propriedade é o direito que a pessoa tem, dentro da normativa legal, de dispor de um determinado bem, usando-o e gozando do mesmo, podendo reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

A propriedade constitui o mais completo dos direitos, sendo oponível *erga omnes*, podendo o proprietário dispor do bem como melhor lhe aprouver.

A propriedade compreende, ainda, o caráter de direito absoluto, uma vez que o titular desfruta de amplo poder jurídico. É exclusivo, diante do fato de que o domínio é exercido sem a interferência de outrem (RODRIGUES, 2002, p. 79).

Por fim, tem-se que a propriedade é perpétua, uma vez que extingue-se apenas pela vontade de seu dono ou por alguma causa extintiva de ordem legal. O direito a propriedade não se extingue pelo não uso da coisa.

Resta claro que posse é diferente da propriedade, esta é a relação entre a pessoa e a coisa, que assenta na própria vontade objetiva da lei, demonstrando um poder jurídico e originando uma relação de direito, enquanto a posse é considerada a relação de pessoa e coisa, advinda da vontade do possuidor, criando uma simples relação de fato (RODRIGUES, 2002, p. 16-17).

Se, por um lado, o proprietário tem uma gama maior de direitos, o possuidor fica limitado pelo direito de propriedade. Poderá, este último, usar a terra e dela retirar seu sustento, porém não poderá dispô-la pelo fato de lhe faltar o título que lhe assegure tal condição.

Em um sentido amplo, a propriedade significa uma situação jurídica composta de uma relação dinâmica e complexa entre o dono e a coletividade, de onde irão surgir direitos e deveres para ambos (FIUZA, 2013, p. 954).

Com competência, refere que, de forma mais restrita, propriedade nada mais é que o direito que o titular possui de usar, fruir, dispor e reivindicar e, de forma específica e objetiva, “[...] propriedade é a própria coisa, objeto do domínio.” (FIUZA, 2013, p. 954).

A propriedade é perpétua, não se perdendo com o decurso do tempo e é adquirida por intermédio da incorporação de direitos ao titular. Atualmente os indígenas não aculturados não entendem o sentido da palavra propriedade.

2.1.2 Posse e propriedade no âmbito das terras indígenas

A nossa Constituição Federativa Brasileira, promulgada em 1988, garante aos índios os direitos de manterem a sua alteridade de cultura e assegura, como sendo um dever do Estado, a função de proteção dos grupos indígenas, respeitando a diversidade étnica, cultural e de tradições repassadas de gerações (SILVA; GRUPIONI, 1995, p. 13).

Para a população indígena, a terra tem um significado maior do que ser um meio de subsistência. A terra para eles é o suporte de uma vida social, que é ligada as suas crenças, costumes e tradições. Logo, a terra não representa apenas um recurso natural, mas também, um recurso sociocultural (RAMOS, 2001, p. 13).

Após a tomada das terras indígenas pelos portugueses e com a evolução histórica, iniciaram os movimentos de proteção das terras indígenas. As próprias terras indígenas são asseguradas legalmente a seus povos desde a época do Brasil Colônia. A Carta Régia, de 10 de setembro de 1611, promulgada por Filipe III, garantia aos indígenas, como sendo “senhores de suas fazendas” e, suas terras não poderiam ser tomadas tampouco o povo ser dela retirado senão por vontade própria (CUNHA apud RAMOS, 2006).

Por sua vez, a Carta Régia de 09 de março de 1718, reconheceu que os índios possuíam o direito às terras ocupadas originalmente, sendo livres e isentos de jurisdição, não podendo obrigar a saírem das suas terras, para tomarem um modo de vida que não os fazia parte (CUNHA apud RAMOS, 2006).

No reinado do Marquês de Pombal, a Lei Pombalina - 06 de julho de 1755 - reconheceu aos índios e a seus herdeiros o domínio e a posse das terras (CUNHA apud RAMOS, 2006).

No período imperial, o Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854, disciplinou, no art. 72, que as terras devolutas seriam destinadas ao aldeamento de indígenas, ressaltando, em seu art. 75, o direito de usufruto aos silvícolas e a inalienabilidade das terras (BRASIL, 1854).

A Constituição de 1891, no período republicano, considerou vigentes as leis do regime político anterior, desde que compatíveis com o sistema de governo da República (BRASIL, 1891).

Com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, foi possível observar, ainda que de forma vaga, o direito conferido aos indígenas, dispendo que deveria ser respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, proibido aliená-las (BRASIL, 1934).

A constituição de 1937, 1946 e 1967 manteve texto similar à norma anterior, (BRASIL, 1967). Com a emenda à Constituição de 1967, promulgada em 1969, avançou no que se refere à propriedade das terras, conferindo esta à União - artigo 4º, IV (BRASIL, 1969).

O Estatuto do Índio - Lei n. 6.001/1973 - já referia, em seu artigo 17, como terras indígenas as ocupadas ou habitadas por estes, bem como as que estavam em domínio das comunidades indígenas (BRASIL, 1973).

A Constituição Federal destinou capítulo especial em sua redação para reconhecer a importância do povo indígena, preocupando-se com sua proteção.

A Carta Magna de 1988 evoluiu, reconhecendo ainda mais o direito originário dos índios, assegurando direitos de forma mais concisa. Em seu artigo 23, destaca no que confere ao direito dos índios sobre a terra, o reconhecimento dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, ficando a cargo da União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens.

Em seu parágrafo primeiro, refere como terra tradicionalmente ocupada por índios as habitadas de forma permanente, sendo utilizadas para suas atividades de produção, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários para o bem-estar e as

necessárias a sua reprodução física e cultural, de acordo com seus usos, costumes e tradições (SANTILLI, 1993, p. 46).

Observou-se que desde a época do Brasil colônia de Portugal os indígenas receberam a posse das terras que originalmente ocupavam, nunca lhes tendo sido conferida a propriedade das mesmas. Viveram e vivem até hoje desfrutando das terras, de suas riquezas, porém sem obterem o título de “donos”.

Desta forma, evidencia-se que os indígenas, apenas possuem a posse das terras, ou seja, limitam-se até a posse, pois a propriedade pertence à União. Para esclarecer posse e propriedade, logo a seguir, veremos as teorias defendidas pelos doutrinadores *Savigny e Ihering*.

Nosso Código Civil Brasileiro, em seu artigo 485, determina que o possuidor (aquele que tem a posse), é todo aquele que possui de fato e de forma plena ou não, o exercício na mesma, de alguns dos poderes referentes ao domínio ou a propriedade (KARPAT, 2003, p. 207).

A posse não equivale à propriedade e vice-versa. Posse, teve suas raízes que derivam do latim “*possessio*” que advém de “*potis*”, o que significa poder, estar firme, assentado, ou seja, um poder que se fixa a uma coisa. O que quer dizer que, quando falasse em posse, não quer dizer exatamente que será proprietário de certa coisa, mas sim, que irá desfrutar daquilo que o titular ou proprietário der como direito de usar, chamado de posse (POSSE, 2013).

Do outro lado, no que diz respeito à propriedade, é o direito de alguém que pode proporcionar os poderes da posse, sejam eles de usar, gozar, dispor, ou reaver de quem a tenha de forma injusta, conforme recepcionado no artigo 524 do Código Civil Brasileiro (KARPAT, 2003, p. 209).

Assim sendo, os indígenas possuem a posse de suas terras, mas que são de propriedade da União. Logo, fica determinado pela legislação brasileira, especificamente pela Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio) em seu artigo 18, que os índios não poderão arrendar as terras que possuem posse muito menos envolver em qualquer outro ato ou negócio jurídico que, venha estreitar o exercício da posse direta da população indígena ou silvícola de uma comunidade (BRASIL, 1973).

Em seu parágrafo primeiro, fica definido que nessas áreas indígenas, fica proibido a qualquer estranho de grupos tribais ou de comunidades indígenas, usufruir da pesca, caça, coleta de alimentos ou qualquer atividade agropecuária (BRASIL, 1973).

Em casos excepcionais e, pela União possuir a propriedade das terras indígenas, poderá a mesma intervir nas terras indígenas, quando não houver outra alternativa, através de decreto Presidencialista, assim elencado no artigo 20 da referida lei (BRASIL, 1973).

Em seguida, conforme redação do artigo 22 fica determinado aos índios ou silvícolas a posse de forma permanente para os mesmos, possuindo direito de usufruto de forma exclusiva quanto suas riquezas e utilidades que existem em suas terras, destacando que, serão bens inalienáveis da União de acordo com nossa Carta Magna do artigo 4º, IV e 198 (BRASIL, 1973).

Então, define o artigo 23 da lei, a posse sendo considerada aquela usada de forma efetiva do índio ou do silvícola, conforme seus usos, costumes e tradições, habitando e exercendo as atividades principais para a subsistência (BRASIL, 1973).

Finaliza o artigo 24, esclarecendo que o usufruto que é assegurado aos indígenas, abrange o direito a posse e não a propriedade, o uso de riquezas naturais e suas utilidades da terra (BRASIL, 1973).

Em suma, as terras indígenas não podem ser utilizadas como garantia em relação a obrigações contraídas, pois não é propriedade das tribos, mas sim do Estado. Resta evidente, pela redação constitucional, que a propriedade da terra não é dos indígenas, mas sim pertencentes ao Estado, ficando ainda mais claro, pela disposição do artigo 231, § 2º, da Carta Magna, que os índios somente tem o direito à posse do solo.

O Supremo Tribunal Federal enfatiza as características das terras indígenas:

As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinde qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. (BRASIL, 2009).

Se de um lado a norma constitucional não assegura a propriedade, de outro norte revela a proteção conferida aos indígenas, proibindo sua remoção das terras, salvo observadas condições especiais, conforme determina o artigo 231, em seu parágrafo 5, que é vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe, epidemias ou interesse da soberania do país. Garantindo o retorno de forma imediata a cessação do risco (BRASIL, 1988).

Por pertencerem à União, as terras ocupadas pelos indígenas são inalienáveis, indisponíveis e não podem ser adquiridas por usucapião. A ementa do recurso extraordinário 183.188 repisa tal condição, destacando:

[...] as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais. A QUESTÃO DAS TERRAS INDÍGENAS - SUA FINALIDADE INSTITUCIONAL. *As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União Federal. As áreas por elas abrangidas são inalienáveis, indisponíveis e insuscetíveis de prescrição aquisitiva.* A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades in-

dígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (BRASIL, 1996, grifo nosso).

A Constituição atual, bem como as normas anteriores, sempre dispensaram tratamento diferenciado quando do envolvimento de terras indígenas. O próprio conceito de propriedade, tratado pela lei civil, não é aplicado ao caso dos índios.

Limitados constitucionalmente, os índios não podem exercer qualquer outro direito sobre a terra senão o de ocupá-la e nela realizar atividades de ordem produtiva, necessárias a seu bem-estar, envolvendo desde a órbita cultural, reprodução física, dentro de suas tradições.

A Convenção 169 da OIT - Organização Internacional do Trabalho - promulgada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004, refere no artigo 14 que aos povos indígenas deverá ser reconhecido direito à propriedade e à posse das terras que tradicionalmente ocupam (BRASIL, 2004).

Afirma o art. 231 da Constituição da República competir à União demarcar, proteger as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, impondo o art. 14 da Convenção 169/OIT o dever de os Estados signatários reconhecerem aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que os índios e seus povos ocupam, com a adoção de medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados em utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, porém, tradicionalmente, tenham tido acesso para atividades especiais e de subsistência, com especial atenção aos povos nômades e itinerantes. (SANTOS FILHO, 2005, p. 96).

Por força legal, o Poder Público deve reconhecer as áreas ocupadas pelos indígenas, delimitá-la e demarcá-la, num determinado espaço de tempo, o qual raramente é observado.

O objetivo da demarcação é assegurar ao povo indígena o direito à terra, estabelecendo, mediante procedimento administrativo, a extensão da garantia da posse dos índios sobre o solo, protegendo o local a fim de compelir a indevida ocupação por terceiros.

Evidente que ao índio é assegurada a posse da terra tradicionalmente ocupada, enquanto a propriedade é da União Federal. A justificativa está assentada no caráter protecionista, visando compelir situações de esbulho, historicamente registradas nas terras indígenas.

3 A PRÁTICA CULTURAL DE TRANSFERÊNCIA COMPULSÓRIA DE ÍNDIOS DAS ALDEIAS

Antes de adentrar no assunto em questão, necessário ressaltar o que define atualmente os princípios da Lei n. 6.001 de 19 de dezembro de 1973, que é a base do direito que defende a Cultura Indígena.

Em primeiro momento, cabe frisar que, de acordo com o artigo 109 e 129 da Constituição Federal Brasileira, fica definido:

Art. 109. Aos Juízes federais compete processar e julgar:

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas. (BRASIL, 1988).

De acordo com a Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, fica definido:

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

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

I - estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;

II - prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;

III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;

IV - assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;

V - garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso;

VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;

VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento;

IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;

X - garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem. (BRASIL, 1973).

Diante dessas garantias vindas do estatuto indígena, atualmente, os próprios índios, especificamente o cacique da tribo, usa de seu cargo para expulsar compulsoriamente de certas comunidades ou obriga-os a viver sob ameaças constantes, em razão de algum motivo de rivalidade, fazendo com que dessa forma, esses ameaçados se obriguem a viver em lugar diverso do seu, conforme recente decisão, de um Agravo de Instrumento, de Processo 5018984-75.2012.404.0000, com decisão em 19 de fevereiro de 2013 (PORTO ALEGRE, 2013).

Neste sentido, temos a jurisprudência de quatro integrantes de uma aldeia indígena, que entraram em discussão com a liderança, e o mesmo, acabou por penalizar esses índios usando seus atributos de cacique, ou seja, o líder deixou de lado as formas e costumes de convivência com a comunidade, e agiu de acordo com sua convicção.

[...] AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE INDÍGENAS NA POSSE DA MORADIA QUE ANTERIORMENTE OCUPAVAM NA ALDEIA INDÍGENA XAPECÓ. PEDIDO DE INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. LIMINAR. QUESTÃO RESOLVIDA SOB A ÓTICA DOS COSTUMES E TRADIÇÕES INDÍGENAS.

Em princípio, não é possível afirmar que a ação proposta fosse incabível, inadequada ou inepta para alcançar a finalidade pretendida: discutir a possibilidade de reintegração de posse de quatro integrantes da comunidade indígena que entraram em conflito com a respectiva liderança e foram penalizados por decisão do cacique da comunidade [...] Considerando que o juízo de origem está atento à peculiaridade da causa e determinou a conversão ao rito ordinário, não se verifica hipótese de indeferimento da petição inicial. Embora esses conflitos não estejam imunes ao controle jurisdicional (artigo 5º -XXXV da CF), é preciso que sejam examinados pelo Judiciário com sensibilidade e com atenção àquela especificidade constitucional que assegura que as comunidades indígenas preservem e mantenham suas formas de viver e resolver seus conflitos. (PORTO ALEGRE, 2013).

Outro caso, que aconteceu recentemente, está exposto no *habeas corpus* n. 5019397-88.2012.404.0000, com decisão em 19.11.2012, que expõe o seguinte fato ocorrido, de acordo com denúncias realizadas por indivíduos da comunidade, pelo fato de ocorrer disputa pela liderança de comunidade indígena, onde então, o cacique, passou a usar arma de fogo para ameaça daqueles que não participaram a favor de apoio político:

[...] retornou à comunidade indígena e passou a andar armado, juntamente com integrantes do grupo que compõe suas lideranças, além de contratar seguranças armados de fora da aldeia, tudo com o fito de impor represálias contra famílias indígenas que não manifestaram apoio político à sua candidatura à Câmara Municipal de Mangueirinha/PR, instaurando clima de terror no seio da comunidade. [...] o cacique teria expulsado 18 (dezoito) famílias da área indígena por razões políticas; estaria mantendo cerca de 08 (oito) pessoas em cárcere privado, as quais não estão recebendo alimentação e estão amarradas, sendo agredidas e submetidas a trabalhos forçados. [...] postura do Cacique, que se cercou de um pequeno grupo de apoio (armado) para subjugar o restante da comunidade indígena aos seus interesses pessoais e políticos, afrontando a auto-determinação da maioria dos integrantes daquela Terra Indígena. Denota-se, outrossim, uma aparente carência de legitimidade do Cacique para impor sanções comumente aceitas pela tradição indígena, tais como a transferência compulsória de famílias e a prisão de membros da comunidade. [...] Nota-se, pois, que os fatos noticiados apresentam, como causa subjacente, uma verdadeira disputa sobre direitos indígenas. [...] Os fatos informados são, igualmente, graves, na medida em que expõe a perigo a própria vida dos ‘dissidentes’, que, quando não expulsos compulsória e violentamente da comunidade, são obrigados a conviver sob constantes ameaças e sob a mira de armas de fogo. Ademais, há que se levar em conta que a segregação cautelar do Cacique pode amenizar a séria situação de instabilidade que paira sobre a área indígena, desestabilizando o grupo por ele liderado e desestimulando os liderados a permanecer agindo em desacordo com os preceitos legais. (PORTO ALEGRE, 2012).

Caso semelhante, disposto no agravo de instrumento, de processo n. 5018984-75.2012.404.0000, com decisão em 09 de novembro 2012, que diz:

[...] Este agravo de instrumento ataca decisão do juiz federal Narciso Leandro Xavier Baez, da 2ª Vara Federal de Chapecó/SC, que deferiu antecipação de tutela em ação de rito ordinário (ajuizada como ação de reintegração de posse, mas posteriormente convertida para o rito ordinário).

[...] Essa ação é movida por Adair Correia da Silva, Ademir Correia da Silva, Izoleide Alípio e Lurdes Barbosa contra Gentil Belino, este cacique da aldeia indígena Xapecó, tendo como objeto a reintegração dos primeiros na posse da moradia que anteriormente ocupavam dentro da mencionada terra indígena.

[...] O juízo de origem realizou audiência em que foram inquiridas testemunhas e dispensou a realização de prova pericial antropológica. Então deferiu o pedido de antecipação de tutela postulado pelos autores “para o fim de determinar a imediata reintegração dos mesmos na posse do imóvel tradicionalmente ocupado.” [...] Em ações semelhantes a esta, que discute expulsão de integrantes da comunidade indígena e conflitos entre os integrantes da comunidade e suas lideranças, é sempre importante que o juízo tenha presente que não se trata de conflito de direito civil, envolvendo aquelas regras usuais ao nosso cotidiano, mas dão conta de um modo de vida específico, com regras específicas, que é constitucionalmente protegido pelos artigos 215, 216, 231 e 232 da Constituição Federal, destacando aqui o disposto no artigo 231 da CF: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” [...] Embora esses conflitos não estejam imunes ao controle jurisdicional (artigo 5º-XXXV da CF), é preciso que sejam examinados pelo Judiciário com sensibilidade e com atenção àquela especificidade constitucional que assegura que as comunidades indígenas preservem e mantenham suas formas de viver e resolver seus conflitos [...] Quatro integrantes da comunidade indígena entraram em conflito com a respectiva liderança, acabaram sendo penalizados por decisão do cacique da comunidade e querem discutir nesta ação a possibilidade de serem “reintegrados na posse” [...] Embora seja certo que o direito civil não dá conta suficiente das especificidades do caso concreto, que envolve discussão sobre pertencimento à comunidade indígena e as relações internas a essa comunidade, também é certo que a Constituição Federal estabelece especial proteção para essas situações (artigos 215, 216, 231 e 232 da CF) [...] Portanto, não se pode deixar desprotegido ou sem amparo jurisdicional o cidadão-indígena. Ainda que o Poder Judiciário deva considerar as especificidades do direito indígena, das tradições e costumes da respectiva comunidade indígena, isso não significa que tais conflitos e disputas não possam ser trazidos ao Poder Judiciário. (PORTO ALEGRE, 2012).

Diante desses fatos e decisões recentes tomadas, demonstra o tamanho da problemática, quanto aos atos realizados pelo cacique de uma comunidade indígena, por abusar de seu cargo como líder, para expulsar aqueles que o desafiam de alguma forma, de acordo com suas vontades.

Diferente do que é do costume e das tradições indígenas de origem, onde o chefe da tribo usa de seus atributos para beneficiar a todos, ajudando nas suas necessidades e sempre visando uma harmonia na comunidade, atualmente, depara-se com estas situações graves, pois afeta a dignidade humana daquele índio que passa por uma situação semelhante às fixadas anteriormente.

Cabe ainda salientar, que dentro do texto constitucional, no artigo 231, parágrafo 5, claramente determinado à questão da remoção de indígenas, que somente poderá acontecer em casos extremos e necessários, como epidemias, catástrofes, ou de interesse da soberania do país por deliberação do Congresso Nacional (BRASIL, 1988).

Fica evidente e claro que, o poder de remoção de índios ou de sociedades indígenas, pode haver somente em casos específicos através do Congresso Nacional, e não por mera vontade de uma liderança indígena aculturada.

É a partir desta sequência, que podemos concluir que na contemporaneidade, são muitos os índios aculturados, aqueles não silvícolas, que introduziram uma nova cultura na sua, deixando suas origens de lado. E essa prática da transferência compulsória, não faz parte da cultura dos silvícolas, mas sim, de um índio aculturado que foi moldado sob outra cultura, exercendo-a na condição de liderança para os índios de sua comunidade, ou seja, que fora diluído na cultura geral da nação, perdendo de uma forma, sua identidade nativa.

Muitos deles, já habitantes de centros urbanos. Prova disso, é a grande concentração populacional indígena, que se encontra em cidades do Brasil como, Manaus, Cuiabá, Campo Grande, dentre outras (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 163).

Como já ressaltado anteriormente, sabe-se que os índios, só podem ser retirados de seus territórios em condições específicas, como casos de epidemia, catástrofes e por interesse da soberania do país, mediante deliberação do Congresso Nacional. Logo, a liderança de uma comunidade indígena, por mais que entende ser correta as atitudes que tomam em razão de sua cultura, não possui capacidade de ameaçar ou transferir compulsoriamente alguém que àquela pertence, o que vem a ferir a dignidade de cada índio que vem a sofrer essa forma de agressão.

4 TRANSFERÊNCIA DE ÍNDIOS COMO EXPRESSÃO DA DIMENSÃO CULTURAL DA DIGNIDADE HUMANA

Com o passar do tempo, as sociedades indígenas foram transformando-se em razão do encontro de vários tipos de culturas e tradições, muitos dos índios sendo aculturados, mas mesmo assim, cada grupo possui suas identidades, com formas diferentes de vivência. São 0,4% de índios brasileiros espalhados pelos estados, por 688 terras indígenas e alguns em lugares urbanos, sendo que, há sociedades indígenas ainda não contatados, e aqueles índios que estão solicitando o reconhecimento de seu grupo perante o órgão federal indigenista (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, [201-]).

A Constituição Federal de 1988, além de reconhecer genericamente a cultura indígena, passa a mesma a fazer parte do patrimônio brasileiro, reconhecendo ainda aos índios, a sua organização social, seus costumes, suas línguas, tradições, e fazendo com que a União tenha o dever de dar proteção e fazer respeitar os bens territoriais, definindo desta forma, os limites desses territórios ocupados pelos mesmos (SANTILLI, 1993, p. 228).

Frente à transferência compulsória de índios dentro de seus próprios territórios, a dignidade humana é sim afetada. A mesma, é a base para todas as outras garantias de direito, é a essência de onde decorrem os outros direitos fundamentais, demonstrando uma igualdade social entre todos os indivíduos existentes, ou seja, um atributo que pertence a todos os seres humanos (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 28 e 32).

Os direitos fundamentais são necessários para a existência de cada ser humano, para que todos possam ter a garantia de uma vida digna, livre e igualitária, assegurado dessa forma, a dignidade humana e evitando sofrimento dos mesmos (PINHO, 2011, p. 96).

Apontar um conceito específico para esclarecer a dignidade da pessoa humana, é interpretar como é definida dentro de cada religião, filosofia e até mesmo científica, ou seja, é muito ampla, porém, sempre será ligada a condição humana (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 32).

A dignidade humana é a referência de transição de um direito natural para se falar em direitos humanos, pois a dignidade é o ponto principal e inicial de todas as regras morais e jurídicas que preservam os direitos inalienáveis, deixando de lado, qualquer forma de pensamento de divindade ou da própria natureza (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 36).

Assim, no princípio da dignidade humana, faz parte o respeito e a proteção, vindos da coletividade ou do próprio estado, estando ligada ao sentido moral e também legal, pois ambos possuem o dever de protegê-la, para que nenhum ser humano sofra violação (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 34-35).

Deve-se salientar que, a dignidade humana, possui duas dimensões, a básica e a cultural, assim pode-se esclarecer melhor o conceito da dignidade humana. O primeiro trabalha com a teoria de Kant, onde o ponto principal é a coisificação, e o segundo, que foca nas teorias de Benedetto Croce e Pérez-Luño, que visa à questão dos valores de acordo com o tempo e o espaço (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 28, 35).

Nesse contexto, será esclarecido em primeiro momento a dimensão básica da dignidade da pessoa humana. Essa dimensão básica faz parte de todos os seres humanos, sem distinção por sua religião, cultura, língua ou costumes. É uma qualidade do próprio indivíduo, sem ela, não podemos viver, ou seja, é indispensável para se ter uma vida minimamente digna. O indivíduo não pode se submeter à redução de seu status de garantias de seus direitos, sendo comparado à uma coisa, por vontade alheia e assim desconsiderando o indivíduo e tratando-o à um objeto (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 35-36).

Todavia, a dimensão cultural da dignidade humana, impede de alguma forma o exercício de uma determinada cultura, costume ou tradição, pois cada grupo social possui sua dimensão cultural, mas não é isso, que vai fazer com que a dignidade humana seja excluída, pois independente do fator cultural, a dignidade humana não pode ser afetada (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 36-37).

Enfim, a dignidade é o centro ético de atuação do chamado direitos humanos, dentro do aspecto básico e cultural. A dignidade é a proteção maior do indivíduo, desde o mais básico até a situação mais sofisticada, este, dentro do aspecto cultural, econômico e social (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 38-39).

5 CONCLUSÃO

Verificou-se, com os estudos efetuados, que desde o século XIV, os povos europeus já estavam em busca da dominação dos territórios indígenas nas Américas.

Desde a época da chegada dos portugueses no Brasil, os povos indígenas não foram expulsos, mas também não tiveram a propriedade, limitando-se à posse dessas terras, sendo que, apesar de todas as evoluções legislativas, até os dias atuais, a situação não se alterou, mantendo-se os indígenas na posse das terras e com direito ao usufruto das mesmas.

Porém, em nenhum momento se permite a eles a propriedade dessas terras, sendo que atualmente, pela Constituição de 1988, a terra pertence à União, que dela pode dispor

em situações especiais, como por exemplo, no interesse da soberania do país, em casos de catástrofes, epidemias e outros, contudo, sempre após deliberação do Congresso Nacional.

Para finalizar a elaboração deste breve estudo, fica evidenciado, que a problemática da transferência compulsória de índios de suas aldeias, afeta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. Demonstrou-se que, diferente de alguns anos passados, atualmente, o cacique ocupa sua liderança usando-a de forma prejudicial contra os indivíduos de suas comunidades, quando ocorre algum tipo de atrito com essa liderança.

Motivos esses, que não são suficientes para viverem sob ameaças constantes ou para serem expulsos de uma forma brusca de suas comunidades indígenas. A função do chefe de uma tribo, sempre foi ocupada para beneficiar o todo, ou seja, prestar serviços, auxiliar no que for necessário, para administrar a comunidade num todo e em todos os sentidos. Esse, sempre foi o papel do cacique, em propor a boa convivência entre todos, e não impondo regras ou penas que prejudicassem um ou alguns, por motivo de intrigas entre indivíduos da aldeia e a chefia.

Frente a essa forma brusca usada pelo líder da comunidade, desestrutura a vida dos índios afetados e de suas famílias, pois ficam essas pessoas expulsas de seus lugares onde criaram raízes familiares e estrutura de moradia e trabalho, se vem completamente agredidos fora disso, pois possuem suas próprias tradições, que lá fora, muitos não as reconhecem. Sabe-se que, este ato agressivo cometido por lideranças, é ilegal, pois a transferência compulsória somente pode ser feita em casos específicos e mediante o Congresso Nacional. Fica evidente que a dignidade da pessoa humana está sendo violado em primeiro lugar.

O problema a ser resolvido frente estas indagações, são sérios, pois são problemas sociais. Por ser uma questão atual que está surgindo, conforme vimos no decorrer dos fatos, já existem julgados favoráveis, aos indígenas que são expulsos de suas tribos, para que sejam reintegrados às suas vidas. Pois, com certeza fere o princípio da dignidade da pessoa humana, o primordial para a existência do indivíduo.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais: defesa do século XXI*. Joaçaba: ed. Unoesc, 2011.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. 152 p.

BRASIL. *Constituição*. República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Rio de Janeiro, RJ, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 04 jul. 2013.

BRASIL. *Constituição*. República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Rio de Janeiro, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o34.htm>. Acesso em: 04 jul. 2013.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1969. Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 04 jul. 2013.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto 1.175, de 08 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 06 jul. 2013.

BRASIL. *Decreto n. 1.318*, de 30 de janeiro de 1854. Regulamento para execução da Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. Rio de Janeiro, RJ, 30 jan. 1954. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/1851-1899/Anexos/RegulamentoD1318-1854.pdf>. Acesso em 05 jul. 2013.

BRASIL. Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 06 jul. 2013.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L6001.htm>. Acesso em: 04 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de nulidade de títulos de propriedade sobre imóveis rurais situados nos sul da Bahia em reserva indígena*. Relator: Ministro Luiz Fux. Ação civil originária n. 312. Decisão em: 02 maio 2012. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28terras+tradicionalmente+ocupadas%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aehjbaa>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol*. Relator: Ministro Carlos Britto. Petição n. 3.388. Decisão em 19 mar. 2009. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28terras+tradicionalmente+ocupadas%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aehjbaa>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reintegração de posse: área demarcada pela FUNAI*. Relator: Ministro Celso de Melo. Recurso extraordinário n. 183188. Decisão em 10 dez. 1996. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28propriedade+e+%EDndios%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p6hha7u>>. Acesso em: 13 jul. 2013.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Os índios*. Brasília, DF, [201-]. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/indios/fr_conteudo.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

KARPAT, Ladislau. *Tutela antecipada na defesa da posse e da propriedade imóvel*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTO ALEGRE (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de instrumento*: reintegração de indígenas na posse da moradia que anteriormente ocupavam na Aldeia Indígena Xapecó. Relator: Candido Alfredo Silva Leal Junior. Agravo de Instrumento. *Processo n. 5018984-75.2012.404.0000*. Decisão em: 19 fev. 2013. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50189847520124040000&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=597372bdf54f4f8a740b11e86f91528e&txtPalavraGerada=VSDa>. Acesso em: 06 jun. 2013.

PORTO ALEGRE (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Habeas Corpus*. Relator: Márcio Antônio Rocha. *Processo n. 5019397-88.2012.404.0000*. Decisão em 19 nov. 2012. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50193978820124040000&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=7ab86f89882172a3d575141cfaf40171&txtPalavraGerada=PnCG>. Acesso em: 06 jun. 2013.

POSSE. [S.l.]. 2013. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Posse_\(direito\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Posse_(direito))>. Acesso em: 15 set. 2013.

RAMOS, Alcida Rita. *Série: princípios*. 5. ed. São Paulo: Ática, 2001.

RAMOS, Ricardo. *As terras indígenas: direitos dos índios e demarcação*. [S.l.]. 2006. Disponível em: <[funai.gov.br%2Fprocuradoria%2Fdocs%2FTerras%2520Ind%25EDgenas%2520Legisla%25E7%25E3o%2520Doutrina%2520Jurisprud%25Eancia%2520\(Ricardo\).doc&ei=KcvWUcWdN42B0AHR0oGoBQ&usg=AFQjCNGuTEUTunZNxvcPmhvg31x7s3WnaA&bvm=bv.48705608,d.dmg](http://funai.gov.br%2Fprocuradoria%2Fdocs%2FTerras%2520Ind%25EDgenas%2520Legisla%25E7%25E3o%2520Doutrina%2520Jurisprud%25Eancia%2520(Ricardo).doc&ei=KcvWUcWdN42B0AHR0oGoBQ&usg=AFQjCNGuTEUTunZNxvcPmhvg31x7s3WnaA&bvm=bv.48705608,d.dmg)>. Acesso em: 04 jul. 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTILLI, Juliana. *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas, 1993.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2005. 176 p.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. Os direitos dos indígenas no Brasil. In: SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (Org.). *A temática indígena na escola*. Brasília, DF: Mec/Mari/Unesco, 1995.

SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, Luís Donisete (Org.). *A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º a 2º graus*. Brasília, DF: MEC, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Capítulo II

A Ampliação dos Direitos Subjetivos

O (DIREITO FUNDAMENTAL AO) ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: POR UMA CORRETA COMPREENSÃO

Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira*
Mônica Bonetti Couto**

Resumo

Este artigo se propõe a examinar o direito humano fundamental à tutela jurisdicional, compreensão que se coloca a partir da teoria trigeracional e da *dinamogenesis* dos direitos humanos, para se alcançar o tema nuclear, do processo judicial enquanto instrumento de proteção e efetivação dos direitos substanciais previstos no ordenamento jurídico. Propõe-se uma releitura do acesso à justiça, calcada especialmente na obra de Rodolfo Camargo de Mancuso. Baseado no método bibliográfico e, quanto à abordagem, dedutivo, o artigo está dividido em duas seções. De início, dedica-se a analisar o acesso à justiça como direito humano fundamental, ao passo que o segundo e último capítulo dedica-se ao enfoque do direito humano fundamental à tutela jurisdicional, examinando o processo enquanto instrumento destinado à realização concreta do direito material pretensamente violado ou ameaçado. Ao final, verifica-se que o alcance da plenitude do direito humano fundamental à tutela jurisdicional depende, diretamente, da implementação de outra garantia, a da duração razoável do processo judicial, igualmente considerado direito humano fundamental.

Palavras-chave: Direitos humanos fundamentais. Tutela jurisdicional. Duração Razoável do processo.

The (fundamental right to the) access to justice in Brazil: for a correct understanding

Abstract

This paper's subject is the fundamental human right of the access to the justice. The analysis, divided in two sections, approached the issue from the human rights tripartite theory and from the dinamogenesis' theory. The research used the deductive method and also applied the bibliographical methodology primarily based in Rodolfo de Camargo Mancuso's theoretical concepts. In the first part, the research's focus was to delimit the access to justice as a fundamental human right. The posterior section studied the right of having an adequate jurisdictional protection by the judicial process. Besides that, the paper analyzed the access to justice from the perspective of the process as an instrument to realize the subjective rights inserted in the legal system. Therefore, the conclusion reflects that the human right of the access to justice encompasses the State's efficiency

* Mestranda em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Processual Civil. Advogada.

** Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho; Avenida Francisco Matarazzo, 612, 1º andar, Prédio A, Bairro Água Branca, 05001-100, São Paulo, São Paulo, Brasil; monicabonetti@aus.com.br

to provide a procedural answer “just in time” because this right directly depends on the speedy duration of the judicial processes, which is also a fundamental human right.

Keywords: Fundamental human right. Access to justice.

1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de submeter lesão ou ameaça a direito à apreciação do Poder Judiciário é uma conquista imprescindível ao Estado Democrático de Direito. O direito de ação, vertido em uma manifestação do acesso à justiça, possui sede constitucional e, previsto entre os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, foi alçado ao status de direito humano fundamental, orientado sob a premissa de exprimir a inafastabilidade da jurisdição.

Este artigo dedica-se a analisar o acesso à justiça como direito humano fundamental, motivo pelo qual o capítulo inaugural esclarece o conceito e a evolução dos direitos humanos fundamentais, ao passo que o segundo e último capítulo dedica-se ao enfoque do direito humano fundamental à tutela jurisdicional, examinando o processo enquanto instrumento destinado à realização concreta do direito material pretensamente violado ou ameaçado.

Cuida-se de tema marcado por evidente atualidade, colocado que está dentre os mais relevantes e estudados no Brasil, mais agudamente na última década. Em tempos em que o Judiciário atravessa uma crise que não é mais apenas quantidade (numérica), mas atinge a sua própria essência e legitimidade, convém refletir em torno do significado e extensão do direito (fundamental) ao acesso à justiça.

O presente ensaio adota o método dedutivo de abordagem, procurando partir de premissas gerais para chegar a uma conclusão específica sobre os temas aqui enfrentados. Serve-se, ademais, do método dialético, com o objetivo de buscar possíveis sínteses para as divergências levantadas. Quanto ao procedimento, utiliza os métodos histórico, comparativo e sociológico, fazendo uso da interpretação sistemática. O tipo de pesquisa é o bibliográfico, a partir de livros e artigos científicos.

2 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E GERACIONAL

Este artigo pretende tratar do direito fundamental à tutela jurisdicional ou, como querem alguns, da inafastabilidade do Poder Judiciário ou ubiquidade. Antes de fazê-lo, porém, será necessário alocá-lo no quadro de direitos humanos fundamentais, na tentativa de delimitá-lo conceitualmente.

Convém assinalar, de início, que os direitos humanos surgem como expressão de limitação do poder e que o seu desenvolvimento possui a dignidade das pessoas como norte.

Com efeito, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um direito subjetivo de titularidade universal permitiu que os direitos humanos formassem, nos dias atuais, uma categoria jurídica na qual é possível observar que as estruturas de poder de-

vem estar submetidas ao império do “[...] tratamento de todos os seres humanos como livres, iguais, solidários e dignos.”¹

Neste contexto teleológico, entende-se por direitos humanos o “[...] conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseado na liberdade, igualdade e na dignidade.”²

Realmente, os direitos humanos são consubstanciados na dignidade humana e “[...] existem por meio das legítimas e efetivas conquistas de parcelas do poder pela humanidade.”³

E, apesar de uma aparente redundância contida na expressão “direitos humanos”, é preciso esclarecer que a inserção do adjetivo pretende destacar a universalidade e “a essencialidade de tais direitos para o exercício de uma vida digna”, de forma que esta expressão quer significar que os direitos humanos são assim designados por serem atribuídos indistintamente às pessoas, de forma que a condição humana é o seu “único requisito de aplicabilidade.”⁴

Noutra perspectiva a respeito da terminologia,⁵ cumpre esclarecer que a expressão “direitos humanos fundamentais” configura a “versão constitucionalizada dos direitos humanos” (SILVEIRA, 2010, p. 22).

Assim, os “direitos humanos fundamentais” referem-se aos direitos positivados no ordenamento jurídico constitucional de determinado Estado, enquanto a expressão “direitos humanos” faz referência genérica aos direitos previstos em tratados internacionais que não foram recepcionados pelo Estado referido.⁶

¹ “O desenvolvimento da noção de direitos humanos configura uma história de confrontação e de luta incessante pelos valores da humanidade, em que o poder imposto aos homens e sua organização em comunidade, povos e Estados, foi se perdendo nas batalhas sob a ordem da liberdade, igualdade e solidariedade (fraternidade) dos seres humanos, que se rebelaram guiados pelas luzes da razão e dos valores e sentimentos compartilhados.” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 21-22).

² Em acepção finalística, “[...] os direitos humanos são aqueles essenciais para o desenvolvimento digno da pessoa humana.” Eles “[...] asseguram uma vida digna, na qual o indivíduo possui condições adequadas de existência, participando ativamente da vida de sua comunidade.” (RAMOS, 2012, p. 30-31).

³ Para a tendência hermenêutica constitucional contemporânea, a dignidade da pessoa humana deve constituir os pontos de partida e de chegada do ordenamento jurídico. É no princípio da dignidade humana que o sistema busca o seu sentido e fundamento. “Ela se consagra, assim, como verdadeiro superprincípio a orientar tanto o direito internacional como o interno.” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 22, 149).

⁴ A alegação de pleonasma reside na constatação de que todos os direitos são titularizados pelos seres humanos, pessoas naturais, ou por suas emanações, pessoas jurídicas. (RAMOS, 2012, p. 36).

⁵ Nota-se, também, que a multiplicidade de expressões relacionadas ao tema “direitos humanos” nem sempre possui o mesmo significado. A própria Constituição da República contempla extensa gama de variações: “de fato, o artigo 4º, inciso II, faz referência a ‘direitos humanos’. Por outro lado, o título II intitula-se de ‘direitos e garantias fundamentais’. Já o artigo 5º, inciso XLI, menciona os ‘direitos e liberdades fundamentais’ e o seu inciso LXXI adota o termo ‘direitos e liberdades constitucionais’. Ora, o artigo 5º, parágrafo primeiro, também desse título, utiliza a expressão ‘direitos e garantias fundamentais’. Já o artigo 17 adota a expressão ‘direitos fundamentais da pessoa humana’. O artigo 34, ao disciplinar a intervenção federal, faz referência aos ‘direitos da pessoa humana’ (artigo 34, VII, b). Quando trata das cláusulas pétreas, a Constituição ainda faz menção à expressão ‘direitos e garantias individuais’ (artigo 60, parágrafo quarto). No artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, há o uso, novamente, do termo ‘direitos humanos’.” (RAMOS, 2012, p. 32).

⁶ Tal dicotomia terminológica, todavia, não é amplamente aceita, e observa-se que existem autores que empregam as expressões “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos fundamentais” de modo indistinto. André Ramos Tavares refere que, “no Brasil, Sarlet adota a separação terminológica entre ‘direitos humanos’ (matriz internacional) e ‘direitos fundamentais’ (baseados nas Constituições). Por outro lado, sustenta Comparato que os direitos fundamentais (*Grundrechte*) incluiriam todos os direitos humanos positivados, ou seja, já reconhecidos nos textos nacionais ou internacionais.” Adiante, o autor afirma que utiliza em sua obra, “[...] de modo indistinto, os termos direitos humanos e direitos fundamentais, reforçando assim que os direitos são de todos e que não há distinção de origem (norma internacional ou interna).” (RAMOS, 2012, p. 35-37, grifo do autor).

Importa salientar, ainda, que este artigo científico adota a distinção de terminologia baseada na origem da previsão do direito humano em tela, de modo que a expressão “direitos humanos fundamentais” dirá respeito aos direitos positivados pela Constituição da República.

Assim, para que existam direitos humanos fundamentais, faz-se necessário a prévia existência de três requisitos: o Estado, enquanto instituição de poder; o indivíduo, enquanto sujeito de direitos; e a Constituição, enquanto norma reguladora das relações entre eles.

De fato, “[...] sem a existência de Estado, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática”, pois a sua função precípua é exatamente aquela de, por meio da Constituição, “[...] limitar o poder do Estado em face do indivíduo.”⁷

Desta maneira, observa-se que o constitucionalismo está atrelado à consagração dos direitos humanos fundamentais, eis que a limitação do poder estatal pela norma dotada de maior supremacia são as suas “constantes axiológicas” (BEZERRA, 2009, p. 35).

Como cediço, o constitucionalismo é o movimento “político, jurídico e social” que tem por escopo a criação da Constituição de um Estado, documento formal e solene que passará a desempenhar o papel de fundamento deste Estado, promovendo a organização do poder e positivando os direitos humanos fundamentais.⁸

Assentadas essas premissas, cumpre esclarecer que, em dias atuais, a principal preocupação em relação aos direitos humanos fundamentais refere-se à sua concretude.⁹

⁷ Sem que existisse o Estado, os direitos humanos fundamentais não poderiam ser garantidos pela Constituição, a qual atua como veículo que formalmente declara destes direitos. “O indivíduo pode fazer valer esses direitos [fundamentais] tanto perante o Estado como perante a sociedade, já que a Constituição garante a sua autonomia enquanto ‘sujeito de direito’.” Ademais, “o papel de regulador entre os dois elementos supra descritos [Estado e indivíduo] é desempenhado pela Constituição no sentido formal, que declara e garante determinados direitos fundamentais, permitindo ao indivíduo conhecer sua esfera de atuação livre de interferências estatais e, ao mesmo tempo, vincular o Estado a determinadas regras que impeçam cerceamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual. O texto deve ter validade em todo o território nacional e encerrar supremacia, isto é, força vinculante superior àquela das demais normas jurídicas”. (DIMOULIS, 2011, p. 22-24).

⁸ O constitucionalismo enquanto movimento multifatorial é “pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações, [...] Podemos concluir, assim, que o constitucionalismo é congênito à separação dos poderes e às declarações de direitos humanos, formando com eles o conjunto de ingredientes necessários ao Estado de Direito. Por isso, parece-nos acertada a afirmação de que os principais objetivos incorporados pelo constitucionalismo são: supremacia da lei (Constituição), havida esta como a expressão da vontade geral; limitação do poder; proteção e assecuração dos direitos do ser humano, em especial os correlacionados à liberdade”. Por sua vez, no cenário do neoconstitucionalismo, “[...] os princípios assumem um valor extraordinário, granjeando densificação nas mais diversas situações jurídicas. Dentre eles, ostenta peculiar importância o princípio da dignidade humana, tomado como pedra angular de todo o sistema. Nesse sentido, afirma Eduardo Ribeiro Moreira: ‘se a limitação dos poderes é pressuposto do constitucionalismo clássico, para o neoconstitucionalismo, a disposição e a defesa de um catálogo de direitos fundamentais, conduzido por princípios, são seus pressupostos’.” (ARAÚJO, 2012, p. 26-28).

⁹ “A exemplo dos direitos fundamentais - enquanto versão constitucionalizada dos direitos humanos e que se configuram como manifestações propriamente estatais - demonstrou-se a capacidade de limitar as atuações e o exercício do poder instituído e, em dada medida, até mesmo do poder constituinte. É certo, porém, que tanto no constitucionalismo pátrio como no comparado, e em especial no que se refere à América Latina, são inúmeros os exemplos da violação de tais direitos, em que pese encontrarem-se protegidos e arraigados na consciência popular.” Por isso, conforme lição de Norberto Bobbio, “[...] a tarefa mais importante de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é fundamentá-los, mas protegê-los.” (SILVEIRA, 2010, p. 22, 172). Neste sentido, as manifestações ocorridas Brasil a fora em junho de 2013 trouxeram à baila a discussão sobre a efetivação dos direitos humanos fundamentais, notadamente aqueles pertencentes à categoria dos direitos sociais. Em síntese, as manifestações foram motivadas por uma insatisfação generalizada com as condições de vida da população, pois “[...] as sucessivas políticas públicas executadas por governantes locais teriam deixado de atender aos principais anseios, impulsionando protestos contra os investimentos e as condições

Realmente, quase não existe resistência em relação à fundamentação ou à justificativa dos direitos humanos fundamentais, sendo que a dificuldade mais frequente consiste em atribuir-lhes efetividade.

De todo modo, com apoio na teoria da *dinamogenesis*, observa-se que o desenvolvimento e o reconhecimento das sucessivas gerações de direitos humanos têm guarida no “[...] querer coletivo para resguardar a sobrevivência e, mais do que ela, o bem-estar da espécie humana.”¹⁰

É dizer, “[...] em outras palavras, esses níveis de proteção do indivíduo constituem produto de conquistas humanitárias que, passo a passo, foram sendo reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos”, uma vez que a categoria jurídica dos direitos humanos fundamentais é essencialmente direcionada à proteção do ser humano nas diversas dimensões da sua dignidade, englobando o “[...] resguardo do ser humano em sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).”¹¹

Com efeito, a teoria trigeracional está vinculada à afirmação histórica dos direitos humanos e ao viés temático envolvido em cada período de consagração daqueles direitos.

Desta forma, os direitos humanos podem ser genericamente alocados em três blocos, conforme as características de seu conteúdo estejam mais diretamente relacionadas à liberdade, à igualdade ou à fraternidade, cujos correspondentes tradicionais serão, respectivamente, os direitos relacionados à primeira, à segunda e à terceira geração,¹² conforme será exposto, sucintamente, a seguir.

dos sistemas públicos de saúde e de educação em comparação com os gastos com os eventos esportivos sediados no país.” (BARRUCHO, 2013).

¹⁰ “Como vimos, os direitos e liberdades não foram conquistados pacificamente, mas por intermédio de árdua luta, e se baseiam historicamente no modelo ocidental, euro-atlântico. Este modelo cumpre lembrar, se expressa como um sistema complexo, interdependente e dinâmico. Com efeito, são atos e fatos históricos, posicionamentos ideológicos, posições filosóficas, textos normativos e instituições que - desde a fundamentação axiológica de tal modelo na Antiguidade Clássica, passando pelos documentos mais recentes - configuram um corpo jurídico de instituições e normas de caráter declaratório internacional e de direito fundamental constitucional. Frise-se que esse corpo jurídico tem como objetivo dotar de eficácia real a dignidade da pessoa humana, em suas mais amplas manifestações, por intermédio dos direitos humanos [...] Por meio de um modelo geométrico-axiológico, a *dinamogenesis* explica o processo que fundamenta o nascimento e desenvolvimento de novos direitos no decorrer da história.” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 179, 184-185).

¹¹ “Nota-se, nesse aspecto, que os direitos fundamentais passam a assumir também uma dimensão institucional, na medida em que pontuam a forma de ser e atuar do Estado que os reconhece. Como cogitar de um Estado Democrático Social de Direito, se as liberdades públicas e os direitos sociais não são reconhecidos e protegidos. Assim sendo, porém, o Estado que os proclama e protege assume uma formatação específica, ditada pela pauta de direitos fundamentais que encampa.” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p.143-144).

¹² “Propomos a seguinte divisão em três etapas, com atores e momentos históricos bem definidos: 1) A chamada ‘pré-história’ dos direitos humanos, que abarca declarações de direitos na *Idade Antiga* e na *Idade Média* e na qual surgiram princípios e reivindicações considerados como ‘raízes’ do conceito atual; 2) As declarações na *Idade Moderna*, nos séculos XVI, XVII e XVIII, a partir de quando já é possível falar em história dos direitos humanos e que fazem referência a modelos de evolução dos direitos: *o inglês, o anglo-americano e o francês*; 3) As declarações da *Idade Contemporânea*, englobando os direitos humanos nos séculos XIX e XX. Neste último ocorreu uma ampla produção de declarações, em virtude da fundamental Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela ONU em Paris, a 10 de dezembro de 1948. Ao percorrer estes três períodos é possível observar o nascimento das sucessivas *gerações* de direitos humanos, que evoluíram conforme a sociedade se transformava.” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 111-112). (com os destaques no original). Anote-se que a adoção do termo “gerações” ao invés de “dimensões” apresenta a vantagem evidenciar as relações de poder, ao passo que o último permite maior enfoque no caminhar dinamogênico. Assim, a expressão “gerações” “assinala marcos históricos que coincidem com as exigências das comunidades por novos direitos”, vinculando-se aos critérios “(i) histórico e (ii) temático, unidos de maneira inseparável.” (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010, p. 142).

Realmente, sob o enfoque de sua objetividade jurídica, os direitos humanos de primeira geração correspondem aos direitos de prestação negativa, isto é, ao deixar de fazer do Estado, que assume uma postura não-intervencionista.

Tais direitos, “[...] também denominados de direitos de resistência, são constituídos das chamadas cláusulas limitativas do Estado, voltadas a fixar os limites da atuação estatal diante das liberdades do indivíduo.”¹³

Neste sentido, no que diz respeito à consagração do direito de acesso à justiça, denota-se que os obstáculos e os modos pelos quais os indivíduos acessariam as cortes judiciais não constituíam objetos de preocupação ou intervenção do Estado.

Aliás, o exercício do direito positivado somente poderia ser realizado “por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte.”¹⁴ Vale dizer, nesta formatação abstencionista do Estado, o direito de acesso condizia à possibilidade jurídica de submeter o conflito ao Poder Judiciário.

Por sua vez, na segunda geração de direitos humanos, o foco passa a ser exatamente o oposto daquele esposado por sua antecessora. A mera previsão legal do direito não satisfaz os anseios dos indivíduos, motivo pelo qual esta geração é marcada pelas prestações positivas, intimamente relacionadas à necessidade de ação por parte do Estado.

Este *faccere* estatal refere-se ao suprimento das necessidades humanas, pois a positivação dos direitos de primeira geração já não era considerada suficiente para garantir a sua realização concreta na vida cotidiana.¹⁵

Em virtude disso, o principal objetivo da segunda geração de direitos é “[...] dotar o ser humano das condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna”, razão pela qual o Estado assume o papel de prestador de direitos sociais à saúde, à previdência, à cultura e à educação,¹⁶ fornecendo aquilo de que as pessoas e a sociedade precisam para suprir as suas carências.

Assim, em relação ao tema central deste artigo, nota-se que neste período passou a existir uma preocupação com o alcance da verdadeira finalidade da jurisdição estatal. Para tanto, foi necessária a atuação positiva por parte do Estado para prover mecanismos que tornassem efetivo o acesso à justiça, com a efetividade da tutela a ser prestada.

¹³ “São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Sua preocupação é a de definir uma área de domínio do Poder Público, simultaneamente a outra de domínio individual, na qual estaria forjado um território absolutamente inóspito a qualquer intervenção estatal [...] O Estado deveria ser apenas guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social.” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 145-148).

¹⁴ “Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10-11).

¹⁵ “A inserção formal de liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantia a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado [...] São denominados direitos de igualdade por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos.” (RAMOS, 2012, p. 73).

¹⁶ “Costumam ser denominados direitos positivos, pois, como se disse, não reclamam a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais. Também chamados de ‘direitos de crença’, pois trazem a esperança de uma participação ativa do Estado. Constituem os direitos fundamentais de segunda geração os direitos sociais, os econômicos e os culturais, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva.” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 148-149).

Em dias atuais, como decorrência das bases trilhadas pela segunda geração de direitos, afirma-se que o direito de acesso à justiça é um direito essencial, sendo imprescindível em qualquer ordenamento jurídico que se pretenda ou afirme democrático.

Na realidade, ressalta-se que o direito à tutela jurisdicional configura um direito humano fundamental, quicá dos mais básicos deles, por ostentar a característica de ser imprescindível nas sociedades contemporâneas, marcadas pela conflituosidade que denuncia o inadimplemento dos deveres jurídicos.

De fato, a proclamação da titularidade de direitos subjetivos seria inócua e “[...] destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação.” (CAPELLETI; GARTH, 1988, p. 11-12). Por isso, a tutela jurisdicional a ser prestada por meio do processo judicial viabiliza a concretização dos direitos substantivos consagrados pela legislação.

Na qualidade de direito humano fundamental contextualizado na segunda geração, o direito à tutela jurisdicional deve corresponder ao dever estatal de assegurar o efetivo acesso à justiça, promovendo a “operacionalização de ações concretas e ao estabelecimento de procedimentos dirigidos precipuamente ao fomento da igualdade material e processual entre todos aqueles que necessitem de tutela judicial a seus direitos.” (MOREIRA, 2009, p. 43).

Por sua vez, encerrando a exposição acerca da teoria trigeracional, cumpre tecer os comentários sobre os direitos humanos cujo conteúdo principal permite alocá-los na terceira geração.

Os direito de terceira geração possuem como paradigma “[...] o ser humano relacional, em conjugação com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas”¹⁷ e decorrem “[...] da descoberta do homem vinculado ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana.”¹⁸

Como decorrência deste enfoque, o direito ao desenvolvimento está inserido na terceira geração de direitos humanos, evidenciando que o direito à tutela jurisdicional assume destaque positivo em sua concretização.

A significativa atuação do Poder Judiciário no cenário do direito ao desenvolvimento revela que o acesso à justiça pode ser um importante aliado no processo de concretização dos direitos materiais individuais e coletivos.

Nesta direção, “[...] ao analisar o direito ao desenvolvimento, percebe-se que ele é alcançado dentre outras formas, justamente com a atuação positiva estatal”, cuja expressão personificada na figura do Poder Judiciário demonstra que os direitos reconhecidos no ordenamento jurídico podem vir a ser ativados no contexto da prestação de tutela

¹⁷ “A essência desses direitos encontra-se em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 149).

¹⁸ “Os direitos de terceira geração são aqueles de titularidade da comunidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado.” (RAMOS, 2012, p. 73-74).

jurisdicional, pois o direito ao desenvolvimento deve aliar o crescimento econômico e a efetividade dos direitos, abarcando, assim, elementos quantitativos e qualitativos.¹⁹

Diante do exposto, conclui-se não ser possível desvincular o fenômeno jurídico dos acontecimentos históricos. Por tal razão, afirma-se que os direitos humanos possuem uma carga dinâmica, eis que gradativamente inseridos no quadro de conquistas da humanidade ao longo dos tempos e das *lutas*.

Assim, a expansão dos direitos humanos deriva da necessidade de tutelar a realidade vivida pelas pessoas, sendo fundamental analisados em função dos momentos e períodos históricos para que não sejam encarados como “[...] criação legislativa espontânea, mas como resultado de uma evolução sociocultural.” (CASTILHO, 2006, p. 1).

Nesse contexto, a atividade jurisdicional do Estado deverá intervir diante das crises jurídicas caracterizadas pelos conflitos, perseguindo o alcance concreto das normas jurídicas que não foram ou que estão em vias de não serem cumpridas, mediante o exercício do direito à tutela jurisdicional preventiva ou repressiva.²⁰

3 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL

A concepção - clássica - de jurisdição como função estatal incumbida de dizer o Direito, aplicando a *lei* em concreto, refere-se à temática da tutela de direitos, exercida através do processo judicial (BUENO, 2013, p. 247).

Realmente, concordando que tutelar um direito significa protegê-lo, pode-se dizer que a tutela jurisdicional corresponde ao exercício de proteção dos direitos reconhecidos tanto na norma genérica e abstrata, que é a lei, quanto na norma individual e concreta, que é o título executivo que faz *lei* entre as partes.²¹

Assim, a consagração do direito à tutela jurisdicional reveste-se da maior importância no cenário do Estado Democrático de Direito. A Constituição da República prevê em seu artigo 5º, inciso XXV que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Trata-se da consagração, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do direito fundamental à tutela jurisdicional, também conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e princípio da ubiqüidade da justiça (ARAUJO, 2012, p. 209), segundo o qual toda lesão ou ameaça a direito poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, para que ele preste a tutela jurisdicional postulada.

¹⁹ “O Estado assumiu a responsabilidade de garantir o desenvolvimento e, para tanto, a legislação assumiu papel preponderante: reconhecendo e atribuindo ao Estado o ônus de não apenas respeitar as liberdades individuais, mas de garantir o desenvolvimento social, interferindo em todas as áreas da sociedade, a fim de cumprir sua obrigação.” (LINO, 2013, p. 123-128).

²⁰ Também por isso, a tutela prestada pelo Poder Judiciário deve ser entendida como “função estatal”, não sendo possível que ela se desvirtue da sua finalidade de “perseguir o atingimento concreto das finalidades públicas impostas desde a Constituição Federal.” (BUENO, 2013, p. 87).

²¹ Assim, no primeiro caso haveria tutela jurisdicional cognitiva e, no último, executiva. Com efeito, a tutela jurisdicional é prestada por meio do processo e comporta, essencialmente, estas duas espécies de atividade: intelectual e material. Assim, existe, “de um lado, o exame da lide proposta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”, o que predomina na etapa cognitiva, e de outro lado, há “as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade de modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos.” (LIEBMAN, 1946, p. 79).

Com efeito, este direito humano fundamental outorga o direito de ação, permitindo a postulação ao Juízo, por meio do processo judicial. Porém, o alcance e o conteúdo deste dispositivo não se esgotam no mero ingresso ou acesso formal ao Poder Judiciário.²²

O exercício da chamada proteção judiciária dos direitos, que vem à baila por meio da tutela jurisdicional, evita ou restaura o perecimento do direito material invocado, uma vez que o núcleo do processo vem a ser constituído pela afirmação deste direito, o qual virá a ser assegurado pela tutela jurisdicional, caso venha a ser reconhecido pelo Magistrado.

Realmente, “[...] a pretensão a um provimento jurisdicional é de natureza processual e tem por conteúdo, sempre e invariavelmente, outra pretensão, esta fundada no direito material, ou seja, direito afirmado” previsto na legislação vigente.²³

Por conseguinte, a jurisdição é concebida como a função de atuar a vontade objetiva da lei, com a finalidade de obter a justa composição da lide.²⁴

De fato, se o Estado avocou para si a tarefa de solucionar as lides, retirando o particular a possibilidade de “fazer justiça com as próprias mãos”, em contrapartida, deve fornecer um aparato adequado para o tratamento dos conflitos de interesses.

Disso resulta a importância do direito fundamental à tutela jurisdicional. A proibição da autotutela exigiu que, por outro lado, fosse atribuída a possibilidade de exercício do direito de ação, a ser iniciado diante do prenúncio de uma crise jurídica ou de sua efetiva instalação.

Realmente, o processo judicial, como instrumento estatal destinado à pacificação, tem a sua razão de ser “[...] na existência de conflitos a dirimir (crises jurídicas) e é daí que recebe legitimidade social e política como instituição destinada a preservar os valores vivos de uma nação.” A jurisdição, pois, é uma atividade intrínseca à convivência do homem em sociedade e seria utópico pensar em uma sociedade plenamente isenta de conflitos.²⁵

Por isso, nota-se que a necessidade da função jurisdicional decorre da conflituosidade: nem todos cumprem as suas obrigações e que, com indesejada frequência, há pro-

²² Em outro estudo, as autoras evidenciarão que, na realidade, o estabelecimento da “justiça estatal como padrão oficial” como primeira ou única alternativa, inibe a “procura prévia pelos métodos alternativos de solução de controvérsias e, exacerba a contenciosidade social e estimula o demandismo judiciário, assim desservindo a vera cidadania, que residiria, antes e superiormente, na busca - ao menos num primeiro momento -, de um modo ou meio de prevenir ou resolver o conflito fora e além do aparato judiciário estatal.” (MANCUSO, 2011). Neste sentido, apartam-se duas idéias, comumente associada: o *do acesso à justiça* (significado mais amplo, correspondente à ordem jurídica justiça) do mero *acesso ao Poder Judiciário*.

²³ “A pretensão processual só tem sentido em função da pretensão formulada no direito material. Processo e direito existente não caminham necessariamente juntos. É possível que a relação processual termine sem que o juiz chegue a formular a regra sobre a situação da vida trazida para exame e julgamento. Mas a afirmação de um direito, de uma relação jurídica substancial, constitui elemento imprescindível ao processo. A jurisdição atua sempre em junção de um direito afirmado. A ação não pressupõe direito existencial, mas seu exercício não prescinde da afirmação de um direito material. A defesa, além de conter eventuais alegações sobre defeitos do próprio instrumento (defesa de natureza processual) volta-se contra a existência desse direito (defesa de mérito).” (BEDAQUE, 2011, p.16-17).

²⁴ Cuida-se da junção das perspectivas dos processualistas clássicos formulada por Humberto Dalla Bernardina Pinho: “A função jurisdicional é concebida, segundo Chiovenda, como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade objetiva e concreta da lei, mediante a substituição de uma atividade privada por uma atividade pública; ou, consoante Carnelutti, como a função estatal de justa composição de lides, entendidas como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de uma parte e resistência de outra. A função jurisdicional pode ser definida, ainda, de acordo com uma postura que procura relacionar os conceitos supracitados.” (PINHO, 2013, p.46).

²⁵ “Nem teria qualquer significado prático toda preocupação do processo, seus institutos, sua ciência, seu método, se não houve aquilo que lhes dá razão de ser e exige sua presença na sociedade, ou seja, os conflitos entre as pessoas ou grupos.” (DINAMARCO, 2013, p. 120).

dução de danos aos direitos alheios.²⁶E, para evitar ou sanar estas lesões jurídicas, faz-se necessário pacificar os litígios, promovendo o escopo social da jurisdição.²⁷

Com efeito, o descumprimento do dever prescrito pelas normas jurídicas produz instabilidade social, exigindo a disponibilização de mecanismos capazes de resolver a controvérsia e garantir a observância da norma de direito substancial.

Por isso, o direito fundamental à tutela jurisdicional é direito humano considerado imprescindível no Estado Democrático de Direito.²⁸

Neste sentido, as transgressões jurídicas demandam a existência de mecanismos eficientes para a solução dos conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Diante deste quadro, o escopo de pacificação social da jurisdição está relacionado ao princípio da economia processual, o qual postula que a função jurisdicional deve ser orientada pela eficiência do sistema oficial de justiça e pela efetividade prática de seus provimentos.

Assim, a economia processual deve ser analisada como princípio que norteia toda a prestação de tutela jurisdicional, eis que ela assenta que “a atividade jurisdicional deve ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços.” (BUENO, 2013, p. 156).

Nesta linha, “[...] a principal característica da atual fase metodológica do processo civil moderno” é caracterizada pela intenção de buscar a projeção de resultados positivos “[...] tanto no que diz respeito ao aprimoramento do conteúdo das decisões judiciais, quanto no que diz respeito à necessidade de abreviar o tempo que os processos levam para produzir resultados.²⁹

Como o propalado escopo social da jurisdição presume que as violações presentes e futuras aos direitos serão tuteladas em perspectiva temporal adequada, a intempestividade indica a presença de disfuncionalidade no âmbito do Poder Judiciário. E se a lentidão costuma ser apontada como indício de ineficiência, a morosidade assume a posição de principal elemento constitutivo de sua crise.³⁰

Deveras, a justiça que tarda falha por prestar a tutela jurisdicional extemporaneamente,³¹razão pela qual a demora excessiva na tramitação dos processos abriu espaço para que houvesse clamor social pugnando por sua celeridade.

²⁶ O dever-ser das normas jurídicas materiais nem sempre vem, de fato, a ser. E, diante da situação concreta em que o dever-ser “não é”, eclode a situação de conflito (BUENO, 2013, p. 42).

²⁷ “A pacificação é o escopo magno da jurisdição, e, por conseqüência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício)”. Trata-se de escopo diretamente relacionado “com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 24).

²⁸ A proclamação da titularidade de direitos subjetivos seria inócua e “destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12). Afinal, “[...] a proteção estatal dos direitos e liberdades constitucionalmente insculpidas necessariamente identifica-se com os instrumentos de sua tutela em Juízo.” (MOREIRA, 2009, p. 43).

²⁹ Esta fase “[...] chamada de ‘instrumentalista’, está na importância dada aos resultados que o processo produz na vida das pessoas e na sociedade em geral, a partir de uma ‘visão crítica’ de todo o sistema.” (BONÍCIO, 2009, p. 22).

³⁰ “Lamentavelmente, na medida em que os juízes se vêem asfixiados por tamanha demanda, é natural que os julgamentos retardem, e, com isto, que os processos levem anos a fio para ser concluídos. Mas, sem dúvida alguma, a conseqüência mais danosa dessa asfixia é a de impedir que os processos recebam exame acurado, uma reflexão e discussão merecidas, o que naturalmente demandaria algum tempo.” (COUTO; MEYER-PFLUG, 2013, p. 376).

³¹ Tal situação é emblemática e inadmissível, pois “[...] a resolução de litígios com segurança e qualidade não pode ser incompatível com a rapidez o tempo de entrega da prestação jurisdicional.” (TEIXEIRA, 2013, p. 36-38). Ademais,

Neste sentido, e atendendo a certo clamor por uma justiça mais célere, a Reforma do Judiciário, inaugurada pela Emenda Constitucional 45 acresceu-se ao art. 5.º o inciso LXXVIII, assegurando a todos, *expressa e nomeadamente*, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, “[...] *a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*”³²

De qualquer sorte, já se podia afirmar, antes mesmo do advento da EC 45, que a razoável duração do processo é inerente à própria garantia de acesso à justiça, na exata medida em que uma atividade jurisdicional *morosa e/ou ineficiente* acaba, no mais das vezes, por esvaziar o próprio significado e conteúdo do direito ao acesso à justiça.

A imprevisibilidade quanto ao encerramento do processo e à efetividade da tutela jurisdicional perpetuam a tensão social, impondo-se que o respeito ao direito humano fundamental à duração razoável do processo também englobe “a compreensão da sua duração de acordo com o uso racional do tempo pelas partes e pelo juiz.”³³ Neste sentido, Zarif (2006, p. 140) anotou que:

[...] uma das garantias intrínsecas ao devido processo legal é o de que os processos devem ser céleres, buscando uma rápida solução para o conflito de interesses levado ao Judiciário, sem que se deixe de lado o respeito a outros princípios também decorrentes do *due process*, como o da ampla defesa e do contraditório.

A seu turno, seguindo a mesma linha, Bedaque (2004, p. 791) ressaltou:

A garantia constitucional do devido processo legal abrange a efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de que todos têm direito não a um resultado qualquer, mas a um resultado útil no tocante à satisfatividade do direito lesado ou ameaçado. Mas também se inclui nesse contexto o direito à cognição adequada a assegurar o contraditório e a ampla defesa.

Entre os direitos fundamentais da pessoa encontra-se, sem dúvida, o direito à efetividade do processo, também denominado direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, expressões que pretendem representar o direito que todos têm à tutela jurisdicional do Estado. Essa proteção estatal deve ser apta a conferir tempestiva e adequada satisfação de um interesse juridicamente protegido, em favor de seu titular, nas situações em que isso não se verificou de forma natural e espontânea.

a morosidade no sistema judicial impede a marcha processual em limites regulares e fomenta a dificuldade em baixar o volume cada vez maior de processos em trâmite. A procura pela prestação jurisdicional não é proporcional aos seus índices concretos de oferta, pois o aumento na procura pelo Poder Judiciário que não foi acompanhado por semelhante aumento em sua capacidade de resposta, gerando a “crise do Judiciário.” (TARTUCE, 2008, p. 190).

³² Tal alteração, para nós, teve muito mais um *efeito didático* do que qualquer outro significado. Uma das signatárias destas linhas já assentou em outra oportunidade que “em termos práticos ou significativos, pouco resultado teve o acréscimo, no rol dos direitos e garantias individuais, o direito à razoável duração do processo.” (COUTO, 2012, p. 373).

³³ “O direito à tempestividade não só tem a ver com a tutela antecipatória ou com as técnicas processuais a dar maior celeridade ao processo [...] Para resumir, basta evidenciar que há direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e preventiva. A compreensão desses direitos depende da adequação da técnica processual aos direitos, ou melhor, da visualização da técnica processual a partir das necessidades do direito material. Se a efetividade (em sentido lato) requer adequação e essa deve trazer efetividade, o certo é que os dois conceitos podem ser decompostos para melhor explicar a imprescindibilidade de adequação das técnicas às diferentes situações de direito substancial [...] O direito à prestação jurisdicional efetiva é a decorrência da própria existência dos direitos, e assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização.” (MARINONI, 2010, p. 142-143).

A preocupação relevada no início deste ensaio significa, então, dizer que, como se verifica, a cláusula do acesso à justiça significa, muito mais do que se permitir a entrada no Judiciário, permitir a saída do jurisdicionado, com a tutela jurisdicional *adequadamente* prestada, em tempo *razoável* (COUTO; MEYER-PFLUG, 2013, p. 133-148).³⁴

E, seguindo essa linha de raciocínio, o correto dimensionamento do direito humano fundamental à tutela jurisdicional, deve significar o acesso à ordem jurídica justa, priorizando tanto a observância interna da sistemática de direitos e princípios inerentes ao processo quanto ao seu aspecto exterior, visando alcançar, no plano material, o objetivo perseguido no processo de prestação da tutela jurisdicional.

4 CONCLUSÃO

Este artigo científico tratou do direito humano fundamental à tutela jurisdicional, inicialmente dimensionando o alcance dos “direitos humanos fundamentais” e, após, examinando a formatação contemporânea do “acesso à justiça”, a qual foi promovida pela carga dinamogênica dos direitos humanos.

Desta forma, concluiu-se que o direito humano fundamental à tutela jurisdicional compreende os aspectos intrínsecos do processo enquanto instrumento de exercício da jurisdição, mas, em especial, os efeitos concretos relacionados à efetividade dos provimentos judiciais.

De fato, a proibição da autotutela exigiu que, por outro lado, fosse atribuída a possibilidade de exercício do direito de ação, a ser iniciado diante do prenúncio de uma crise jurídica ou de sua efetiva instalação.

Com efeito, o descumprimento do dever prescrito pelas normas jurídicas produz instabilidade social, exigindo a disponibilização de mecanismos capazes de resolver a controvérsia e garantir a observância da norma de direito substancial.

Daí a correta compreensão de que o direito fundamental à tutela jurisdicional é direito humano considerado imprescindível no Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, as transgressões jurídicas demandam a existência de mecanismos eficientes para a solução dos conflitos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Nesta linha, falar-se-á em processo de resultados. Como o propalado escopo social da jurisdição presume que as violações presentes e futuras aos direitos serão tuteladas em perspectiva temporal adequada, a intempestividade indica a presença de disfuncionalidade no âmbito do Poder Judiciário. E se a lentidão costuma ser apontada como indício de ineficiência, a morosidade assume a posição de principal elemento constitutivo de sua crise.³⁵

³⁴ *Razoável*, que não é sinônimo de *céerele*. Significa, antes, que é prestada em tempo adequado, em conformidade com as especificidades do direito material.

³⁵ “Lamentavelmente, na medida em que os juízes se veem asfixiados por tamanha demanda, é natural que os julgamentos retardem, e, com isto, que os processos levem anos a fio para ser concluídos. Mas, sem dúvida alguma, a consequência mais danosa dessa asfixia é a de impedir que os processos recebam exame acurado, uma reflexão e discussão merecidas, o que naturalmente demandaria algum tempo.” (COUTO; MEYER-PFLUG, 2013, p. 376).

Neste ambiente, a preconizada duração razoável do processo se coloca como importante vetor, a ser considerado na condução dos processos, pois a imprevisibilidade quanto ao encerramento destes e à efetividade da tutela jurisdicional perpetuam a tensão social.

Em síntese, a preocupação relevada no início deste ensaio significa, então, como se verificou ao longo deste trabalho, que a cláusula do acesso à justiça significa, muito mais do que se permitir a entrada no Judiciário, permitir a saída do jurisdicionado, com a tutela jurisdicional *adequadamente* prestada, em tempo *razoável*.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

BARRUCHO, Luís Guilherme. Sensação de mal-estar social contribui para protestos. *BBC Brasil*, 2013. Disponível em: <www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130617_analise_motivacoes_protestos_lgb.shtml?s>. Acesso em: 29 jun.2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil Interpretado. In: MARCATO, Antonio Carlos (Org.). *Comentários ao art. 273*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 791.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência di direito material sobre o direito processual*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Lições de teoria constitucional e de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Introdução ao processo civil moderno*. São Paulo: Lex, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.1.

CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão*. São Paulo: Altas, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COUTO, Mônica Bonetti. A duração razoável do processo como direito fundamental no Brasil: mecanismos e alternativas à sua implementação. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; NERY DA SILVA, Rogério Luiz; SMORTO, Guido. *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012, p. 373.

- COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A educação jurídica e os meios não contenciosos de solução de conflitos. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (Org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 369-382.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LINO, Estefânia Naiara da Silva. *A tutela jurisdicional como garantia do direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*. São Paulo: RT, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOREIRA, Helena Delgado Ramos. *Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência*. Curitiba: Juruá, 2009.
- NALINI, José Renato. Há esperança de justiça eficiente? In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord). *Justiça e o paradigma da eficiência*. São Paulo: RT, 2011 p. 126-147.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: USP, 2011.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Adriana S. *Acesso à justiça e arbitragem: caminho para a crise do judiciário*. Barueri: Manole, 2005.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, María Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

TEIXEIRA, Laís Santana da Rocha Salvetti. *A duração razoável do processo na perspectiva inovadora dos direitos humanos*. In: SIMPÓSIO DE DIREITO E INOVAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UFJF, 2., 2013, Juiz de Fora. *Anais eletrônicos...* Faculdade de Direito, 2013. Disponível em: <www.ufjf.br/direito/files/2012/10/Anais-II-Simp%C3%B3sio-Direito-e-Inova%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 25 maio 2013.

ZARIF, Claudio Cintra. Da Necessidade de Repensar o Processo para que ele seja realmente efetivo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140.

DOS POSSÍVEIS ENSINAMENTOS DO PROCESSO COLETIVO, EM PROL DA SEGURANÇA JURÍDICA E CORREÇÃO DAS DECISÕES

Adalberto Pasqualotto*
Alessandra Mizuta**

Resumo

O presente estudo tem por escopo a análise da evolução do Direito Processual Brasileiro e suas tentativas de enfrentar o excesso de demanda do Poder Judiciário por meio de instrumentos que possibilitam decisões de demandas individuais de forma massificada, com a finalidade de garantia da duração razoável do processo. Como contraponto, será utilizada a sistemática do Direito Processual Coletivo, que se encontra aparelhado para lidar com as demandas de forma coletiva, dando-se especial enfoque à tutela da defesa do consumidor. Palavras-chave: Acesso à Justiça. Direito Processual Civil. Processo Coletivo. Duração Razoável do Processo. Massificação.

The possible teaching of the collective process, for the legal security and correction of decisions

Abstract

The scope of this study is to examine the evolution of the Brazilian procedural law and its attempts to tackle the overloading of the judiciary through instruments that enable decisions to individual demands in a mass, under the pretext of ensuring the reasonable duration of the process. As a counterpoint, will be used to systematically Procedural Law Collective, which is prepared adequately to deal with the demands of a collective, giving special emphasis to the protection of the consumer.

Keywords: Justice access. Civil Procedural Law. Collective Process. Reasonable duration of the process. Massification.

1 INTRODUÇÃO

A quantidade excessiva de demanda nos Tribunais já não é mais um assunto novo. Este tema foi objeto de inúmeros debates e estudos, sendo apontadas várias causas para o atual estágio em que se encontra.

Como tentativa de lidar com esta realidade, e considerando as atuais relações sociais massificadas, algumas ferramentas foram propostas.

* Doutor em Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professor Titular na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Avenida Ipiranga, 6681, Bairro Partenon, 90619-900, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.

** Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário de Curitiba; Doutoranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; (2008); Professora da Universidade Luterana do Brasil de Torres; alessandra.mizuta@gmail.com

O presente estudo tem por intenção analisar os instrumentos existentes para o julgamento das demandas com objetos em comum.

Para tanto, serão abordadas a tutela coletiva, sob o enfoque do Código de Defesa do Consumidor e os instrumentos introduzidos no Código de Processo Civil, que possibilitam o julgamento de demandas individuais de forma coletiva.

Conforme se verificará, embora se tratem de ferramentas distintas, ambas visam promover a economia, a celeridade processual e a segurança jurídica.

Entretanto, resta saber se estes são métodos adequados para lidar com a massificação das relações jurídicas, sem que isto represente um comprometimento na qualidade da prestação jurisdicional.

Diante disso, o presente estudo propõe-se a enfrentar as similitudes e desigualdades entre a tutela coletiva e as súmulas vinculantes, decisões e recursos repetitivos, para ao final posicionar-se quanto à adequação de um ou outro meio de solução de questões que se multiplicam, pela necessidade de ajustes ou adoção de nova técnica.

2 DO DIREITO DE AÇÃO

Fazendo uma digressão história a respeito do Direito Processual e da Teoria do Direito, Didier Júnior (2010) aponta como características mais importantes da atualidade do pensamento jurídico: a força atribuída à Constituição Federal, cuja aplicabilidade à realidade social, em muitos casos, não depende de intermediação legislativa; a eficácia normativa atribuída aos princípios; o reconhecimento da importância do papel da hermenêutica jurídica; a ampliação dos direitos fundamentais e a sua consagração.

O somatório de todos estes fatores, embora para os que hoje vivenciem o Direito possa parecer bastante elementar, em verdade representa uma evolução, que a doutrina denomina de neoconstitucionalismo, pós-positivismo ou, segundo sugestões do autor citado, “*positivismo jurídico reconstruído*” ou *neopositivismo*”.

Estabelecida esta nova etapa do direito, Didier Júnior (2010) faz menção ao neoprocessualismo como uma construção teórica nascida a partir do neoconstitucionalismo, que representaria um avanço das fases históricas do direito processual, partindo de novas premissas teóricas.

Dentro deste novo contexto, ocorre a consagração dos direitos fundamentais em que se tem o direito processual estudado e aplicado de acordo com este novo cenário. Desta forma, o processo não é apenas um instrumento para a concretização do direito material, mas tem sua instrumentalização guiada pelos preceitos constitucionais, em que os princípios ganham especial relevância.

Diante desta nova dinâmica, o Poder Judiciário é visto como a resposta às inseguranças jurídicas, por vezes se sobrepondo aos demais poderes.¹

Independentemente das críticas que possam existir em torno da supervalorização do Poder Judiciário, o fato é que cabe a ele aplicar a norma e utilizar-se dos meios exis-

¹ Esta visão de que atualmente o Poder Judiciário é tido como a promessa de solução de todos os problemas sociais é tida por parte da doutrina como um problema da atualidade, pois gera o desequilíbrio entre os demais poderes, que possuem igual relevância para promover o bom convívio em sociedade.

tentes para solucionar os conflitos sociais e, conforme exposto, tais soluções não podem deixar de considerar um contexto global. Devem ser observados os princípios e em especial os Direitos Fundamentais, sob pena de invalidação da decisão proferida.

Em razão da repercussão que os Direitos Fundamentais possuem sobre a sociedade, Marinoni (2004) ressalta a especial proteção conferida pela Constituição Federal:

A Constituição confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais, seja deixando claro que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, §1º, CF), seja permitindo a conclusão de que os direitos fundamentais estão protegidos não apenas diante do legislador ordinário, mas também contra o poder constituinte reformador - por integrarem o rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, CF).

Neste aspecto, cabe lembrar que o direito de ação por muito tempo foi estudado unicamente sob a ótica processual por se tratar de um instituto típico da Teoria Geral do Processo. Naquela fase, sua leitura limitava-se à faculdade de instaurar o processo por meio do pedido do autor, sendo esse o ato formal para exercitar a ação.

Entretanto, alçado à condição de direito fundamental, o direito de ação passou a ser visto sob novas dimensões, sendo estudado pelos processualistas sob um ângulo constitucional, ultrapassando o estudo de um direito de ação para aprofundar-se em um direito fundamental à ação.

O princípio da proteção jurisdicional foi incluído na Constituição Federal somente em 1946, não tendo qualquer menção expressa semelhante nas Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937.

A Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 4º, reproduzido pela CF/67, em seu artigo 150, § 4º e na Emenda Constitucional n. 1 de 1969, em seu artigo 153, § 4º, previam que “[...] a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

De lá para cá, embora mantido o mesmo entendimento, foram realizados ajustes na previsão legal, a fim de incluir entre as possíveis tutelas do Estado a ameaça a direito, além de intencionalmente suprimir o termo “direito individual”, a fim de não restringir a proteção no que diz respeito aos direitos difusos e coletivos, consolidando-se o art. 5º, XXXV, da CF/88 da seguinte forma: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Os corolários do direito de ação foram significativamente ampliados, passando a incluir o direito de resposta ao pedido levado a juízo, direito a um processo justo, pré-ordenado tecnicamente, com participação adequada no processo, com ampla possibilidade de alegações e produção de provas, e direito a uma tutela efetiva e tempestiva, ultrapassando a sentença, prevendo meios executórios diversos.

Outra faceta de especial relevância para o presente trabalho, apontada por Marinoni (2009):

[...] se encontra presente na proibição da definição legislativa de matérias não jurisdicionáveis. E que a garantia de tutela jurisdicional não seria tão ampla,

ou mesmo teria efetividade, caso o legislador pudesse definir matérias que não podem ser questionadas perante o Poder Judiciário.

Com a ampliação do direito de ação, além da preocupação do acesso à justiça de forma democratizada, passou a haver a preocupação com a razoável duração do processo como uma das facetas do direito de acesso à justiça.

3 DO SOBRECARGAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO E O COMBATE À MOROSIDADE JUDICIAL

Sem dúvida, a ampliação da previsão constitucional do direito de ação vem ao encontro das necessidades decorrentes das transformações sociais.

Com a massificação e o acesso amplo e irrestrito ao poder judiciário, acabou por se causar uma verdadeira corrida aos tribunais para a solução de situações de escassa significação, sob o ponto de vista jurídico.

Conforme antes mencionado, a supervalorização pela qual passa o judiciário faz com que nele sejam depositadas todas as expectativas de resolver problemas, não importa o tamanho ou a complexidade que apresentem.

Deixando de se procurar outras formas de solução de conflito, sob uma visão leiga, parece ser muito mais simples entregar os problemas para que o Estado resolva, ao invés de lidar com eles de forma transacional ou administrativa.

O desgaste emocional de uma tentativa de acordo extrajudicial dá lugar à comodidade de não haver a necessidade de investir em aproximações frustradas, dando lugar à mão forte do judiciário, que tudo pode.

Esta situação é facilmente vislumbrada pelas demandas submetidas aos Juizados Especiais. Embora louvável a intenção legislativa, pela facilitação do acesso à justiça, garantindo a propositura de demandas mesmo sem a intermediação de advogado, um efeito colateral dessa medida foi o significativo aumento da demanda por soluções que poderiam ser obtidas sem a intervenção do judiciário.

Agravando ainda mais o incremento do número de ações, a falta de atendentes que assistam tecnicamente as formulações das partes faz com que, em não raras vezes, se observe o incentivo à realização de pedidos que não possuem qualquer viabilidade jurídica, motivados tão-somente pela possibilidade incontrolada de acesso à justiça.

Outro fator de asoberbamento do judiciário é a volumosa demanda por reparações de dano moral. Trata-se de questão sensível, que não comporta julgamento preconceituoso, mas há respeitável corrente jurisprudencial que classifica como pequenos dissabores, que não constituem danos reparáveis, alguns incidentes infortunosos a que qualquer pessoa está sujeita na sua vida.² Todavia, é frequente o ajuizamento de ações

² Uma vasta jurisprudência pode ser observada neste sentido nos diferentes Tribunais. Ilustrativamente, citam-se como exemplos os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AREsp 432443 / SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 06/03/2014; REsp 1399931 / MG, Relator Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 06/03/2014; AgRg no AREsp 432443 / SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 06/03/2014 e AgRg no AREsp 77069 / SP, Relator Ministro Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe 14/02/2014.

reparatórias dessa natureza, em muitos casos estimuladas pelo fato de que um eventual benefício de justiça gratuita afasta o risco da sucumbência em caso de improcedência.

Faria (2012) aponta como causas para a intensa busca pelo Poder Judiciário a abertura advinda com a Constituição Federal de 1988, que elasteceu o catálogo de direitos da cidadania, bem como meios para pleiteá-los, além do próprio crescimento da população brasileira nos últimos vinte anos e do uso da informática no processo.

Embora este acesso ao judiciário traga inegáveis benefícios à sociedade, em outro sentido, gerou “percalços gigantescos na própria prestação jurisdicional” (FARIA, 2012, p. 263-299), ocasionando a demora excessiva para a solução das lides, fazendo com que se busque a efetividade do processo, tornando-se o *tempo* um elemento crucial.

Estes, entre outros tantos motivos, fizeram com que se tornasse imprescindível uma maior ênfase nos mecanismos que promovessem o “desinchaço” dos tribunais.

Diante de todo o incentivo e promoção ao amplo acesso à justiça, fez-se necessário o trabalho num sentido inverso, excluindo-se de sua apreciação tudo aquilo que deveria ser absorvido por solução a ser oferecida pela própria sociedade, ou bem como para reduzir e otimizar a entrega da prestação jurisdicional.

Para estimular a celeridade processual, a Emenda Constitucional 45/2004 inseriu no rol das garantias e direitos fundamentais a solução em um prazo razoável (artigo 5º, LXXVIII CF/88).

O inciso LXXVIII do art. 5º, quando se refere ao direito à duração razoável do processo, expressa que este direito requer os meios que garantam a celeridade da sua tramitação. Desta forma, explicita-se que o direito à duração razoável exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz. (MARINONI, 2008, p. 43).

Diante disto, passa-se a tratar das soluções propostas para lidar com a sobrecarga do poder judiciário e o dever dos poderes em encontrar soluções para uma rápida entrega da prestação jurisdicional sob dois enfoques: o primeiro pela tutela coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor e, o segundo, pelos instrumentos processuais introduzidos no Código de Processo Civil de 1973 e pela proposta do novo Código de Processo Civil.

4 ESTRUTURA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

O Código de Processo Civil de 1973 foi preparado para lidar com demandas individuais. Prova disto é a clássica concepção de tutela jurisdicional, classificando-as em tutela de conhecimento, de execução e cautelar.

Este modelo visa atender a prestações de tutela em casos de lesão de direito subjetivo individual, mediante provocação do próprio lesado.

Esse intuito torna-se evidente se observado o disposto no art. 6º, do CPC, que dispõe: “[...] ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Não havia previsão de qualquer tipo de instrumento para a tutela coletiva de direitos, com a exceção da figura do litisconsórcio, hipótese em que “o juiz poderá limitar

o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa.” (art. 46, parágrafo único, CPC).

Assim, não está o código processual em vigor preparado para lidar com a tutela coletiva de direitos, salvo nos casos de litisconsórcio, ainda assim condicionado a um número limitado de participantes, para não comprometer o direito de defesa do réu e a rápida solução do litígio. Também não conta com instrumentos específicos para tutelar direitos e interesses transindividuais de titularidade indeterminada (interesses difusos e coletivos).

Outra questão levantada por Zavascki (2008) é o fato de que o Código de Processo Civil encontra-se preparado para a aplicação do direito ao conflito de interesses concretizado e posto perante o poder judiciário, ou seja, fazer incidir a norma abstrata sobre o caso concreto, mas não para “[...] dar solução a conflitos verificáveis no plano abstrato (independentemente da consideração de específicos fenômenos de incidência).” (ZAVASCKI, 2008, p. 14).

Diante desse cenário, duas grandes ondas de relevantes inovações legislativas merecem destaque, já que moldaram o surgimento de um novo direito processual: a primeira diz respeito às leis que dispuseram sobre novas necessidades sociais e sobre tutelas coletivas de direitos; a segunda se refere às modificações do CPC de 1973.

A primeira onda iniciou em 1981, com a Lei n. 6.938, que criou a Política Nacional do Meio Ambiente, zelando por um direito tipicamente difuso e social. Estabeleceu, assim, na coletividade a titularidade de um direito material, mas deixou de dispor sobre a legitimação para agir em juízo. Em 1985, a Lei n. 7.347 veio suprir a lacuna, criando a Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público, por órgãos da administração pública direta ou indireta e por entidades da sociedade civil, em defesa do meio ambiente e de outros interesses sociais de natureza difusa ou coletiva.³

Em especial, a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) acabou por influir no Código de Processo Civil, ao regulamentar a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, utilizando-se de princípios e regras que rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro.

Mas, foi a Constituição de 1988 que universalizou a proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, rompendo qualquer limitação em relação ao objeto do processo.

Nesse período, surgem outras leis de tutela de direitos transindividuais, como a Lei n. 7.853/89 (apoio a pessoas com deficiências), Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei n. 8.884/94 (lei antitruste) e Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Também é deste período, e que será tratada com maior destaque, a Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Com toda essa transformação legislativa, somada aos estudos doutrinários sobre processos coletivos, o Brasil demonstrou que estava consciente da necessidade de ela-

³ Registre-se que desde 1965 o direito processual brasileiro dispunha de proteção a direitos transindividuais, mediante a tutela da Lei n. 4.717, que criou a Ação Popular para possibilitar a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, por iniciativa de qualquer cidadão. Não obstante, o CPC de 1973 ignorou o avanço que a legislação extravagante já promovera.

boração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos para tutelar os direitos e interesses transindividuais, ampliando o próprio método pelo qual se presta a tutela, para possibilitar não apenas a tutela do indivíduo lesado, mas para incluir a solução de conflitos existentes num plano abstrato.

A segunda grande onda de transformações foi aquela que envolveu as alterações pelas quais passou o próprio Código de Processo Civil e que teve início em 1994.

Visando garantir maior efetividade ao processo, foram promovidas modificações pela Lei n. 8.950/94 (alterou dispositivos que tratam dos recursos), Lei n. 8.951/94 (trata dos procedimentos das ações de consignação em pagamento e usucapião), Lei n. 8.952/94 (alterou dispositivos do processo de conhecimento e cautelar), Lei n. 8.953/94 (alterou o processo de execução), Lei n. 9.139/95 (alterou disposições sobre o agravo retido), Lei n. 9.079/95 (criou a ação monitória), Lei n. 10.352/2001 (dispôs sobre recursos e reexame necessário), e Lei n. 10.444/02 (dispôs sobre o processo de conhecimento e de execução).

5 PROCESSO COLETIVO PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Embora o processo coletivo ainda mereça atenção por parte do direito brasileiro, sem dúvida houve significativo avanço no tratamento das demandas coletivas.

Ao tratar do tema, Gidi (1995, p. 16) apresenta a seguinte definição: “[...] ação coletiva é a ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada)

Podem-se apontar como tipos de ação que protegem direitos coletivos no Brasil: ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa e mandado de segurança coletivo.

Para o presente estudo, a análise do processo coletivo será realizada a partir da tutela dos direitos dos consumidores, conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor, já que o direito pátrio ainda não possui um sistema consolidado de tutela coletiva de direitos, encontrando-se calcado nos microsistemas.

O Código de Defesa do Consumidor está inserido na segunda onda de transformações do processo civil e trouxe expressiva contribuição para a disciplina específica da tutela coletiva nas relações de consumo. Aliás, uma importante contribuição realizada pelo CDC foi a criação de nova categoria de direitos, conceituando, além dos já conhecidos direitos difusos e coletivos, os direitos individuais homogêneos.⁴

Pelo CDC, a defesa dos interesses e direitos do consumidor pode ocorrer tanto pelo exercício de ação individual como a título coletivo.

⁴ O Parágrafo único do artigo 81 do CDC, apresenta as seguintes definições: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Especificamente a defesa dos interesses individuais homogêneos, que ocorrerá por meio da ação coletiva disposta no Capítulo II do Título III da Lei n. 8.078/90, representou uma importante ferramenta processual para defesa do consumidor.

Comparativamente, esta seria uma versão brasileira da conhecida *class action* americana, diferindo desta no que diz respeito à representatividade e à legitimação para agir.

O objetivo desse tipo de ação é a defesa em juízo dos direitos individuais homogêneos, assim entendidos os vinculados a uma pessoa de natureza divisível e de titularidade plúrima, decorrentes de origem comum. Tipificam, portanto, tais direitos a sua homogeneidade, ou seja, o fato de serem iguais ou idênticos para todos os interessados e decorrerem de origem comum, a dizer, serem pleiteados em face do mesmo réu que foi parte em todas as relações jurídicas subjacentes. (ALMEIDA, 1993, p. 149).

Portanto, substituem-se inúmeras ações que poderiam ser individualmente propostas contra um mesmo requerido, por uma única ação coletiva em benefício de todas as vítimas do mesmo evento.

Ao tratar da *class action*, Gidi (2007, p. 25) aponta como objetivos da tutela coletiva “[...] promover a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material” em primeiro plano, e, em segundo plano, “[...] a eliminação do risco de decisões contraditórias, que prejudiquem terceiros ou que condenem a parte contrária a realizar obrigações conflitantes”, o que se aplica perfeitamente à proposta da tutela coletiva pelo CDC.

A ação será proposta por meio de substituição processual (art. 6º. CPC), sendo os legitimados para, em nome próprio, pleitear direitos e interesses das vítimas ou seus sucessores:

Art. 82. Para os fins do Art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, Direta ou Indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. (Lei n. 8.078/90).

Após a propositura da ação haverá a publicação de edital no órgão oficial,⁵ a fim de cientificar os interessados acerca da demanda coletiva, possibilitando a intervenção no processo na figura de litisconsortes (art. 94, CDC).

A cognição ficará dividida em duas fases, sendo a primeira delas a construção do objeto da ação coletiva. Nesta fase, a cognição estará limitada às “[...] questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu nú-

⁵ A divulgação a respeito da ação no Diário oficial não exclui a possibilidade da divulgação em outros meios de comunicação por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

cleo de homogeneidade.” (ZAVASKI, 2008). A segunda fase, na hipótese de procedência da ação, será a propositura de ações posteriores para tratar da situação individual de cada consumidor.

Aliás, a bipartição da atividade cognitiva é característica essencial da ação coletiva. Isto porque, na primeira fase será proferida sentença necessariamente genérica, que versará sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos trazidos na inicial, ou seja, a existência da obrigação do devedor, a identidade do sujeito passivo e a natureza da prestação devida.

A segunda fase da atividade cognitiva envolverá o cumprimento da sentença genérica, apurando quem é o titular do direito e a prestação devida.

Merece especial ênfase a coisa julgada na ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, já que difere da regra imposta pelo Código de Processo Civil, pois, enquanto neste caso existe a limitação dos efeitos às partes do processo, naquele produzirá efeitos *erga omnes* em caso de procedência da ação.

Importante salientar que, na hipótese de pré-existência de ação individual, o autor somente será favorecido pelo efeito *erga omnes* da sentença se tiver requerido a suspensão da sua ação em trinta dias, contados da ciência do ajuizamento da ação individual homogênea. Caso não tenha ocorrido a suspensão, o autor da ação coletiva estará excluído dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada. Assim, a ação individual terá curso e o seu autor não poderá liquidar e executar a sentença genérica.

Por outro lado, em caso de sentença de improcedência, os efeitos estarão limitados às partes litigantes (autor, réu e litisconsortes). Neste caso, poderão ser propostas ações individualmente por aqueles que não participaram do processo.

Ou seja, os não intervenientes sofrerão apenas os efeitos positivos de uma sentença favorável, ainda que não participem como parte na ação originária, e nenhum efeito lhes recairá em caso de improcedência da ação coletiva.

Portanto, todas as regras para a tutela coletiva estão previamente estabelecidas, sendo os portadores do direito individual homogêneo sabedores das consequências de sua adesão ou não à ação coletiva em andamento.

A par de haver criado a ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, o CDC incorporou a ação civil pública, estabelecendo um sistema de proteção coletiva com a Lei n. 7.347/85. Como a ação coletiva tem por objeto promover a responsabilidade do fornecedor “pelos danos individualmente sofridos” pelos consumidores (conforme expressa o art. 91), fica evidente o seu escopo reparador (*ex post damnum*). Com isso, ficaria para a ação civil pública a tutela preventiva (*ex ante damnum*). Essa divisão de funções atende à classificação dos interesses materiais constantes dos três incisos do art. 81, parágrafo único, e também as funções de prevenção e de reparação de danos do sistema de responsabilidade do CDC.

Com efeito, o art. 81, parágrafo único, dispõe sobre interesses difusos (inc. I) e coletivos em sentido estrito (inc. II). Ambos são indivisíveis, o que significa que são interesses tipicamente comunitários, que não se subjetivam em indivíduos. O *recall* de um automóvel com peça defeituosa é um bom exemplo. A indústria costuma chamar os clientes para a substituição da peça. A prevenção, nesse caso, é feita extrajudicialmente. Pode

imaginar-se uma ação promovida por um dos legitimados do art. 82 com o mesmo objetivo, se o fabricante se omitisse. A tutela seria preventiva, protegendo interesses do grupo de proprietários do automóvel defeituoso. A base material seria o inciso II do art. 81, parágrafo único. Simultaneamente, estariam sendo atendidos os pressupostos de proteção à segurança dos consumidores, conforme os artigos 8º a 10, de CDC, que têm a finalidade de evitar que o dano ocorra.

Todavia, a prevenção pode falhar. Vindo a ocorrer o dano, o direito à reparação subjetiva-se em cada consumidor lesado. O interesse de evitar o dano, que era difuso ou coletivo em sentido estrito, transforma-se em direito individual à reparação, o que leva o direito de ação para o inc. III do art. 81, parágrafo único.

Na prática, apresentam-se situações de cumulação de pedidos. Recentemente, o Ministério Público do Rio Grande do Sul flagrou a venda de leite adulterado. É um caso em que as tutelas preventiva e reparadora podem ser requeridas simultaneamente. A preventiva, para retirar o produto do mercado, evitando que se façam vítimas. A reparadora, para indenizar os consumidores que já foram sofrerem os efeitos do produto contaminado.

Este exemplo presta-se ainda a outra elucidação. Como a adulteração não era de molde a causar, pelo menos de imediato, prejuízos severos à saúde, o interesse individual dos consumidores na indenização é naturalmente reduzido, haja vista a pouca monta do prejuízo financeiro. Contudo, os adulteradores tiveram lucros consideráveis, substituindo leite natural por produtos estranhos em cada unidade de litro vendida. A ação coletiva, se exitosa, resultará em condenação genérica, mas provavelmente não haverá liquidação e execução individuais. Ensejar-se-á, então, a execução coletiva, carreando o lucro estimado dos fraudadores para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, na forma do art. 100, parágrafo único, do CDC.

Nos casos de cumulação de pedidos, deveria ser proposta a ação civil pública, que também tem finalidade reparadora, conforme deixa claro o art. 1º, da Lei n. 7.347/85.⁶ Contudo, a prática tem levado à fungibilidade da ação civil pública e da ação coletiva, mesmo nos casos em que a tutela requerida é única.

Questão problemática é o âmbito territorial dos efeitos da sentença. Na sua redação original, o art. 16 da Lei n. 7.347 limitava-se a determinar efeitos *erga omnes*,⁷ mas uma emenda da Lei n. 9.494/97 restringiu-o aos limites da competência territorial do órgão prolator.⁸ Sabe-se que a modificação legislativa teve motivação política. Em 1997, o governo federal teve que enfrentar resistência à sua política de privatização de empresas estatais, o que levou opositores a ajuizar ações em diferentes cidades do país, suspendendo os leilões de privatização. Como as decisões judiciais tinha efeito em todo o país, sobre

⁶ “Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade pelo danos morais e patrimoniais causados: [...]” A tutela preventiva é expressada no art. 4º da mesma lei: “Art. 4º. Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano, ao meio ambiente, ao consumidor [...]”

⁷ “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

⁸ Redação atual: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

veio medida provisória com a restrição territorial, logo transformada em lei. Trata-se, porém, de medida nefasta aos interesses coletivos em sentido amplo (difusos e coletivos em sentido estrito) dos consumidores ou de qualquer outra coletividade, porque enseja a possibilidade de decisões contraditórias, as quais serão corrigidas nas instâncias superiores por medidas outras, tais como a dos recursos repetitivos. Ou seja: o desvirtuamento de uma medida salutar, como a criação das ações coletivas, acarreta a necessidade de outra.

A limitação territorial dos efeitos da sentença coletiva é especialmente equivocada porque se trata de uma medida processual que intervém no direito material. Independentemente de se tratar de direito difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo, o que a ação civil pública ou a ação coletiva busca em juízo é a prevenção ou a reparação de um interesse ou direito substancial, divisível ou não, uniforme em relação a todos os seus titulares, indeterminados ou não.

Parte da doutrina manifestou-se contra a inovação da Lei n. 9.494, destacando-se Grinover (2001, p. 848-851), que apoia-se em dois argumentos: a) se a competência para conhecer do processo nas ações coletivas (e, diga-se, igualmente na ação civil pública) é do foro do local do dano (art. 93, I, do CDC, e art. 2º, da Lei n. 7.347), os limites territoriais da coisa julgada serão os da cognição judicial. Ou seja: nos danos de âmbito nacional (art. 93, II, do CDC), a sentença produzirá efeitos em todo o país: 2) a modificação limitou-se à Lei n. 7.347, não atingindo a ação coletiva do Código de Defesa do Consumidor.

Como se percebe, não são coincidentes as hipóteses de trabalho das ações coletivas (em sentido amplo) e das medidas destinadas a enfrentar as questões massificadas, introduzidas por modificações legislativas ao Código de Processo Civil, que serão analisadas a seguir.

6 AÇÕES INDIVIDUAIS MASSIFICADAS

Amaral (2011, p. 237-274) enfatiza que “[...] não há dúvida de que, nas últimas décadas, mudaram os litígios tanto em quantidade quanto em qualidade, em grande parte por conta da ampla massificação da economia.”

O autor atribui boa parte do processo de massificação à própria atuação do Estado, mencionando como causas diretas a demora em saldar os precatórios, a má-prestação dos serviços públicos e a instituição de tributos inconstitucionais. Todas estas deformações contribuiriam significativamente para a procura do Poder Judiciário, e por consequência, o seu inchamento.

E continua:

Indiretamente, seus planos econômicos malfadados geraram reflexos até hoje sentidos, a exemplo das milhares de demandas relacionadas aos expurgos inflacionários.

Alguns outros fatores combinados acabam contribuindo de forma importante para a massificação de litígios. Referimo-nos ao aumento descontrolado do número de Faculdades de Direito em todo o país, associado ao assistencialismo da Justiça Gratuita e à quase inimizabilidade dos litigantes contumazes e de má-fé [...] (AMARAL, 2011, p. 249).

Essa nova realidade, somada à facilitação de acesso à justiça que teve como um de seus efeitos colaterais a busca desenfreada pelo Poder Judiciário para solucionar todos os tipos de demandas (desde as mais insignificantes, até as mais complexas), fez com que houvesse um sobrecarregamento dos tribunais.

Visando assegurar a segurança jurídica, a economia processual e garantir duração razoável ao processo, na segunda onda de transformações do processo civil foram inseridos novos dispositivos no CPC. Entre eles, foram incluídos instrumentos que possibilitam as decisões massificadas de demandas individualmente propostas.

A grande preocupação quanto ao julgamento de demandas individuais de forma conjunta é o fato de que, por vezes, os instrumentos propostos poderiam gerar decisões imprecisas ou injustas.

Neste sentido, Faria (2012) enfatiza a preocupação do constituinte reformador em dar efetividade ao acesso a uma ordem jurídica justa, o que implica, entre outras coisas, em entregar a prestação jurisdicional em tempo adequado. Neste sentido foi a reforma introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, quando se refere à duração razoável do processo.

Ainda que a Constituição disponha que cabe as cortes superiores (STF e STJ) zelar pela correta interpretação do direito positivo, assegurando a pacificação da orientação jurisprudencial e garantir a consonância da norma com a Carta Magna e a lei federal, ainda assim, tem havido algumas distorções.

Apesar disso, pelos motivos já expostos e, principalmente, pelo acúmulo de demandas a elas submetidas, têm-se verificado, infelizmente, (a) um sem número de decisões imprecisas, (b) os nefastos julgamentos “por pilhas”, e (c) a tentativa desesperada - e orientação velada - da jurisprudência de brechar, a todo custo, os recursos excepcionais, evitando que os mesmos desemboquem nas Cortes Superiores, dentre outras consequências não menos nebulosas. (FARIA, 2012, p. 265).

É inegável a importância de que a justiça seja entregue em tempo hábil aos litigantes. Por vezes, a entrega tardia da prestação jurisdicional pode representar a própria instauração da injustiça para o caso concreto. Daí a importância da garantia da duração razoável do processo.

A ênfase dada para a busca pela celeridade e economia foi materializada por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que atribuiu força vinculante aos enunciados aprovados, pelo STF, na forma do art. 103-A da CF/1988. (HIGASHIYANA, 2011, p. 72).

Segundo Carreira (2011, p. 215), “[...] o escopo do Poder Constituinte Reformador, ao aprovar a súmula vinculante” era “desafogar os órgãos do Poder Judiciário e, por conseguinte, combater a morosidade, que não deixa de ser uma das mais perversas injustiças [...]”, além de dar efetividade à segurança jurídica, por meio da estabilidade da jurisprudência em decorrência da previsibilidade do posicionamento do judiciário acerca de determinada matéria.

Parte da doutrina entende que a força vinculante das súmulas garantiria a segurança jurídica e promoveria a uniformidade jurisprudencial, mediante uma decisão única para casos similares. Por outro lado, a crítica assevera que a constituição de normas pelo

Poder Judiciário pode representar o uso indevido de atribuição que cabe em verdade ao Poder Legislativo.

É possível encontrar diferentes correntes na doutrina acerca das súmulas vinculantes, “[...] com destaque aos seguintes entendimentos: (a) natureza jurisdicional; (b) natureza legislativa; (c) *tertium genus* - entre o abstrato do legislativo e o concreto dos atos jurisdicionais.” (CARREIRA, 2011, p. 219).

Depois da súmula vinculante, também perseguindo a razoável duração do processo, foi inserido o art. 285-A no CPC, que dividiu opiniões de doutrinadores quanto à sua constitucionalidade.

Em virtude de um movimento reformista após a Emenda Constitucional de n. 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004, visando dar efetividade ao princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), surgiu a Lei n. 11.277 de 07 de fevereiro de 2006, a qual acrescentou o art. 285-A ao Código de Processo Civil. Este artigo visa dar uma solução mais rápida às chamadas ações repetitivas ou d (sic) massa, obtendo assim maior racionalidade, eficiência e celeridade na prestação jurisdicional, em casos que possuem decisões desfavoráveis a tese levada repetitivamente para a solução perante o Poder Judiciário. (FERREIRA, 2010, p. 3).

A intenção do instituto é a de desestimular o ajuizamento de demandas sobre cujo objeto o poder judiciário já tenha pronunciado, possuindo um posicionamento pacificado sobre o tema. Neste caso, por se tratar de decisões reiteradas (pelo juízo de primeiro grau ou pelos tribunais) em casos repetidos, possibilita-se reproduzir a sentença prolatada em julgamento anterior, sem a necessidade de citação do réu (MARINONI, 2008, p. 98-99).

Também visando a análise de demandas de forma massificada, foi introduzida a norma que trata dos recursos repetitivos (art. 543-C CPC).

De acordo com a Lei n. 11.672/2008, que acrescentou o art. 543-C ao Código de Processo Civil, cabe ao Presidente do Tribunal de origem remeter ao STJ um ou mais recursos que versem sobre a mesma temática. Enquanto aguarda o julgamento definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, os demais recursos com tese idêntica permanecem suspensos.

Com o resultado apresentado pelo STJ, o Tribunal de origem terá duas possibilidades: a primeira delas, será de denegar o seguimento a todos os recursos que se encontram suspensos, caso a sua tese seja igual àquela firmada pelo STJ. A segunda, será a de reexame das suas próprias decisões nos recursos suspensos, se a tese do Tribunal de segundo grau neles aplicada for contrária à do STJ.

No segundo caso, poderá haver reforma, seguindo a orientação apontada pelo Tribunal Superior ou, caso mantida a decisão divergente, deverão ser reexaminados os pressupostos de admissibilidade dos recursos suspensos, para deliberação quanto o seu seguimento.

Conforme se observa, o procedimento previsto para os recursos repetitivos visam benefícios significativos, já que submete ao Superior Tribunal de Justiça recursos por amostragem que, ao terem seu mérito analisado, servem de subsídio para que os Tribunais Estaduais saibam, de antemão, de que forma o STJ se comportará quanto àquela matéria.

Com isto, haveria a possibilidade de o Tribunal de segundo grau rever seu posicionamento, para colocar-se em consonância com o STJ, evitando-se que o mérito seja novamente submetido à instância superior e posteriormente reformado.

Assim, o *tempo* do processo seria significativamente reduzido e, também reduzido o número de recursos submetidos à instância superior.

Aparentemente, os mecanismos de jurisprudência defensiva vieram para ficar, tanto é assim que o Projeto do novo Código de Processo Civil não apenas repete os instrumentos existentes, como inclui outros, como o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Neste ponto, é importante que se tenha clareza sobre as similitudes e diferenças entre a tutela coletiva e a jurisprudência defensiva.

Em ambos os casos, o escopo é a segurança jurídica, garantindo-se que um mesmo entendimento seja aplicado para o mesmo conflito, além da economia e da celeridade processual.

Entretanto, essas duas modalidades de tutela encontram-se em posições diametralmente opostas. Enquanto nos recursos repetitivos a uniformidade das decisões é resultado de uma escolha da jurisprudência, na tutela coletiva (neste caso analisada sob o enfoque do CDC) o tratamento unificado parte do próprio consumidor (ou de seu substituto processual). Além disso, os efeitos da coisa julgada se estenderão a todos (mesmo para aqueles que não aderiram à ação) somente em caso de procedência da demanda; os efeitos ficarão restritos somente às partes do processo em caso de improcedência. Perceba-se a diferença em face da jurisprudência defensiva, na qual há uma determinação por parte do Poder Judiciário de análise conjunta de casos similares, aplicando-se um entendimento único a todas as ações existentes. O que se questiona é se, na jurisprudência defensiva, os interesses dos litigantes individuais estão sendo satisfatoriamente atendidos.

7 CONCLUSÃO

A análise dos instrumentos que se propõem a garantir a entrega da prestação jurisdicional de forma célere deve responder à preocupação de saber quanto das medidas existentes visam assegurar a justiça, já que a razoável duração do processo por vezes representa a própria entrega da prestação jurisdicional justa, e quanto foi motivado pelo simples intuito de desafogar o poder judiciário.

Se por um lado as ações coletivas têm como benefício a possibilidade de livre adesão dos seus interessados e o efeito *erga omnes* na hipótese de sentença procedente, por outro, restringe as possíveis matérias a serem objeto da tutela coletiva e não impossibilita o ajuizamento de ações individuais, o que poderia representar a frustração na redução da quantidade de demandas submetidas ao poder judiciário.

Já nas ações individuais analisadas de forma massificada não há restrição de matérias, o que possibilitaria o julgamento conjunto de inúmeras demandas propostas para o tratamento individual do caso de cada autor. As decisões dessas causas passariam a ter

efeitos vinculantes⁹ o que, na prática, tornaria inócua a propositura de novas demandas por outros litigantes com o mesmo objeto.

Em razão de tais efeitos, existe o risco de engessamento do juízo, que fica limitado em relação às possíveis interpretações que poderia conferir à norma, ainda que as peculiaridades de determinado caso concreto exigissem uma aplicação diversa daquela orientação formada pela súmula vinculante, decisão ou recurso repetitivo.

O que se quer dizer é que, com uma mão, a Constituição possibilitou o caminho para a busca do acesso à justiça, mas os Tribunais, com a outra mão, retiraram do cidadão a possibilidade de se sentir plenamente satisfeito, impondo no formalismo excessivo uma barreira (em alguns casos intransponível) para que as demandas consigam alcançar os Tribunais Superiores.

Diante disto, impõe-se, em primeiro lugar, saber qual a maior prioridade no julgamento das demandas.

Inicialmente, deve-se enfatizar que, pela Constituição Federal, em seu artigo 1º, incisos II e III, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos garantir a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, seria inconstitucional a utilização das ações coletivas, súmulas vinculantes, decisões ou dos recursos repetitivos com o único propósito de desafogar o poder judiciário, ou de promover a economia processual embora estes, sem dúvida seja um benefício visado por estes mecanismos.

O que não se pode permitir é que por um meio ou outro, ou seja, pela tutela coletiva ou pelos instrumentos introduzidos no CPC, promova-se a despersonalização da resposta entregue pelo Estado. Em outras palavras, isto quer dizer que ainda que julgando de forma massificada, deve o Juiz ter em mira o melhor interesse dos cidadãos e, somente em segundo lugar, visar o desafogamento do judiciário.

A entrega de uma decisão justa é a base para que se possa falar em manutenção ou extinção dos mecanismos existentes, caso contrário estar-se-ia diante de instrumentos insustentáveis.

Neste particular, Freitas (2012, p. 41) conceitua a sustentabilidade como sendo:

[...] princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Deve-se ter em mente em especial o resultado a ser alcançado, buscando, necessariamente o resultado justo.

⁹ Compreenda-se que esta sugestão é uma simplificação da análise dos instrumentos processuais analisados no presente artigo, já que somente a Súmula Vinculante formalmente possui este efeito. A presente colocação foi feita no sentido de que mesmo para o caso dos decisões e dos recursos repetitivos, por mais que persista a livre apreciação do caso concreto pelo juiz, a intenção pelo legislador é de que estas questões sejam vistas de forma vinculativas, caso contrário sua leitura não estariam sendo feita ao lado dos princípios da celeridade, segurança jurídica e economia processual.

Extraíndo dos ensinamentos da economia, um bom ponto de partida para a análise quanto a aplicação das ferramentas que promovem a massificação das decisões, seria utilizar métricas para o alcance do bem-estar daquele que busca pela solução de conflito junto ao Poder Judiciário.

Pela análise dos instrumentos apresentados, torna evidente a necessidade de aprimorar o que já se possui para o tratamento das ações coletivas, ampliando sua aplicabilidade por meio de um Código de Processo Civil Coletivo.

Deixar de lado o improviso e promover um aprofundamento na técnica parece ser a melhor solução para lidar com tão falado problema do sobrecarregamento do Poder Judiciário, sem fazer com que quem pague pela inadequação processual seja o cidadão.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, Segurança, Massificação e a Proposta de um “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 196, p. 237-274, jun. 2011.

BORTOLAI, Edson Cosac. *Da defesa do consumidor em juízo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

CARPENA, Márcio Louzada. As garantias do cidadão no processo civil. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *As garantias do cidadão no processo civil: relações entre constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 193, p. 255-279, mar. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. 2010. Disponível em: <http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 03 nov. 2012.

FARIA, Márcio Carvalho. O novo Código de Processo Civil vs. Jurisprudência Defensiva. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 210, p. 263-299, ago. 2012.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade - Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2008.

GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

- GOMES, Rogério Zuel. Questões processuais em lides de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, v. 69, p. 102-139. jan./mar. 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20. ed. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2009.
- HIGASHIYANA, Eduardo. Teoria do Direito Sumular. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, v. 200, p. 71-124, out. 2011.
- MACEDO, Elaine Harzheim. JOBIM, Marco F. Ações coletivas x Ações individuais: uma questão de efetividade e tempestividade processual conforme a Constituição. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: AJURIS, v. 35, n. 112, p. 69-85, dez. 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito de Ação: depoimento*. [4 de novembro, 2009]. Associação do Ministério Público do Paraná. Entrevista concedida à Carta Forense. Disponível em: <<http://amp-pr.jusbrasil.com.br/noticias/2003545/direito-de-acao>>. Acesso em: 21 out. 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 51, p. 49-51, set./out. 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 03 nov. 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Julgamento das Ações Repetitivas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 98-99. v. 2.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. Meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

O DIREITO À EDUCAÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A NECESSIDADE DA INCLUSÃO DIGITAL PARA A INCLUSÃO SOCIAL

Izabel Preis Welter*
Matheus Felipe de Castro**

Resumo

O presente artigo tem por tema o direito à educação na sociedade da informação e a necessidade de ampliação da interpretação do mencionado direito a fim de que este respalde também a inclusão digital, mecanismo de inclusão social. A sociedade nas últimas décadas vem passando por inúmeras transformações decorrentes de processos como a globalização e o avanço tecnológico. Essas mudanças exigem uma análise das estruturas vigentes a fim de adaptá-las a contemporaneidade, razão pela qual, optou-se pela análise do direito à educação na perspectiva da sociedade da informação. O problema fundamental do trabalho é centrado em buscar compreender como deve ser interpretado o direito à educação na sociedade da informação e de que maneira a inclusão digital acarretará a minimização da exclusão social. Dessa forma torna-se importante considerar o preceituado nos textos legislativos, interpretando-os na perspectiva dos avanços tecnológicos e suas consequências sociais, além da análise da evolução dos Direitos Humanos nesse contexto. O método utilizado foi o dedutivo e o procedimento de pesquisa o bibliográfico.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Globalização. Inclusão Digital. Sociedade da informação. Direito à educação.

The right to education in the information society: the need of digital inclusion for social inclusion

Abstract

This article has dealt with the right to education in the information society and the need to expand the interpretation of the aforementioned right so that it also corroborates the digital inclusion, social inclusion mechanism. The society in recent decades has been undergoing many changes due to processes such as globalization and technological advancement. These changes require an analysis of the existing structures in order to adapt them to contemporary times, which is why it was opted for the analysis of the right to education in the perspective of the information society. The fundamental problem of the work is focused on trying to understand how to interpret the right to education in the information society and how digital inclusion will result in the minimization of social

* Mestranda em Direito - área de concentração em Dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2009); Oficiala da Infância e Juventude - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; izabelpwelter@gmail.com

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor adjunto II do Departamento de Direito da UFSC, pesquisador do Grupo Direitos Fundamentais Civis, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Advogado em Florianópolis; Av. Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, SC; matheusfelipedecastro@gmail.com

exclusion. Thus it becomes important to consider the manner provided in the legislation, interpreting them in the light of technological advances and their social consequences, as well as the analysis of the evolution of Human Rights in this context. The method used was the deductive and the search procedure, the bibliographic.

Keywords: Human Rights. Globalization. Digital Inclusion. Information Society. Right to education.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema o direito à educação na sociedade da informação e a necessidade de ampliação da interpretação do mencionado direito a fim de que este respalde também a inclusão digital, mecanismo de inclusão social.

A sociedade nas últimas décadas vem passando por inúmeras transformações decorrentes de processos como a globalização e o avanço tecnológico. Essas mudanças exigem uma análise das estruturas vigentes a fim de adaptá-las a contemporaneidade, razão pela qual, optou-se pela análise do direito à educação na perspectiva da sociedade da informação.

O problema fundamental do trabalho está centrado em buscar compreender como deve ser interpretado o direito à educação na sociedade da informação e de que maneira a inclusão digital acarretará a minimização da exclusão social. Neste sentido, considera-se o preceituado nos textos legislativos e sua interpretação na perspectiva dos avanços tecnológicos e suas consequências sociais.

O método utilizado foi o dedutivo, pois, parte-se da análise de argumentos gerais para argumentos particulares e o procedimento de pesquisa o bibliográfico.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos. O primeiro aborda a questão do Direito à educação como elemento essencial na efetivação dos Direitos Humanos.

O segundo capítulo atem-se ao Direito à educação e cidadania na perspectiva da globalização.

O terceiro capítulo estabelece o direito à educação como elemento essencial para a formação das novas gerações na sociedade da informação, importante para a resolução do conflito levantado.

2 O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO ELEMENTO ESSENCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Denota-se que “Direitos Humanos”, na realidade, nada mais é do que uma forma de se mencionar um conjunto de reivindicações e enunciados jurídicos que são entendidos como superiores aos demais direitos. De modo que muitos doutrinadores entendem que os Direitos Humanos nada mais são do que direitos inerentes aos seres humanos. Inerentes, porque fariam parte da própria natureza humana, sendo fundamentais porque elementares a existência humana, ainda são universais porque podem ser exigidos em qualquer lugar do mundo. Tais direitos não devem ser considerados apenas uma ocorrência sociológica.

Fato é que os Direitos Humanos podem ser considerados restrições ao Poder Público ou até mesmo imposições a este. Direitos Humanos é um novo nome para o que era chamado primeiramente de “Direitos do Homem”.

Nesse sentido, esses direitos vêm se acumulando no decurso do tempo e essa transformação continua de modo que se modificam com o modo de organização e da vida social. Os Direitos Humanos podem ser considerados ressalvas e restrições ao Poder Público ou imposições a este, expressas em declarações, dispositivos legais e mecanismos privados e públicos, destinados a fazer, respeitar e concretizar condições de vida que possibilitem a todo o ser humano desenvolver-se.

Preceitua Gorczewski (2005, p. 73),

Não obstante serem os direitos humanos inerentes à própria natureza humana, seu reconhecimento e proteção é o resultado de um longo processo histórico, que ocorreu de forma lenta e gradual, passando por várias fases e eventualmente alguns retrocessos. Processo este ainda em desenvolvimento, pois os direitos não são meros fatores e sim frutos que se sedimentam na evolução e nas contradições da sociedade e infelizmente, sem homogeneidade, pois não podemos nos esquecer que em muitos lugares se vive hoje situações semelhantes às primeiras fases da evolução.

Ao que diz respeito às fases dos direitos humanos são comumente conhecidas como gerações ou dimensões.

Neste contexto, é importante ressaltar as críticas, por parte da doutrina, acerca da expressão “gerações”. Tal expressão deve ser substituída pelo termo dimensões, como fazem os doutrinadores mais modernos, tendo em vista que o termo gerações pode causar a falsa impressão de algo que está sendo substituído quando na verdade é um processo cumulativo de complementaridade. Os direitos humanos e fundamentais não se substituem ao longo do tempo (SARLET, 2009, p. 45-46).

Contudo, independente da aceção mais correta ou mais aceita, pode-se afirmar a divisão dos direitos humanos conforme grau de relevância em relação à época, ao momento histórico de seu surgimento, em gerações ou dimensões.

O lema revolucionário do século XVII exprimiu em três princípios orientadores todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização.

No âmbito de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas, os direitos de primeira dimensão são o produto peculiar do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado e são representados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção não por uma conduta positiva do Poder Público (SARLET, 2009, p. 46-47).

Desta forma, têm-se como sendo os direitos fundamentais de primeira geração aqueles providos das lutas históricas entre a burguesia e o estado absolutista, pois a partir de então, se originaram as condições para a instituição formal de um elenco de direitos que passaram a ser considerados fundamentais. A primeira geração de direitos baseada na filosofia iluminista buscava a liberdade.

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem no instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um olhar histórico, àquela fase inicial do constitucionalismo no Ocidente. São direitos que tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado,

são atributos e faculdades da pessoa, são subjetivos, enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Abrangem todos os direitos e liberdades individuais como o direito à vida, a uma nacionalidade, à liberdade de movimento, à liberdade religiosa, liberdade política, liberdade de opinião, o direito ao asilo, a proibição da tortura, tratamento cruel, desumano e degradante, à proibição da escravidão e o direito de propriedade.

Entretanto, enquanto os Direitos Humanos de primeira geração conferiam uma titularidade individual, os de segunda geração correspondem ao reconhecimento dos direitos de caráter coletivo, vinculam-se ao princípio da igualdade. Surgem na segunda metade do século XIX e dominaram o século XX.

Os direitos de segunda geração são direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade e dele não serão separados (BONAVIDES, 2004, p. 564-565).

Em decorrência da existência desta classe de direitos, o Estado passou a ser cobrado como responsável pela implementação da Justiça social, sendo atribuído a ele um comportamento ativo. São direitos positivos, uma vez que não se cuida mais em evitar a intervenção do Estado e, sim, de fazer com que este propicie um estado de bem estar social, outorgam aos indivíduos direitos e prestações sociais estatais (SARLET, 2009, p. 47-48).

Neste sentido, a ênfase desta geração de direitos sempre será os direitos sociais econômicos e culturais, nos quais existe como que uma dívida da sociedade para com o indivíduo, resultado em que, só poderão ser desfrutados com o auxílio do Estado. Portanto, o Estado tem o dever de propiciar aos cidadãos a efetividade dos direitos de segunda geração (GORCZEWSKI, 2005, p. 74-75).

Incluem-se nesta geração de direitos, os direitos ao trabalho em condições justas e favoráveis; a proteção contra o desemprego, assistência contra invalidez, o direito de sindicalização, direito à educação e cultura, à saúde, à seguridade social, a ter um nível adequado de vida. E, desta forma, para a efetivação desses direitos o Estado precisa agir. Embora aqui os direitos não são mais considerados individualmente, mas em seu caráter social, o titular desses direitos continua sendo o homem em sua individualidade (GORCZEWSKI, 2005, p. 75-76).

Em sequência, a consciência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, fez surgir os direitos humanos de terceira geração, que correspondem ao terceiro elemento do ideal da revolução francesa, a fraternidade (GORCZEWSKI, 2005, p. 76-77).

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Possui como destinatário o gênero humano mesmo. Emergiram temas como o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a comunicação, e ao patrimônio comum da humanidade, esses temas consistem nos direitos de terceira geração (BONAVIDES, 2004, p. 569-570).

Não se tratam de direitos que buscam a garantia ou a segurança individual contra determinados atos, como os de primeira geração e nem a garantia e segurança coletiva como os de segunda geração, pois vão além, tendo como destinatários o próprio gênero humano. São direitos coletivos e difusos, cuja característica principal é a indefinição do sujeito.

O que diferencia os direitos de terceira dimensão é justamente sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e interminável, como por exemplo, o direito ao meio ambiente e qualidade de vida. Dessa forma compreende-se, portanto porque os direitos de terceira dimensão são considerados direitos da solidariedade e da fraternidade, pois sua aplicação é universal e transindividual e também por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para a sua efetivação (SARLET, 2009, p. 48-50).

Posteriormente, no final do século XX, com a globalização, a evolução cultural e o progresso científico e tecnológico; apresentaram-se os direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos das pesquisas biológicas, que permitiram manipulações no patrimônio genético de cada indivíduo (GORCZEVSKI, 2005, p.79).

São direitos relacionados à biotecnologia, à bioética e a engenharia genética que tratam de questões ético-jurídicas relativas ao início, o desenvolvimento, a conservação e o fim da vida humana. Trata de reprodução assistida, de aborto, eutanásia, às cirurgias intrauterinas, aos transplantes de órgãos, à clonagem e a criação de células-tronco. Todos os assuntos que requerem uma discussão ética prévia (GORCZEVSKI, 2005, p. 79-80).

Para outra corrente, os direitos de quarta geração são os direitos à democracia, o direito a informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência (BONAVIDES, 2004, p. 570-571).

Já o fim do século XX e o início do novo milênio marcaram a passagem da sociedade industrial para a sociedade virtual. O desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, da inteligência artificial, da realidade virtual, a massificação da *internet*, tudo isso fez surgir os direitos da quinta geração que são os direitos da informática, os direitos da era digital (GORCZEVSKI, 2005, p. 80-81).

Sendo assim verifica-se que o direito à educação em si está fundamentada na segunda geração de direitos fundamentais e de modo mais específico o direito à educação na sociedade da informação, é verificada na quinta geração de Direitos Humanos. Até porque é decorrente da evolução tecnológica que impôs a sociedade uma nova realidade, a realidade virtual, de modo que uma vida digna depende da chamada “inclusão digital”.

Denota-se que a importância da educação já é verificada desde a antiguidade, sendo utilizada inclusive pelas classes dominantes como instrumento para conquistar, governar e dirigir. A ideia de massificar a educação somente ocorreu no século XVI. Isso somente aconteceu a partir do momento em que os intelectuais e os políticos passaram a perceber a educação como instrumento para transformar a humanidade. Os iluministas verificaram na educação uma esperança de uma realidade diferente, formularam um discurso pedagógico paternalista que vige até hoje.

Na realidade o Iluminismo torna o século XVIII o século da educação, pois entendiam que era um antídoto contra a superstição, o fanatismo religioso. Sendo assim, iniciou-se o reconhecimento jurídico da educação. O Direito à educação figura dentre os direitos econômicos, sociais e culturais. A Constituição Francesa de 1791 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão são pioneiras no reconhecimento da importância da educação (GORCZEVSKI; PIRES, 2006, p. 17).

Já o século XIX recebe essa herança e o amplia. Originam-se diversas propostas que proclamam a exigência e a reforma da educação a partir de uma ótica mais global, incorporando-a em um projeto de transformação social e conjuntamente a isso surge também uma tendência de institucionalizar a educação que passa a ser tratada como interesse público. As primeiras manifestações constitucionais vão ocorrer na Constituição mexicana de 1917, na Alemã de 1919, na espanhola de 1931 e na soviética de 1936. Entretanto a criação de sistemas públicos somente ocorre após o surgimento do Estado Social.

Denota-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 prevê em seu artigo XXVI que todo homem tem direito à educação. Mas somente em 1976 que entra em vigor o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, sendo este o primeiro instrumento jurídico de abrangência genérica que possui como objetivo proteger os Direitos Humanos de “segunda geração”.

Nesse sentido, a declaração americana de Direitos e Deveres do Homem preceitua em seu artigo XII que toda pessoa tem direito à educação. Ainda, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, ou pacto São José, em seu artigo 26, menciona que os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que os Estados-partes comprometem-se a dar efetividade aos direitos sociais, em destaque os direitos à educação, cultura, e ciência.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, deu a educação à devida relevância, definiu no artigo 6º que a educação trata-se de um direito social e a partir do artigo 205 preceitua sobre educação. Além disso, são princípios estabelecidos: igualdade de condições para acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, divulgar pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e concepções pedagógicas; valorização dos profissionais do ensino; gestão democrática do ensino público; garantia de qualidade. Além de determinar uma série de políticas públicas para a educação.

De fato o direito à educação encontra guarida na legislação tanto nacional quanto internacional. Seguindo a evolução dos Direitos Humanos, facilmente se constata a educação na segunda geração de Direitos Humanos e fundamentais.

No entanto, os direitos fundamentais não são estanques, as modificações sociais podem alterar sua interpretação, bem como acrescentar novos direitos ao seu rol. Nesse sentido, é necessário analisar de que maneira o direito à educação será efetivo no século XXI. Especialmente, considerando as transformações decorrentes dos avanços tecnológicos e da globalização.

Denota-se que parte da doutrina já indica o surgimento de uma nova geração ou dimensão de Direitos Humanos, decorrente da sociedade virtual. Essa nova realidade traz à tona contrastes entre velhos e novos paradigmas que orientam o mundo em mudança. No que diz respeito à educação, as tecnologias de comunicação e informação mostram sinais de mudanças radicais na natureza da escolarização.

3 O DIREITO À EDUCAÇÃO E CIDADANIA NA PERSPECTIVA DA GLOBALIZAÇÃO

Educação deriva do latim *educare* que significa levar para fora. A educação pode ser entendida como um aparato social que tem como objetivo a inclusão do indivíduo no mundo. Educar é incluir, é favorecer a aquisição de competências e habilidades que pro-

porcionem condições para a pessoa participar das relações produtivas no meio social em que vive (RAIÇA, 2008, p. 21).

Por outro lado, de forma ampla, entende-se cidadania como a qualidade ou o direito do cidadão. Cidadão como indivíduo no gozo de seus direitos civis e políticos num Estado. Entretanto, também são encontradas referências que abordam a expressão cidadania como sinônimo de Direitos Humanos (GORCZEVSKI, 2005, p. 23).

Não existe possibilidade de se conceituar cidadania sem levar em consideração o contexto em que estará sendo abordada. O conceito de cidadania nasce historicamente como o oposto de súdito, mas sem o intuito de incluir todas as pessoas da sociedade. Ao contrário, se referia aos homens livres, proprietários e cabeças de família. Cidadania pode ser entendida como uma referência às pessoas que podem manifestar seu pensamento e decidir (GORCZEVSKI, 2005, p. 23-24).

A origem da cidadania está nos Direitos Humanos, porém é mais restrita e está fundada em três elementos: a garantia de certos direitos, assim como a obrigação de cumprir certos deveres para uma sociedade específica; pertencer a uma comunidade política determinada e; a oportunidade de contribuir na vida pública desta comunidade através da participação (GORCZEVSKI, 2005, p. 26-27).

Verifica-se que o conceito de cidadania vem passando por diversas modificações. A cidadania passou a ter outras dimensões, passou a representar o conjunto dos direitos humanos, e, por isso necessita que sua garantia seja tornada universal, respeitando as diferenças do mundo multicultural na estrutura imposta pela globalização econômica. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de cidadania, não mais sendo sinônimo de direitos políticos, mas estendendo para outros direitos fundamentais (DEL'OLMO; LUNARDI, 2013, p. 1-3).

“Saber é poder”, esta frase lógica, ora atribuída a Francis Bacon ora a John Locke nunca foi tão atual. As diferenças sociais se agravam entre aqueles que possuem conhecimento os que não possuem. Todo o desenvolvimento - econômico e social - de uma nação está diretamente ligado ao grau de educação de seu povo.

Por isso é necessário reconhecer a educação como forma de emancipação do sujeito para o exercício da sua cidadania. Através da educação as pessoas desenvolvem a consciência crítica e isso favorece o acesso às ferramentas para modificar a sua condição de vida, bem como das pessoas à sua volta.

Nesse sentido, inclusão e tecnologia são desafios que se apresentam à efetividade do direito à educação junto com as transformações do mundo contemporâneo. A era da informação e da globalização demanda um repensar na educação visando o preparo dos cidadãos.

Sendo assim, a globalização pode ser entendida como a desregulamentação, ao interagir com as mudanças aceleradas nas comunicações e na informática, que veio a reforçar uma tendência de integração dos mercados globais. Trata-se do mesmo processo de mundialização do sistema produtivo que vem se manifestado desde a Revolução Industrial Inglesa (JEZZINI, 1999, p. 25).

Também, pode ser entendida como a criação de um mercado mundial no qual circula livremente capitais financeiros, comerciais e produtivos. Verifica-se com o processo

de globalização grande mobilidade do capital financeiro e novas tecnologias (RICHARDSON, 1998, p. 149).

Na realidade, fenômenos que já existiam ganham intensidade, estabelecem nexos diferenciados e provocam alterações nas estruturas sociais. Os avanços tecnológicos tornaram mais porosas as fronteiras nacionais. As novas conquistas já ultrapassam os limites da Terra.

A “globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que afeta todas as pessoas na mesma medida e da mesma maneira. Todos os indivíduos estão sendo “globalizados”. A globalização tanto divide as pessoas como às une (BAUMAN, 1999, p. 7-8).

Alguns sujeitos se tornam “globais” enquanto outras continuam sendo pessoas “locais”. Isso num mundo em que os “globais” dão o tom e fazem as regras do jogo da vida. Dessa forma, ser “local” num mundo globalizado é sinal de privação e degradação social (BAUMAN, 1999, p. 8-10).

A globalização, sobretudo a econômica, não está globalizando as riquezas produzidas pelo capitalismo, mas sim potencializando uma sociedade já excludente. Por isso, é elementar que as pessoas estejam preparadas para sobreviver num mundo globalizado e informatizado, o que demanda educação de qualidade e adequada às novas necessidades com vistas a proporcionar às pessoas que exerçam sua cidadania.

Nesse diapasão, o agravamento das desigualdades sociais decorre do processo de globalização econômica, e isso implica grave impacto na proteção dos Direitos Humanos e na promoção de cidadania na arena global. A globalização sem controle coloca em risco a cidadania e os Direitos Humanos (ARAÚJO; AMARAL, 2012, p. 4402-4404).

Sendo assim, na complexidade do novo contexto global a educação deve ser entendida como o maior recurso de que se dispõe para enfrentar a nova estruturação do mundo, determinante na continuidade do atual processo de desenvolvimento econômico e social. A educação é ferramenta essencial para a efetivação de outros direitos fundamentais e humanos.

Ainda, é elemento essencial para a constituição da verdadeira cidadania. A educação atua como caminho necessário para a inserção de práticas de respeito aos Direitos Humanos e para a construção de uma cidadania que viabilize a transformação social. Isso deve ocorrer com a utilização de um processo educativo adequado (ARAÚJO; AMARAL, 2012, p. 4405-4408).

A educação nesse novo cenário deverá se preocupar com valores, para cumprir com a sua função de formar as futuras gerações com capacidades de desenvolverem-se como cidadãos numa sociedade que muda rapidamente. Nessa nova dinâmica, o mais importante é que o conhecimento constitui a forma mais relevante das novas formas de organização social e econômica, de modo que os principais recursos para a sociedade e para as pessoas serão a informação, o conhecimento e a habilidade de utilizá-los (RICHARDSON, 1998, p. 153).

As novas gerações terão de ser educadas dentro de um contexto tecnológico e multicultural. A Constituição possui como princípio a afirmação dos Direitos Humanos e todas as políticas públicas devem levá-los em consideração no escopo de uma sociedade livre, justa e solidária que respeita a diversidade cultural.

O direito à educação deve ser efetivo, pois a educação é elemento socializador e traduz um direito fundamental que é pressuposto indissociável e intrínseco ao desenvolvimento da pessoa humana e, por direito inalienável que pode ser entendido como um bem coletivo, o que obriga que todos tenham acesso a uma educação igualitária e de qualidade para que assim se atinjam os objetivos de liberdade, democracia, cidadania e desenvolvimento humano. A efetivação do direito à educação é uma luta da sociedade contemporânea.

4 O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO ELEMENTO ESSENCIAL PARA A FORMAÇÃO DAS NOVAS GERAÇÕES NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O século XXI é marcado por inúmeras transformações sociais e tecnológicas que promovem um forte impacto na sociedade. Dessa forma, a educação necessita estimular os indivíduos a desenvolverem suas competências no contexto global.

Entre as múltiplas competências exigidas do cidadão para o terceiro milênio, destacam-se as habilidades de convivência e a capacidade de explorar e transformar os conhecimentos socialmente construídos e coloca-los em prática. Tais habilidades são, hodiernamente, atravessadas pela perspectiva digital (RAIÇA, 2008, p. 9).

As novas tecnologias fizeram com que uma série de conhecimentos viessem à tona, ampliando a diversidade de experiências e interações. Por esse motivo, a tecnologia chega até a questão da educação no bojo das transformações da atualidade.

Entende-se por tecnologia tudo o que envolve a aplicação dos conhecimentos científicos na solução de problemas, em outras palavras, é o estudo das técnicas e instrumentos que podem ajudar o homem a viver melhor. No que tange à educação, a tecnologia consiste na aplicação de recursos materiais, uso de equipamentos eletrônicos, bem como procedimentos pedagógicos em prol dos objetivos educacionais (RAIÇA, 2008, p. 25).

De fato, o avanço tecnológico mudou rapidamente as estruturas da sociedade. As novas tecnologias de comunicação, informação e entretenimento transformaram as relações de trabalho e de lazer. Tal avanço possui benefícios e malefícios, desigualdades e oportunidades.

Caminha-se para uma nova fase de convergência e integração das mídias, na qual tudo se integra. A digitalização traz inúmeras formas de interação, o mundo físico se transforma em realidade virtual.

No entanto, a tecnologia não determina a sociedade, nem a sociedade transcreve o curso da transformação tecnológica. Embora não determine a tecnologia, a sociedade pode sufocar seu desenvolvimento, especialmente por intermédio do Estado. Ou, então, através da intervenção estatal, a sociedade pode entrar num processo acelerado de modernização tecnológica capaz de mudar o destino das economias, do poder militar e do bem estar social no decorrer dos anos (CASTELLS, 2000, p. 45).

As novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes globais de instrumentalidade. Sendo assim, a comunicação mediada por computadores gera uma gama enorme de comunidades virtuais (CASTELLS, 2000, p. 57).

Verifica-se que o processo atual de transformação tecnológica, expande-se exponencialmente em razão de sua capacidade de criar uma interface entre campos tecnológicos mediante uma linguagem digital comum, na qual a informação é gerada, armazenada e transmitida. Estamos num mundo digital, computadores, sistemas de comunicação, decodificação e programação genética são todas ampliações da mente humana (CASTELLS, 2000, p. 68-69).

Nesse contexto, a informatização e a globalização tornam-se ditames corriqueiros na vida das pessoas, e isso interfere na educação, que possui como missão contribuir para a formação de um sujeito hábil, flexível e criativo no enfrentamento das necessidades sociais e profissionais.

Como já mencionado, a educação possui como objetivo incluir o sujeito no mundo; é favorecer a aquisição de competências e habilidades que proporcionem condições de a pessoa participar das relações produtivas no meio em que vive (RAIÇA, 2008, p. 9).

Preparar o sujeito para o setor produtivo, constando em sua formação o essencial para a sua inserção, com dignidade, na sociedade atual capitalista. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 inseriu a educação no rol dos direitos sociais - artigo 6º - e de forma coercitiva no artigo 208 quando revela “o dever do Estado com a educação”. Considerando que o mercado de trabalho está cada vez mais exigente, o Estado tem o dever de proporcionar as ferramentas necessárias à sua inclusão como cidadão na sociedade globalizada.

Portanto, é muito importante que a educação abranja temas como a tecnologia e prepare os cidadãos para viver na sociedade da informação. Isso deverá refletir em políticas públicas, programas governamentais que propiciem a acessibilidade digital nas escolas, pois, os novos modelos de relações sociais e de trabalho demandam o domínio da informática.

Dessa forma, o novo paradigma informacional precisa ser sedimentado em investimentos públicos na educação para que a tecnologia não acabe gerando um fosso cultural ainda maior. Caso não sejam colocadas em prática políticas sérias na distribuição de informação e no acesso aos recursos tecnológicos, corre-se o risco de expandir o processo de exclusão social (RAIÇA, 2008, p. 20-21).

A educação é o principal instrumento para se combater a exclusão digital, que atualmente também gera outros tipos de exclusões como a social, a relacionada ao mercado de trabalho e ao acesso à informação. A palavra da vez é a inclusão, todo ser humano possui como necessidade sentir-se incluído e o primeiro passo para que isso aconteça, é através da educação.

Destaca-se que a tecnologia e a educação inclusiva são resultados da evolução da sociedade e das mudanças de paradigmas sociais, sendo assim são conquistas da humanidade. Por esse motivo que, hodiernamente, o sistema educacional precisa de acesso contínuo a serviços da área da tecnologia para estar dentro da sociedade da informação e do conhecimento.

Nesse sentido, a velocidade dos avanços tecnológicos requer uma nova dinâmica e dimensão à tarefa de ensinar e aprender para o acompanhamento das mudanças, demandando uma permanente postura de aprendizagem e adaptação ao novo. A sociedade atual, marcada pela importância das redes telemáticas e da realidade virtual, a universalidade da educação, passa também pelo uso das tecnologias na perspectiva de efetivação da cidadania (ARAÚJO; AMARAL, 2012, p. 4410).

Numa realidade como a brasileira, a educação possui como papel preponderante compensar e diminuir as desigualdades sociais existentes. O que demanda, como já mencionado, políticas públicas que promovam a igualdade e introduzam as pessoas na sociedade tecnológica e globalizada.

O projeto para a educação precisa ser voltado para o futuro, para a integração social e para o respeito à cultura. A qualidade da educação deve resultar numa mudança social drástica. De modo que os indivíduos se tornem mais autônomos, solidários e aptos a exercer sua cidadania, como cidadãos sujeitos de direitos num mundo globalizado.

A educação é um direito social que possui como escopo garantir a dignidade da pessoa humana. Já a função do Estado ante a globalização, é a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais. Assim se solidifica o objetivo de uma política educacional moderna e inclusiva como ferramenta de desenvolvimento pleno da pessoa humana. Além disso, se respeitam de fato os Direitos Humanos, neste caso os direitos de segunda e quinta geração ou dimensão.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo salientou o direito à educação como um Direito Humano de segunda geração. Ainda mencionou que no ordenamento jurídico brasileiro o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 prevê os direitos sociais dentre eles o direito à educação.

Verificou-se a existência de uma quinta geração ou dimensão de Direitos Humanos relacionados à era digital, decorrentes da passagem da sociedade industrial para a sociedade virtual. De modo que esse fato obriga uma reinterpretação do próprio direito à educação que deve ser adequado à nova realidade social. Atualmente a “inclusão digital” é pressuposto para uma vida digna.

Percebe-se que educar quer dizer incluir, tornar o sujeito hábil a participar das relações produtivas no meio social em que vive. Sendo assim, a educação é pressuposto elementar para o exercício da cidadania em um mundo globalizado.

A inclusão digital é elementar ante a globalização. O acesso à informação e conhecimento pode ser considerado sinônimo de poder, a falta desses elementos é sinônimo de exclusão social.

Hodiernamente, a educação deve estimular os indivíduos a desenvolverem suas competências no contexto global, estas competências incluem as atreladas à perspectiva digital. As novas tecnologias de informação, comunicação e entretenimento mudaram as relações de trabalho e lazer, bem como, ampliaram as necessidades educacionais. A inclusão que a educação possui como escopo demanda necessariamente o preparo das novas gerações para a vida na sociedade da informação.

Por derradeiro, ressalta-se que a educação além de Direito Humano, possui como papel compensar e diminuir as desigualdades sociais existentes. Sendo assim, é necessário que se minimize o fosso social entre os detentores de conhecimento e aqueles que não possuem acesso à educação ou mesmo à educação adequada. Imprescindível é que a educação seja de qualidade e adequada aos dilemas da contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernanda Raquel Thomaz de; AMARAL, Ana Cláudia Zuim Mattos do. A exposição do direito à educação na perspectiva do desenvolvimento social e formação humana plena no contexto da globalização econômica e das tecnologias de comunicação e informação. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Uberlândia. *Anais eletrônicos...* Uberlândia, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c8758b517083196f>>. Acesso em: 11 out. 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. 145 p. Tradução de: Globalization: the human consequences.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.
- BRASIL. *Constituição: República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. rev. Tradução Roneide Venancio Majer e Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2000. 575 p. Tradução de: The Rise of the Network Society. The Information Age. v. 1.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto São José da Costa Rica*. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 11 out. 2013.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *UNIC/Rio/005*. Dez. 2000. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 12 out. 2013.
- DEL'OLMO, Florisbal; LUNARDI; Luthianne Perin Ferreira. Cidadania e Direitos Fundamentais: Em busca do horizonte perdido. In: DEL'OLMO, Florisbal; GIMENEZ, Charlise Paula Colet; CERVI, Taciana Marconatto Damo (Org.). *Direitos Fundamentais e Cidadania: A busca pela efetividade*. Campinas: Millenium, 2013.
- GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005. 120 p.
- GORCZEWSKI, Clovis; PIRES, Francisco Luiz da Rocha Simões. Educação - breve histórico da conquista de um direito fundamental. In: GORCZEWSKI, Clovis (Org.). *Direito & Educação*. Porto Alegre: UFRGS, 2006.
- JEZZINI, Nader Ali. *A Globalização e seus impactos sociais*. Curitiba: Juruá, 1999. 264 p.
- RAIÇA, Darcy. Tecnologia e educação Inclusiva. In: RAIÇA, Darcy (Org.). *Tecnologias para educação inclusiva*. São Paulo: Avercamp, 2008.

RICHARDSON, Robert Jarry. A escola do século XXI. In: OLIVEIRA, Maria Neusa de (Org.). *As políticas educacionais no contexto da globalização*. Ilhéus: Editus, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 493 p.

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA TUTELA DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES¹

Maria Cristina Cereser Pezzella*
Cinthya Sander Carbonera**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo contribuir para o estudo das questões que envolvem a proteção dos Direitos das Crianças e Adolescentes, na perspectiva dos Direitos Fundamentais, legislado na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e Adolescente de 1990, no Código Civil de 2002, bem como as Legislações Nacionais e Internacionais e Tratados. A existência de normas específicas, constitucionais e tratados, é suficiente para tutelar de forma efetiva, para isso a importância deste artigo para despertar o interesse no estudo de forma mais aprofundada. Nesse contexto, o presente estudo se propõe discutir o que é um Direito fundamental em normas nacionais e internacionais a proteção dos Direitos Fundamentais e básicos das crianças e adolescentes, e as questões que envolvam a normativa sobre o assunto. A pesquisa se edifica sobre três pilares. O primeiro capítulo trata das modificações ocorridas na Legislação brasileira a partir de 1500 até a Constituição Federal de 1988, nos trilhos do Direito Civil. O segundo capítulo esmiúça a estrutura a partir da transformação ocorrida pela Constituição Federal de 1988, que projetou ao legislador a formulação do que hoje é conhecido como Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). O terceiro capítulo trata do surgimento da Criança e Adolescente, vista como sujeito do Direito. Palavras-chave: Direitos fundamentais. Criança e Adolescente.

Sociedad de la información y los derechos fundamentales efectivos en la perspectiva de la protección de niños, niñas y adolescentes

Resumen

El artículo pretende contribuir al estudio de las cuestiones relacionadas con la protección de los Derechos del Niño y del Adolescente, en vista de la falta de eficacia y efectividad de los derechos fundamentales, que están legisladas en la Constitución de 1988 y el Estatuto del Niño adolescentes y 1990, y 2002 del Código Civil, así como leyes y tratados nacionales e internacionales. La existencia de normas específicas, los tratados y la Cons-

* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2002); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998); Professora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenadora/Líder do Grupo de Pesquisas (CNPq) intitulado Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos - sediado na Unoesc; Avaliadora do INEP/MEC e Supervisora do SESu/MEC.

** Mestranda da Pós-graduação Stricto Sensu na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, na área de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais (2013/2015); Graduação em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (2012); experiência na área de Direito de Família, Civil, Penal, Eleitoral, Administrativo e Trabalhista; experiência como auxiliar administrativo no setor de cobrança e auxiliar jurídico; ciiinthyaaa@hotmail.com

¹ O presente trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Cíveis do Programa de Mestrado em Direito da Unoesc.

titución, es suficiente para proteger eficazmente a fin de que la importancia de este artículo para despertar el interés de estudiar con mayor profundidad. En este contexto, el presente estudio tiene como objetivo discutir lo que es una base Justo en la protección nacional e internacional de los derechos fundamentales y los niños y adolescentes básicas y cuestiones atinentes a las normas sobre la materia. La investigación se basa en tres pilares. El primer capítulo trata de los cambios que se producen en la legislación brasileña de 1500 a la Constitución de 1988, las pistas de la Ley Civil. El segundo capítulo analiza en detalle la estructura de la transformación provocada por la Constitución de 1988, el legislador quien diseñó la formulación de lo que hoy es conocido como el Niño y del Adolescente (ECA). El tercer capítulo trata de la aparición del Niño y del Adolescente, visto como un sujeto de derecho.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Niños. Niñas y Adolescentes.

1 INTRODUÇÃO

“O que se faz agora com as crianças é o que elas farão depois com a sociedade.” (Karl Mannheim)

O método deduzido e pautado em pesquisa bibliográfica e jurisprudência e analisando sobre a efetivação dos direitos fundamentais e básicos das crianças e adolescentes na evolução histórica, desde seu surgimento até os dias atuais.

Historicamente é possível verificar que a luta pelo direito infanto-juvenil começou entre a Idade Média e Moderna, quando uma ex-professora primária pôs em prática suas ideias, de que as crianças e adolescentes não poderiam ser tratados como adultos, sendo que eram vistos pelo Estado e a Sociedade assim.

O grande marco aconteceu na Declaração dos Direitos Humanos e devidamente efetivada em 1959 com a Declaração dos Direitos das Crianças, onde, a responsabilidade por proteção dos “menores” de 18 anos era do Estado, Sociedade e Família. Iniciou-se então uma grande batalha pela construção da proteção integral dos interesses das crianças e adolescentes.

No Brasil, foi por meio da Constituição Federal de 1988, descrita no artigo onde ficou assegurada à criança, adolescente e ao jovem uma absoluta prioridade, ao direito da dignidade da pessoa humana, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, a cultura, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de evidenciar e ressaltar todas as formas de discriminação, negligência, exploração, violência, crueldade e opressão aos mesmos.

Com a proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes adotados pela Constituição Federal de 1988, foi possível a criação de uma norma específica. Criaram a Lei n. 8.069 de 1990 - Estatuto da Criança e Adolescente, norma responsável pela defesa dos interesses dos sujeitos ativos descritos nele. O Estatuto descreve direitos e garantias aos infanto-juvenis, partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, protegendo e gerando uma maior garantia de que se tratam de sujeitos do direito, previamente regidos pela norma jurídica e que devem ser respeitados.

Apesar de o Estatuto ser uma norma jovem o mundo foi evoluindo constantemente e o Direito internacional e nacional deparou-se com o “Mundo Digital”. Com essa evolução histórica apareceram questões em que não existia qualquer dispositivo que descrevia como legal, nem como ilegal. Foi preciso então adaptar-se as novas regras desse jogo. Surgiu com a modernização às questões referentes ao meio eletrônico mais utilizado atualmente pelos quatro cantos da Terra, a Internet.

O Brasil ainda não possui uma legislação específica com relação ao Direito Digital, apenas surgiram duas Leis, a primeira é a Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008, que trata como crime a invasão de dispositivo informático e a interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública, e a segunda, Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008, que revolucionou a esfera jurídica, descreve como Pornografia Infantil como uma doença chamada de Pedofilia, considerada como uma parafilia e cronofilia pela Medicina Legal, onde existe uma atração sexual de um indivíduo adulto ou adolescente por crianças ou pré-púberes, a lei pune de forma mais expressa o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, relacionadas à pedofilia na internet.

Evidentemente pela fragilidade dos jovens abaixo de dezoito anos, torna-se quase que previsível que ocorra a violação de sua privacidade, pois o acesso à internet está cada vez mais fácil e cada dia menos seguro, sendo que as tecnologias surgiram do ser humano com sua imaginação, fabricação e reinterpretarão diante de técnicas, porém trouxe sérios problemas.

2 TRANSFORMAÇÃO LEGISLATIVA

O direito brasileiro possui raízes portuguesas, que ocorreu com chegada da primeira armada portuguesa no Brasil, em 1500. O Direito Português deparou-se com o novo território, sendo esta armada conduzida pelas ordenações Afonsinas e outras diversas legislações extravagantes, que chegaram rapidamente nas terras de Vera Cruz. Surge aqui a história jurídica luso-brasileira.

Portugal teve sua independência por volta de 1140. Seus antecedentes, com os Celtas, Iberos, Celtiberos, Lusitanos, e os invasores como os Gregos, Fenícios, Romanos, Germanos e Árabes, deixaram noções de direito e deveres a futura nação Portuguesa e posteriormente passada para o Brasil.

Nessa época, o pensamento jurídico assume a dignidade científica da *auctoritas* universitária, neste instante o jurista é considerado um verdadeiro *conditor iuris*. Os desmembramentos disto são enormes, combate-se a autotutela, transforma-se o *onus probandi*, dissociam-se o processo penal do civil, tenta-se a uniformização dos delitos e das penas, que de uma forma ou outra integra o país ao mundo dos *iura communia*.

Foi no reinado de Dom Afonso V, aprovada as Ordenações Afonsinas, o Direito Português progride para sua independência, reduzindo o *ius commune* a direito subsidiário, assim fortalece as fontes do direito pátrio, as leis, os estilos da Corte e o costume.

As leis somente possuíam papel de obrigação porque eram aceitas pela *voluntas populi*, ou seja, se o povo aprovou as leis elas não são ab-rogadas somente pelo *suffragio legulitoris*, mas também tácito *conensu omnium per desuentudinem*.

Chegado ao século XV, o direito português vigora tanto em Portugal quando na colonial brasileira, principalmente amalgamada pela língua, na literatura, na poesia, na arte, e claro no direito. Em janeiro de 1603 iniciam-se as ordenações Filipinas, que se prolongou até 1867 e 1917, respectivamente em Portugal e Brasil.

No Brasil após sua independência, em 1822 o direito começou a trilhar caminhos diferentes de Portugal, e apesar da proximidade de outros países europeus nesta época, Portugal vivia uma grande desorientação. Diferentemente do Brasil, não teve intensa agitação política, por este motivo as instituições jurídico-privadas podem evoluir diferentes, conservando algumas tradições do código português mais livre das influências estrangeiras.

Apesar dessa evolução o Brasil ainda era refém das Ordenações Filipinas, que continuaram com força total até o ano de 1823, e somente foi abolida 1917 após a promulgação do Código Civil brasileiro criando em 1916.

Na lei brasileira não existe lei temporária, a lei terá vigor até que outra lei entre modificando-a ou revogando-a, a lei anterior, no Código Português a lei é mais incisiva, só deixa de existir se for revogada por outra lei, então o advérbio só não permite outra leitura: a lei só deixa de vigorar se for revogada por caducidade ou por outra lei que a revogue.

Mesmo com as diferenças ressaltadas no texto brasileiro, o mesmo aproxima-se mais da tradição jurídica Portuguesa, muito mais do que com o Código Português. Existe um grande patrimônio do Direito Luso-Brasileiro, preceitos, linguagens, além de um elevado grau de romanização.

Mesmo com Projetos de Lei, as tradições portuguesas continuam vivas, porque existe afinidade na união dos povos Lusitanos, e possuem orgulho desta ascendência comum no direito. Brasil e Portugal são duas Pátrias que criaram laços.

Em 1823 a Assembleia Constituinte Brasileira foi dissolvida e no ano seguinte impôs seu próprio projeto, que originou a Primeira Constituição Federal Brasileira. Nesse período, o Estado era Centralizado, existia uma Monarquia Hereditária e Constitucional, o país foi dividido em quatro poderes (Executivo, Judiciário, Moderado e Legislativo). Assim surgiu em 1824 a Primeira Carta Constitucional outorgada no Brasil, criada pelo Imperador Dom Pedro I e sendo considerada até os dias atuais à que possuiu maior vigência, pois foram 65 anos.

Em 1988 surge à atual Constituição, chamada de “Constituição Cidadã”, foi contudo com os últimos governos militares de Geisel e Figueiredo que o país viu surgir um momento de redemocratização, também conhecido como “Abertura”.

O processo teve sua aceleração com o governo de Sarney, no qual o Congresso Nacional produziu nossa atual Constituição, onde foi mantido o nome do país de República Federativa do Brasil e a Carta promulgada foi feita legalmente, dando origem à diversas mudanças como a reforma eleitoral (possibilidade de voto para analfabetos e para os cidadãos entre 16 e 18 anos que não são obrigados a votar) e a mesma passou a ter função social onde busca-se combater o racismo, lutar pelos direitos indígenas e garantias aos trabalhadores.

Apesar de esta ser munida de atributos de função social, ainda peca em alguns aspectos legais, nos quais ainda não é possível tomar partido, pois em pleno século XXI o Brasil ainda é regido pela Constituição Federal de 1988, a qual necessita de novas mudanças.

Com a evolução das seis Constituições, o Brasil ganhou ramos específicos do Direito, como o Civil, Penal, Administrativo, trabalhistas e outros.

3 CRIANÇA E ADOLESCENTE FRENTE À PERSPECTIVA HISTÓRICA

As crianças e os adolescentes ganharam espaço na sociedade e com isso adquiriram direitos fundamentais para sua existência e sobrevivência.

Historicamente falando, foi no ano de 1919 que surgiu o primeiro questionamento internacional sobre as crianças e adolescentes, pois neste ano foi criado o Comitê de Proteção da Infância, a existência do mesmo fez com que os Estados não fossem os únicos responsáveis pelos direitos das crianças.

O estopim surgiu no mesmo ano, através da britânica e ex-professora primária Eglantyne Jebb, que criou o fundo de auxílio à criança, conhecido internacionalmente com *The Save the Children Fund*.² O sucesso e a repercuto desse fundo permitiu a mesma e sua irmã Dorothy que organizassem um fundo mundial, dando origem a criação da organização internacional *Union International de Secours a l'Enfant*³ no ano de 1920.

Não satisfeita, Eglantyne deu mais um passo no ano de 1923, criando outra organização, *Save the Children*,⁴ apresentando na cidade de Genebra seus esboços sobre os direitos das crianças. Surgiu então o grande marco da história, com relação aos direitos das crianças, a Declaração da Criança de Genebra no ano de 1924, que questionava a preocupação internacional em assegurar os direitos de crianças e adolescentes.

Em 1927, dez países americanos incluídos o Brasil, participaram do IV Congresso Panamericano da Criança⁵ e criaram a Ata da Fundação do Instituto Interamericano da Criança (Instituto Interamericano del Niño (INN)) que atualmente está vinculado a Organização dos Estados Americanos (OEA) - Organização destinada à promoção do bem-estar da infância e adolescência e da maternidade.

A Sociedade das Nações aprovou em 1934, pela segunda vez, a Declaração de Genebra, mas foi em 1946, com o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas que a história começou a ser modificada. Esse Conselho recomendou que fosse adotada a Declaração de Genebra, que ocorreu após a II Guerra Mundial através do movimento internacional a favor da criação do *United Nations International Children's Emergency Fund*.⁶

Assembleia Geral das Nações Unidas promulgou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que contém os direitos e liberdades das crianças e adolescentes. Infelizmente, algum tempo depois dessa declaração e após o fim da Segunda Guerra Mundial que

² Fundação Salve as Crianças. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

³ União Internacional de Socorro à Infância. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

⁴ Organização Salve as Crianças. Disponível em: <<http://translate.google.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

⁵ É um Órgão do Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente (IIN), cujo objetivo é promover a troca de experiências e conhecimentos entre os Estados membros do Sistema Interamericano.

⁶ Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância (Unicef). Disponível em: <<http://translate.google.com.br/>>. Acesso em: 20 set. 2011.

surgiu a criação da maior organização até hoje vista, a Organização Mundial das Nações Unidas⁷ e também a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura⁸ em 1950.

A Declaração Universal dos Direitos das Crianças foi aprovada em 1959, posteriormente ao Pacto de São José da Costa Rica no ano de 1969,⁹ que estabeleceu em seu artigo 19, que: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado.”

No Brasil foi criado o Decreto-Lei n. 5.083 que se instituiu o Código de menores, proporcionando a criação de novas figuras de crimes e contravenções, além claros, de um grande arsenal de instrumentos de proteção aos menores de 18 anos. Sua consolidação se deu através do Decreto Lei n. 17.943-A de 1927 que recebeu o nome de Código de Menores ou também conhecido nessa época como Código Mello Mattos.

O Código Mello Mattos dispunha que os menores de 14 anos estivessem sobre os cuidados dos pais, e quando tal fato fosse impossível, era aplicada a medida de internação. Já dos 14 aos 18 anos, dispunha um tratamento especial aos menores que fossem classificados como delinquentes ou abandonados. O próprio código dissertava acerca da acusação do Ministério público e defesa técnica através de advogado.

Após longo período de vigência o Código de Menores de 1927 já estava totalmente desatualizado, foi então que a doutrina entendia necessário rejeitar a designação menor delinquente e menor abandonado, propôs a criação uma nova modalidade em que os menores em questão deveriam ser assistidos. A compreensão de que não era possível falar em menor abandonado, quando os filhos entregavam-se à vadiagem, prostituição ou qualquer outra forma de indisciplina, mesmo com imenso esforço dos pais para que isso não acontecesse. Além disso deveria ser observado que o cometimento de uma infração era um indício de inadaptação dos menores de idade.

Faltava o principal, o Código não estabelecia a possibilidade de uma assistência na educação, seja ela realizada pela própria família dos menores de idade ou até mesmo pelas instituições especializadas, além disso, a própria vigência do Código Penal de 1970 impunha ao legislador uma adaptação do Código Mello Mattos.

O Código de Menores de 1979 dispunha em sua redação sobre assistência, proteção e vigilância sobre os infante-juvenis ou se encontrava em situação irregular dos 18 aos 21 anos

⁷ ONU - Organização constituída por governos da maioria dos países do mundo. É a maior organização internacional, cujo objetivo principal é criar e colocar em prática mecanismos que possibilitem a segurança internacional, desenvolvimento econômico, definição de leis internacionais, respeito aos direitos humanos e o progresso social.

⁸ UNESCO - Foi criada em 16 de novembro de 1945, logo após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de garantir a paz por meio da cooperação intelectual entre as nações, acompanhando o desenvolvimento mundial e auxiliando os Estados-Membros - hoje são 193 países - na busca de soluções para os problemas que desafiam nossas sociedades. É a agência das Nações Unidas que atua nas seguintes áreas de mandato: Educação, Ciências Naturais, Ciências Humanas e Sociais, Cultura e Comunicação e Informação.

⁹ A Convenção Americana de Direitos Humanos, popularmente conhecida como Pacto de São José da Costa Rica é um tratado celebrado pelos integrantes da Organização de Estados Americanos (OEA), adotada e aberta à assinatura durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e tendo entrado em vigor a 18 de julho de 1978, com a ratificação do décimo primeiro instrumento, de iniciativa de Granada. O documento tem um total de 81 artigos, incluindo as disposições transitórias, e tem como objetivo estabelecer os direitos fundamentais da pessoa humana, como o direito à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade pessoal e moral, à educação, entre outros similares. A convenção proíbe ainda a escravidão e a servidão humana, trata das garantias judiciais, da liberdade de consciência e religião, de pensamento e expressão, bem como da liberdade de associação e da proteção a família.

de idade, esses expressamente previstos no artigo 1º do Código, entre outras como situações irregulares, competência da Justiça de Menores, medidas de assistência e proteção e outras.

Três documentos de esfera internacional deram origem a maior mudança já vista no direito brasileiro: As Regras mínimas para a Administração da Justiça de Menores, também conhecida como Regra de Beijim em 1985; Convenção sobre os Direitos da Criança em 1989 e as Diretrizes para Prevenção da Delinquência Juvenil em 1990, além disso uniu-se a eles as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.

Foi reconhecido pela Doutrina da Organização das Nações Unidas, que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não apenas objeto de proteção, e com esse reconhecimento se estabeleceu para todos os países-membros que dispusessem uma justiça especializada para os menores de 18 anos e que construiu um modelo processual com base na presunção da inocência e com critérios de proporcionalidade e igualdade.

No Brasil, foi com a promulgação da Nova Carta em outubro de 1988, que o país deparou-se com um grande desafio, pois nesta época as crianças e adolescentes eram mais de 50% da população nacional e buscavam o exercício de seus “novos” direitos, além de ser anterior à Convenção dos Direitos das Crianças, ela utilizava como fonte o projeto de normas internacionais e simplesmente sistematizou preceitos, que mais tarde foram adotados pelas Nações Unidas.

Surge o marco histórico no território brasileiro, em 13 de julho de 1990 com aprovação da Lei n. 8.069, também conhecido como Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). Esse Estatuto também veio concentrar a tarefa de manter a identidade intocável da Convenção da Organização das Nações Unidas. Assim o Estatuto estava próximo do artigo 3º da Convenção, que dispõem: “Art. 3º - em todas as medidas concernentes aos menores que adotem as instituições públicas ou privadas de bem-estar social, os tribunais, autoridades administrativas ou os órgãos legislativos, uma consideração primordial a que se atenderá será o interesse superior do menor.”

O Estatuto estava adaptado à norma internacional, por influência do anterior Código dos Menores de 1979 em seu artigo 5º. Sua maior prioridade era bater meta do novo modelo imposto pelo ECA. O interesse supremo da Lei n. 8.069/1990 é o direito da criança e adolescente, e não mais restam dúvidas sobre o melhor interesse e depende apenas do critério da interpretação do judiciário com relação aos novos paradigmas conceituais e normativos da infância e juventude. É, neste sentido, que Silva (1987, p. 165 e 465) define criança e adolescente como:

[...] o indivíduo da espécie humana na infância, que por sua vez deriva do latim *infantia* (incapacidade de falar) ou de *infans*, que originalmente quer exprimir a situação de quem não fala ou de quem ainda não fala [...]. Na acepção jurídica, assinala o período que vai do nascimento à puberdade [...] adolescente é o indivíduo na adolescência, que se entende como o período que sucede à infância. Inicia-se com a puberdade e acaba com a maioridade. Deriva do latim *adolescere*, que significa crescer [...]

Souza, Castro e Besset (2008, p. 92) têm uma visão mais moderna e seu enfoque é com relação às mudanças: “[...] se observarmos o bebê, constatamos que suas ações são

limitadas por restrições situacionais. Quer dizer, os objetivos ditam à criança o que ela pode fazer, os seja, os objetivos têm uma força motivadora inerente.”

Os autores expõem a ideia de que, conforme o tempo vai passando e a criança crescendo, seus objetivos vão perdendo as forças determinadoras e mudaram seus objetivos, ou seja, a criança visualiza seus objetivos, mas age diferente em relação ao que vê e sente.

Após a infância, o indivíduo passa pelo período da puberdade, também conhecido como adolescência e somente acaba essa fase quando atinge sua maioridade. Para Seda (1993, p. 32):

[...] os conceitos de infância e adolescência, com seu profundo conteúdo ontológico, foram acolhidos por nosso Direito Positivo. É menor quem não é maior. É maior quem a lei convencionou que pode se auto-determinar na sociedade. É criança ou adolescente quem, perante a natureza (ontologia), vive em condição infanto-juvenil objetivamente observável no desenvolvimento pessoal de cada um. [...] O ordenamento jurídico brasileiro acolheu as crianças e os adolescentes para o mundo dos direitos e dos deveres: o mundo da cidadania. A ninguém, idoso, adulto, adolescente ou criança, é dado desconhecer que o mundo dos direitos é o mundo da ética, da responsabilidade [...]

Diante desse fato, não poderia o país deixar as crianças e os adolescentes à mercê de qualquer situação, por isso o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Declaração de Direitos Fundamentais da infanto-adolescência e a Constituição Federal Brasileira, vieram em favor do futuro do país.

Desse modo, foi substituída a Justiça dos Menores pela Justiça da infância e Juventude, devidamente adequada ao Direito e as normas constitucionais estabelecidas em 1989. Assim o Estatuto aboliu o termo “menor” e aderiu ao novo vocabulário, ou seja, o termo “crianças e adolescentes” e definiu que até os 12 anos são considerados crianças e dos 12 até os 18 são considerados adolescentes.

Essa adesão foi à melhor maneira encontrada para utilizar a técnica da Convenção da ON, adotada pela maioria das leis estrangeiras, que fazem referência ao menor como toda aquela pessoa, sujeito de direito menor de 18 anos de idade. Observa-se que o antigo vocabulário adotado como “menor” tem conteúdo de norma jurídica e com uma ambígua interpretação, motivo pelo qual foi modificado.

Assim, o Estatuto da Criança e Adolescente permitiu que o Direito dos Menores cedesse lugar ao Direito da Infância e da Juventude, a fundamentação de abandonar a antiga doutrina que prezava pelas situações irregulares deu lugar a nova doutrina baseada em proteção integral.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS BÁSICOS RELATIVOS À CRIANÇA E ADOLESCENTE

Os direitos fundamentais são os direitos que nascem com o indivíduo, portanto é o conjunto de direitos e garantias do ser humano, com a finalidade de respeitar a sua dignidade, com proteção do Estado de garantir todas as condições mínimas de vida para que se desenvolva.

Ao tratar de direitos fundamentais não podemos esquecer a principal de suas fontes, que deu origem aos ramos em que o direito se divide. Foram seis Constituições

Federais que regem nosso país desde 1824, incluindo a atual, e, de uma forma ou outra, contribuíram para a evolução dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal nada mais é que um guarda-chuva que ampara todos os demais ramos jurídicos hoje existentes, ela que projeta todas as normas jurídicas e, principalmente, seus respectivos princípios.

Está descrito dos artigos 5º ao 17 da Constituição os direitos fundamentais, garantias do indivíduo e do coletivo na sociedade brasileira. Tratam-se das garantias constitucionais, que dizem respeito à manutenção da eficácia e proteção da ordem contra qualquer fator que possa por em risco a norma.

Os direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988 são os direitos assegurados ao cidadão, como indivíduo ou como membro da sociedade, em oposição à discricionariedade estatal ou outros atos imprudentes praticados por terceiros. Já as garantias podem ser consideradas instrumentos da real efetivação desses direitos fundamentais e possuem caráter de norma constitucional, dependendo de uma lei.

A Constituição Federal descreve, em seu artigo 5º onde estão dispostos os direitos e deveres individuais e coletivos, que:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2012).

Não importa o sexo, religião, raça, idade, estado civil, condição social e econômica ou qualquer outra forma que possa diferenciar os cidadãos brasileiros; perante a Constituição todos são iguais, com direitos e deveres. A dignidade humana é um direito fundamental, inviolável, muito mais que um simples direito descrito na Carta Magna, atributo a pessoa humana, pelo fato de “SER” humana. O sistema normativo brasileiro é feito por leis decorrentes das necessidades vivenciadas pelos cidadãos.

Ávila (2005, p. 22), explica acerca das normas: “[...] normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos [...]” É neste mesmo sentido que Ferraz Júnior (2002, p. 118) manifesta-se:

[...] a opinião prevalecente na doutrina dogmática é de que a norma jurídica é uma espécie de imperativo despsicologizado, isto é, um comando no qual não se identifica o comandante nem o comandado, posto que, de um lado, a figura do legislador ou quem quer que seja o emissor de normas parece perder sua importância depois de posta a norma e, de outro, os destinatários da norma não se identificam, posto que normas jurídicas são comandos genéricos e universais. Há por isso, quem diga não se tratar, em absoluto, de um comando [...]

Não pode ser esquecido, que além das regras existem os princípios. Eles são uma espécie de norma que é construída com bases na interpretação do sistema, de tal forma que é verdadeiro que Canotilho (1998, p. 53), dispõe:

[...] os princípios são normas jurídicas impositivas de uma “otimização”, compatível com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos “fáticos” e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permite ou proíbem) que é ou não cumprida; a convivência dos princípios é conflitual, a convivência de regras antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se.

Reale Junior (2003, p. 105) explica: “[...] são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas [...]” Portanto, é plausível concluir que as regras e os princípios surgiram para auxiliar o Estado como um todo, gerar e proteger garantias aos cidadãos.

Os princípios básicos em questão são os Direitos Fundamentais, que se referem ao homem como pessoa e ser humano. Decorrem, contudo, dos princípios do Direito Natural. Miranda (1967, p. 621-622) faz referência e comentários sobre os direitos fundamentais na década de 1960:

[...] os Direitos Fundamentais não fazem, às vezes, fundamental o que não é supra-estatal. Os direitos supra-estatais são de ordinários, Direitos Fundamentais Absolutos [...] Diante dos direitos supra-estatais, o papel do Estado é apenas definidor de exceções. Quer dizer: o Estado aponta casos em que o direito não existe, devendo, porém, ficar dentro do âmbito que o conceito supra-estatal de casa um desses direitos lhe deixa [...]

Não pode ser questionada, em nenhum momento a compatibilidade entre a os Direitos Fundamentais e a Doutrina Juridicamente da Proteção Integral adotada em 1988 pela Constituição Federal Brasileira, pois a doutrina tem sua base na ideia em que as crianças e os adolescentes são sujeitos, reconhecidos universalmente. Assim disserta Pontes Junior (1992, p. 24-25):

[...] crianças e adolescentes são sujeitos de direito universalmente reconhecidos, não apenas de direitos comuns aos adultos mas, além desses, de direitos pessoais provenientes de sua condição de pessoa em desenvolvimento que devem ser assegurados pela Família, Estado e Sociedade. Inclui-se nesse desenvolvimento a preocupação por todos os aspectos - seja físico, moral, espiritual, social etc. - que possam convergir para o estabelecimento de condições de liberdade e de dignidade, e que garantam a satisfação de todas as suas necessidades, vale dizer, que possam promover a proteção integral de crianças e adolescentes [...]

Assim, não poderia ser diferente a interpretação de Vercellone (1992, p. 18):

[...] a plena capacidade jurídica do cidadão menor de idade quanto aos Direitos Fundamentais. O fato de estar fisicamente e psiquicamente imaturo não exclui a perfeita correspondência entre a situação jurídica do adulto no que diz respeito aos Direitos Fundamentais, os quais podem ser identificados basicamente nos direitos da personalidade, seja em relação ao Estado, será em relação a outros cidadãos. [...] Crianças e Adolescentes não são mais que pessoas *capitis diminutiae*, mas sujeitos de direitos plenos; [...]

O Decreto-Lei n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 foi fruto de iniciativa da população, além disso, o decreto reflete os princípios básicos da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990.

Portanto, com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, abriu-se um leque de interesses no Brasil, já que a população jovem era quase uma maioria. As crianças e os adolescentes são considerados na sociedade brasileira como vulneráveis e o Estatuto da Criança e do Adolescente veio rebater, proteger, representar e efetivar os direitos básicos de qualquer ser humanos com base no princípio da dignidade da pessoa humana e outros.

A partir dessa evolução histórica, os infanto-adolescentes são consideradas pessoas humanas, cidadãs, sujeitos de direitos plenos e reconhecidos universalmente. São regidos pelos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Princípios da prioridade absoluta, Princípios do melhor interesse e princípio da municipalização.

Dignidade Humana é fruto e sinônimo de luta pelos seus direitos básicos da mulher e do homem. Dessa premissa, pois, é que extrai-se a busca pela concretização efetiva dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes; esse direito, pois, decorre daquele. Conforme Magalhães (2008, p. 128): “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se ligado fundamentalmente com os direitos fundamentais ou humanos, na forma de que todos a todos os indivíduos serão assegurados e respeitados os direitos fundamentais.”

Tratando-se de princípios não se deve esquecer o maior deles, descrito no artigo 1º, III da Constituição Federal Brasileira: “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.” Dias (2001), publicou em seu blog, o que é dignidade humana:

O termo dignidade humana é o reconhecimento de um valor. É um princípio moral baseado na finalidade do ser humano e não na sua utilização como um meio. Isso quer dizer que a dignidade humana está baseada na própria natureza da espécie humana, a qual inclui, normalmente, manifestações de racionalidade, de liberdade e de finalidade em si, que fazem do ser humano um ente em permanente desenvolvimento na procura da realização de si próprio [...]

Contudo vale relembrar o que foi descrito no item anterior que em 1924 foi criado o primeiro documento internacional que expunha as preocupações em reconhecer os direitos dos menores de dezoito anos. O mesmo ficou conhecido como Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, este foi o principal marco histórico acerca do tema. Fica estabelecido as prioridades, com a instituição de alguns direitos básicos com a proteção especial para o desenvolvimento físico, mental, espiritual e moral infanto-adolescentes.

A educação não poderia ficar de lado, sendo gratuita a todas as crianças e adolescentes, além de proteção a negligência, crueldade, exploração, atos discriminatórios e prioridade em socorro aos menores.

Assim, foi criada uma doutrina, dividida em três pilares de proteção integral: reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção especial; As Crianças e Adolescentes tem direitos à convivência fami-

liar; As Nações subscritoras obrigaram-se a assegurar os Direitos inseridos na Convenção como absoluta prioridade.

Assim, o primeiro passo na busca pela real efetivação desse primado normativo foi dado em setembro de 1990, no Encontro Mundial de Cúpula pela Criança, no qual mais de 80 países participaram.

Nesse encontro, assinaram a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança e foi assumido o grande compromisso de promoverem a rápida implantação dos direitos então instituídos e ratificados e um comprometimento de todos com a melhoria da saúde de crianças e mães, além de combater o analfabetismo e a desnutrição pelo mundo inteiro.

Em 1990 aprovado pela República Federativa do Brasil o estatuto que protegeria no território nacional as crianças e adolescentes aqui nascidas. O ECA, como é mais conhecido, possui em 2012 seus jovens 22 anos. Entretanto, muitas normas estabelecidas nele ainda não são devidamente efetivadas, tanto pela sociedade, como pelo governo e pelos próprios familiares dos indivíduos descritos neste Estatuto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente possui sistema baseado em regras e princípios, as regras passam segurança e limitam as condutas, enquanto os princípios têm suas bases fundamentadas nas regras, além de valores relevantes e valores que são decorrentes das normas jurídicas.

O Princípio da Dignidade Humana é a base para todos os outros existentes no Estatuto da Criança e Adolescente. Contudo, o mesmo norteia-se em três princípios gerais, o princípio da prioridade absoluta, do melhor interesse e da municipalização.

Contudo, o princípio da prioridade absoluta é atribuído em favor dos menores de dezoito anos em todas as esferas, seja no meio judicial, extrajudicial, administrativo, social e até mesmo no âmbito familiar, pois é o interesse das crianças e adolescentes que deve ser avaliado.

Um exemplo simples é que a administração poderá dar prioridade em construir creches e escolas em favor das crianças e adolescentes, pois é constitucionalmente assegurada no artigo 277¹⁰ da Constituição Federal e nos artigos 4^o¹¹ e 100¹² do Estatuto da Criança e Adolescente.

A prioridade não é meramente do meio administrativo, pois envolve toda a sociedade, sendo que está assegurada pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que os menores de 18 anos elencados no ECA possuem uma complexa fragilidade, de tal forma que estão sujeitos e expostos à maiores riscos do que uma pessoa em idade adulta.

É importante lembrar que os meios acima descritos são fundamentais para cumprimento desse direito.

¹⁰ Art. 277 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, 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.

¹¹ Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹² Art. 100 - Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

A família possui historicamente no Estatuto, com base em seu poder, o dever de formação, além de recair sobre si um dever moral e a responsabilidade pelo bem estar das crianças e adolescentes. Seja em razão do vínculo afetivo ou sanguíneo, o cumprimento é o mesmo deste dever.

A comunidade é o alicerce mais próximo após a família, ensinando os bons costumes, a convivência com as demais pessoas, além disso, são responsáveis por assegurar e resguardar os direitos fundamentais.

Já a sociedade em geral, tem um papel de fiscalizar, além de cobrar os comportamentos estabelecidos pela sociedade tidos como adequados, ou seja, bons modos, educação, cultura, moral, ética, responsabilidade e outros.

Por fim, o Poder Judiciário cuida para que a lei seja cumprida adequadamente e respeitada, trazendo para as crianças e adolescentes um maior conforto em saber que não estão sozinhos, apesar de serem jovens e vulneráveis não é permitido que sejam sujeitos a maus tratos, falta de educação e sanidade precária, falta de amor, carinho e lazer.

Ressalta-se, que o princípio da prioridade absoluta é pleno, irrestrito e constitucionalmente legal. O dever desse princípio em ser efetivado, é de todos. Os princípios do melhor interesse têm origem no direito anglo-saxônico, no qual o Estado atribuía para si a guarda dos indivíduos juridicamente com limitações (loucos e menores de idade).

Foi com a criação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada por unanimidade no ano de 1989, que o compromisso de que a sociedade deve dar certas garantias, incluindo os mecanismos necessários para fiscalização do cumprimento de suas disposições e obrigações concernentes à sua infância foram construídas. No Brasil foi através do Decreto n. 99.710/90 (BRASIL, 1990a) que: “Artigo 3º. 1 - todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

O Brasil, em caráter definitivo incorporou o princípio do “melhor interesse da criança” em seu sistema jurídico de tal modo que o legislador orienta sua aplicação, gerando prioridade nas necessidades das crianças e adolescentes como um critério de interpretar a lei.

O princípio presa pela garantia de todos os direitos fundamentais gerados para crianças e adolescentes sem qualquer possibilidade de ambiguidade na interpretação da lei. Foi na Convenção Internacional sobre os Direitos dos Menores que a doutrina adotou como regra geral a proteção integral e reconheceu os direitos fundamentais para as crianças e adolescentes.

No Brasil foi incorporado na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 7º¹³ e também pelo Estatuto da Criança e Adolescente de 1990. O princípio em questão orienta o legislador de tal forma que não há nenhuma dúvida quanto sua aplicação, pois prima pelas necessidades dos menores de dezoito anos em questão, além disso, resguarda os direitos fundamentais deles.

¹³ Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Em palavras simples, este princípio nada mais é do que o norte, ele orienta todos os demais princípios que se afrontam com as necessidades e exigências da infância e da juventude. Fazê-lo funcionar e principalmente ver ele em ação é dever da sociedade em geral, família, escola, judiciário e nação brasileira.

Entretanto a Constituição Federal teve a função de repartir os poderes e aplicar a política assistencial. Foi dado como competência da União ditar as regras gerais e de ordenações e programas de assistência social, além disso, a Lei 8.069 de 1990 incorporou o princípio da municipalização,¹⁴ seguindo a Constituição Federal Brasileira.

Fica reservado à Esfera Estadual e Municipal, assim como as entidades beneficentes e de assistência social a execução das políticas assistenciais. Essa gestão coletiva das políticas assistenciais envolve todos os agentes, responsabilizados com uma grande persistência em implantar, buscar e colher bons resultados. Segundo Amin (2009, p. 33), que expõem seus conhecimentos sobre o princípio da municipalização:

Acrescenta-se que é mais simples fiscalizar a implementação e cumprimento de metas determinadas nos programas se o poder público estiver próximo, até porque reúne melhores condições de cuidar das adaptações necessárias à realidade local. Aqui está o importante papel dos municípios na realização das políticas públicas de abrangência social [...] A relevância do poder público local na legislação estatutária é facilmente verificável. Está descrito na Lei n. 8.242/91 que:

Art. 2º - Compete ao Conanda: Elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. (BRASIL, 1991).

Seguindo esse ponto, verifica-se que o Estatuto da Criança e Adolescente dispõe em seu artigo 88¹⁵ as políticas de atendimento, assim a municipalização busca a plena eficiência e eficácia na prática da proteção integral das crianças e adolescentes.

Os direitos básicos são aqueles elencados com direitos primordiais para a existência do ser humano, nesse caso, para as crianças e adolescentes. As crianças e adolescentes são consideradas cidadãos. Em outras palavras, significa que eles “têm o direito a ter direitos”.

¹⁴ Art. 100 - Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

¹⁵ Art. 88. São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento; II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; III - criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa; IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente; V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional; VI - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei; VII - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade.

Foi com a Constituição Federal 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que as crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos, além de possuírem direitos fundamentais inerentes a toda pessoa humana. Mas com o Estatuto dispõem que eles são portadores de direitos especiais em razão da sua condição com pessoa em desenvolvimento.

As crianças e os adolescentes são portadores de uma cidadania particular e desafiadora, sendo que para a sociedade são vistos apenas como cidadãos pela metade, pela sua fragilidade perante o mundo.

Quando se diz que são sujeitos de direitos, afirma-se que a cidadania é especial para esses sujeitos, pois busca estabelecer um contraponto, pois a passagem de objetos para sujeitos de direitos significa uma mudança gigantesca nos princípios norteadores.

É importante lembrar que só foi possível chegar a essa concepção com Convenção Internacional dos direitos da criança e do adolescente de 1989, nada mais é do que uma doutrina da proteção integral, adotada no Brasil pela Constituição Federal 1988 enfatizada pelo Estatuto da Criança e adolescente, onde ficam definidos não mais pela situação que se encontram, mas por serem titulares de direitos.

Assim o Estatuto dispõe em seus artigos os direitos básicos e fundamentais para as crianças e adolescentes, com o direito à vida e à saúde, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, o direito à convivência familiar e comunitária, o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, o direito à profissionalização e à proteção no trabalho.

O direito à saúde e a vida, são direitos fundamentais, regrado pela Constituição Federal Brasileira.¹⁶ Os direitos fundamentais são destinados a resguardar a dignidade da pessoa humana, sem esses direitos o ser humano não se torna uma pessoa digna.

O direito à saúde e à vida¹⁷ começa com o nascituro, seja ele um ser já concebido, ou ainda estando no ventre materno. É com essa afirmativa que Farias (2005, p. 183) refere-se:

[...] o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estado em desenvolvimento no útero materno. Direito à vida nada mais é do que um pressuposto da personalidade jurídica e da formação do sujeito de direito. É com a vida que começa nascer o direito fundamental da pessoa, mas não pode ser esqueci que sem saúde o ser seria incompleto. Por tal fato é que no próprio Estatuto da Criança e Adolescente do artigo 7º ao 14, venha elencando esses direitos juntos, pois sem esses em primazia não existiram outros direitos.

Entretanto fica claro para a sociedade que a criança e o adolescente têm seu direito assegurado de atendimento integral à saúde na rede pública. A Organização Mundial

¹⁶ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁷ Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas.

de Saúde define saúde, “[...] não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social.” (SEGRE; FERRAZ, 1997).

Segundo Humenhuk (2004):

A saúde como premissa básica no exercício da cidadania do ser humano, se constitui de extrema relevância para a sociedade, pois a saúde diz respeito à qualidade de vida, e o direito sanitário se externa como forma indispensável no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

O artigo 11 da Lei n. 8.069/90, assegura atendimento integral à saúde das crianças e adolescentes, através do Sistema Único de Saúde, dessa maneira garante acesso universal, igualitário nas ações e serviços para promoção, recuperação da saúde e proteção.

Ao estar elevado com um dos direitos fundamentais, sociais e de prestação, o direito à saúde é um elemento marcante no constitucionalismo liberal e social. Sua existência descrita na Constituição Federal de 1988 como direito de prestação, impondo dever ao Estado, que através de uma ação positiva efetiva garantias e eficácias do direito fundamental e de prestação à saúde.

É, nesse sentido, que se manifesta Humenhuk (2004):

[...] os *direitos* fundamentais, por estarem em uma posição de destaque dentro da constituição Federal de 1988, torna-se um tema de extrema relevância para qualquer pesquisador do *direito*, pois através destes, se obtêm um grau de conceitos e teses que se desdobram nas mais variadas correntes e institutos do *Direito*. Assim, a saúde, por ser um *direito* fundamental de cunho prestacional e social, [...] o *direito* à saúde é pressuposto para a qualidade de vida e dignidade humana de qualquer pessoa. Inobstante a isto, vivemos em um Estado Social e Democrático de *Direito*, e o Estado tem a função de dar garantia e eficácia de alguns *direitos* aos cidadãos, diante disto, os *direitos* fundamentais, revelam-se, já no próprio sentido da palavra, como fundamental, ou seja, é pressuposto para a vida de qualquer ser humano, pois sem este, não há dignidade humana. [...] o *direito* à saúde se consubstancia em um *direito* público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia. [...] o *direito* à saúde, é um dos principais *direitos* inerentes ao cidadão, designando sua importância através da preservação da vida e da dignidade humana.

Portanto, o direito à vida anda lado a lado com o direito à saúde, pois um assegura a sobrevivência do outro, diante das normas constitucionais estabelecidas no país. Por outro lado, existe também, o direito à liberdade, um direito simples e pouco respeitado, não importa a condição social, cor e religião, devem ser igualmente respeitadas. Impossibilitar que uma pessoa desfrute de ir e vir em uma praça pública apenas em razão de sua condição social viola gravemente o direito à liberdade.

Segundo Silva (1987, p. 84), liberdade é faculdade ou poder outorgado à pessoa para que possa agir segundo a sua própria determinação, respeitando, no entanto as regras legais instruídas. O Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 16, faz menção ao direito à liberdade:

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos: I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais; II - opi-

nião e expressão; III - crença e culto religioso; IV - brincar, praticar esportes e divertir-se; V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; VI - participar da vida política, na forma da lei; VII - buscar refúgio, auxílio e orientação. (BRASIL, 1990).

O mesmo acontece pela discriminação da cor, algumas pessoas imaginam que a cor diz quem é a pessoa, mas um pouco a mais de melanina não significa que a pessoa não tenha seus direitos, aliás, que não seja respeitada como cidadão, como pessoa humana.

O Brasil é um país composto por uma miscigenação de cores e crenças, mesmo assim algumas pessoas ainda sofrem com discriminações, restrições e tornaram-se vítimas de uma sociedade que não aprendeu que não importa cor, opção sexual e religião, todos devem ser respeitados como pessoas humanas. O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente refere-se sobre o direito ao respeito:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (BRASIL, 1990).

O direito ao respeito, conforme artigo 17 do Estatuto consiste na inviolabilidade da integridade da criança e do adolescente, preservando a imagem, a identidade, a autonomia, os valores, as ideias e as crenças, os espaços e os objetos pessoais. De acordo com Gama (2008, p. 80) dispõem que:

Como pessoa humana em processo físico e psíquico de desenvolvimento, a criança e o adolescente são portadoras da condição peculiar a merecer tratamento diferenciado das outras pessoas. Tal tratamento deve ser ministrado não para diminuí-los sob o prisma jurídico, mas sim para que eles possam ser integralmente protegidos com objetivo de permitir o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade conforme a feliz redação do art. 3º da Lei nº 8.069/1990 o Estatuto da Criança e Adolescente.

A proteção vem elencada no artigo 18 do Estatuto, enfatiza que a criança e o adolescente devem estar protegidos de todo e qualquer tratamento vexatório, desumano, violento, aterrorizante e constrangedor, garantindo assim sua dignidade humana: “Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.” (BRASIL, 1990).

Portanto cabe a sociedade como um todo desempenhar a função de zelar pelos menores de dezoito anos, respeitando as diferenças de cada um deles, bem como protegendo e visando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para alguns autores, o direito à alimentação está diretamente ligado com o direito à vida, pois sem alimentação não existe saúde, e sem saúde não existe vida, embora no Estatuto da Criança e Adolescente não exista um capítulo específico para tratar de tal direito. Conforme descrito na Constituição Federal Brasileira e no próprio Estatuto da Criança

e Adolescente, existem direitos a serem protegidos e resguardados, sendo dever de todos zelar por este Direito.¹⁸

A responsabilidade do Estado torna-se evidente e regulamentada em lei quando os pais dos menores de dezoito anos não tenham condições de fazê-lo. O Brasil, mesmo no século XXI, ainda enfrenta problemas com a falta de alimentos, enquanto muitas pessoas podem escolher o que querem comer, alguns não têm nada para escolher, pois sem proventos não a alimentos.

Cabe ao Estado e a Sociedade como um todo mudar a situação. Não é possível que uma pessoa passe fome, uma necessidade básica para sua sobrevivência. E se tratando de crianças e adolescentes, fica mais absurdo tal fato, pois um país que tem orgulho de dizer que as crianças são seu futuro, não poderia permitir tal insanidade.

Para ocorrer à devida efetivação de todos os direitos fundamentais assegurados às crianças e adolescentes, faz-se necessário garantir uma convivência familiar. A família é o alicerce do ser em desenvolvimento. O vínculo familiar é importantíssimo para um desenvolvimento sadio, sendo que essa convivência irá permitir um desenvolvimento com dignidade e efetivação dos direitos humanos. O Estatuto da Criança e Adolescente dispõem em seu artigo 19¹⁹ esse direito.

As crianças e os adolescentes devem sentir-se amados, serem acolhidos pela sua família natural ou adotiva e pela sociedade, sempre com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O próprio artigo 23 do Estatuto ressalta que a falta ou carência de matérias não constitui motivos para perda ou suspensão do poder familiar. Seria de uma total falta de sentimento se a sociedade permitisse que um pai ou uma mãe perdessem ou tivessem seus direitos suspensos apenas por serem de uma condição financeira baixa. A convivência não está atribuída somente aos bens matérias mais também aos afetivos.

Condição financeira não se faz necessária, mas os laços afetivos de carinho, amor e respeito ultrapassam todas as barreiras financeiras. Nada adiantaria uma criança ter todos os brinquedos do mundo, as melhores roupas e comidas e ter pais que não tem o menor tempo de dar carinho, de conversar, educar e amar seus filhos.

Não se pode deixar de falar de um direito conhecido e efetivado na maioria das vezes. Pode-se acreditar que seja o direito à educação o mais simples de todos, porém na prática ele, muitas vezes fica apenas no papel. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu artigo 53 que: “Art. 53 - A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: [...]”

Sua finalidade é simples, assegurar o pleno desenvolvimento das crianças e adolescente, juntamente com a preparação para o exercício da cidadania e qualificar os mesmos para a vida adulta e para o trabalho. Esse direito básico também é um fator de transformação social, pois uma nação onde as crianças e adolescentes tem uma educação e for-

¹⁸ Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹⁹ Art. 19 - Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

mação como pessoa humana e cidadão, demonstra que o país preocupa-se com o futuro. Assim também descrito no artigo 227²⁰ da Constituição Federal de 1988.

O acesso à educação surgiu como um fator de transformação social que visa combater a exclusão social e permite que os menores de 18 anos desenvolvam-se e estejam preparados para convivência com a sociedade.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem em seu conteúdo que o ensino é obrigatório e gratuito, além de ser um direito público e subjetivo dos menores de 18 anos em questão.

Cabe aos pais e responsáveis a total obrigação de efetivar a matrícula das crianças e adolescentes na escola e averiguar a frequência dos mesmos, cabe ao Estado oferecer o ensino e o estabelecimento que fornece o ensino fundamental comunicar o Conselho Tutelar nos casos de maus tratos, as faltas injustificadas, evasão escolar e os níveis de repetências dos alunos.

Existe total obrigação por parte da família, do Estado e da escola para que os menores de 18 anos não deixem de estudar ou abandonem os estudos. Por este fato é que a educação é um direito garantido constitucionalmente. É, nesse sentido, que a Promotora Sandra Soares de Pontes (2012) disserta sobre o tema:

[...] a educação, enquanto direito basilar de crianças e adolescentes, objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando, visando o pleno desenvolvimento de sua pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. A cultura, entendida como o conjunto de natureza material e imaterial, portador de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira é garantida constitucionalmente, devendo o Estado assegurá-la, através do pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais. [...] o esporte é assegurado constitucionalmente, sendo dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um [...] O lazer também é direito garantido constitucionalmente às crianças e adolescentes, como forma de contribuir para o seu desenvolvimento biológico, psicológico e social, firmado sobre a esteira do equilíbrio e da alegria.

Por esses fatores o próprio Estatuto dispõe que no processo educacional devem ser respeitados os valores culturais, artísticos e históricos do contexto social das crianças e adolescentes, garantindo-se a liberdade de criação e acesso a cultura. Também o esporte e o lazer contribuem para que as crianças e adolescentes desenvolvam seus potenciais e um bom relacionamento com o resto da sociedade.

Por fim, não se pode deixar de lado um direito tão robusto, pois é sabido que todo sustento do homem é obtido com seu trabalho, mas a busca pelo sustento das crianças e adolescentes é responsabilidade dos adultos.

²⁰ Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado 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.

Entretanto com a atual mudança do conceito de criança, como objeto para sujeito de direitos, refletiu-se na evolução da sociedade e nas legislações. O Brasil adotou a norma internacional que proíbe o trabalho de menores de 16 anos, permitindo, somente que seja contratado a partir de 14 anos na condição de aprendiz, segundo a Constituição Federal de 1988,²¹ antes dos 14 anos de idade não existe qualquer possibilidade lícita de trabalho, já que não prevista qualquer exceção na norma constitucional. E é nesse mesmo sentido que é proibido conforme a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 403²² e no Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 60.²³

A fundamentação jurídica é simples, eles devem ter tempo para estudar, pois o trabalho nessa fase etária retiraria o tempo necessário para freqüentar as aulas, estudar e efetuar lições ligadas aos estudos. Ainda mais que algumas situações de trabalho acarreta danos para a saúde das crianças e adolescentes em questão, pois são pessoas em desenvolvimento.

Existe sim, por parte das normas Constitucionais e do Estatuto a preocupação com a profissionalização da criança e adolescente que necessitam desenvolver todas as suas necessidades diárias para estar preparada para o futuro, a vida adulta.

Portanto, é conclusivo que as crianças e os adolescentes são protegidos por princípios e direitos fundamentados na lei brasileira com base em normas internacionais que trouxeram a evolução jurídica.

5 CONCLUSÃO

Verificou-se ao longo desse estudo que o Direito Brasileiro tem laços com o Direito Português, dando origem ao Direito Luso-Brasileiro. Com sua base no Direito Português, o Brasil foi modificando suas Constituições e adaptando-se as necessidades da constante evolução humana.

As crianças e adolescente fazem parte desta sociedade e não poderiam ser consideradas mais consideradas como adultas, assim surgiu no ano de 1923 o marco histórico internacional, que proporcionou para o Mundo uma nova visão sobre os mesmos.

No Brasil criou-se uma Lei específica, onde fica evidente o papel do Estado, da Sociedade, Escola e pais diante das crianças e adolescentes, buscando efetivar todos os direitos deles e evitando a violação dos seus direitos fundamentais básicos como ser humano.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roberto Barbosa. *Direito da infância e juventude*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²¹ 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.

²² A ela utilizava como fonte o projeto de normas internacionais e simplesmente sistematizou preceitos, que mais tarde foram adotados pelas Nações Unidas. Art. 403 - É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

²³ Art. 60 - É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral e princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina F. L. *Curso de direito da criança e do adolescente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

_____. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Manuais de Legislação).

_____. *Decreto n. 99.710*, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

_____. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

_____. *Lei n. 8.242*, de 12 de outubro de 1991. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Brasília, DF: Senado, 1991.

_____. *Lei n. 11.829*, de 25 de novembro de 2008. Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm>. Acesso em: 20 jun. 2013.

_____. *Projeto de Lei n. 3.773*, de 18 de julho de 2008. Altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na Internet. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=405465>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CURY, Munir (Org.). *Estatuto da Criança e Adolescente comentado*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Cláudio Marino Ferreira. *Dignidade humana*. 2001. Disponível em: <<http://claudiomarinofdias.blogspot.com>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para formulação dogmática constitucionalmente adequadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

JUSTO, António dos Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/dir_bras_raiz_hist.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2013.

LEAL, Luciana de Oliveira. *Liberdade da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Direito da criança e adolescente*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2003.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Direito processual civil*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MÉNDEZ, Emilio Garcia; COSTA, Antonio Carlos Gomes da. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil: tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

O QUE É CONGRESSO pan-americano da criança e adolescentes. Disponível em: <<http://www.xxcongresopanamericano.org/portugues/xx-congresso-pan-americano.html>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- PONTES JUNIOR, Felício de Araujo. *Conselho de Direitos da Criança e Adolescente: uma modalidade do exercício de direito de participação política - fatores determinantes e modo de atuação*. 1992. Dissertação (Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional)-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1992.
- PONTES, Sandra Soares de. *Direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer*. Disponível em: <<http://www.abmp.org.br/acervo.php?b=4>>. Acesso em: 25 jun. 2013.
- REALE JUNIOR, Miguel. *Paradigmas da cultura contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTIAGO, Emerson. *Pacto de São José da Costa Rica*. Disponível em: <<http://www.info-escola.com/direito/pacto-de-sao-jose-da-costa-rica/>>. Acesso em: 26 jun. 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SEDA, Edson. *Construir o passado ou como mudar hábitos, usos e costumes, tendo como instrumento o Estatuto da Criança e Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101997000600016&script=sci_arttext>. Acesso em: 26 jun. 2013.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os direitos da criança e os direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- SOUZA, Solange Jobim; CASTRO, Lucia Rabello de; BESSET, Vera Lopes (Org.). *Pesquisa-intervenção na infância e juventude*. São Paulo: Nau, 2008.
- VERCELONE, Paolo. *Estatuto da Criança e Adolescentes comentado (comentário ao art. 3º)*. São Paulo: Malheiros, 1992.

LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: RELEITURA À LUZ DOS DIREITOS CULTURAIS E DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Francisco Humberto Cunha Filho*
Marcus Pinto Aguiar**

Resumo

A obra intelectual enseja a proteção do direito de autor tendo em vista sua relevância como produto do espírito, mas simultaneamente, esta mesma obra pode vir a ter um valor para a comunidade local em que seu criador está inserido ou mesmo para toda a humanidade. Sendo assim, muitas vezes é inescapável o conflito entre os direitos de autor, de acesso à cultura, à informação e à liberdade de expressão, ensejando uma metodologia própria para a solução deste confronto. O presente trabalho procura dimensionar o aludido embate entre interesses individuais e coletivos em torno dos bens culturais, municiando-se, em termos jurídico-positivos do Direito Brasileiro, por excelência, do artigo 170 da Constituição Federal e do artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor. Levanta ainda a intensificação do debate, em nosso país e alhures, por conta da importância econômica e social, e da dinâmica e abrangência dos meios de comunicação e das tecnologias informacionais que tanto podem ser instrumentos de difusão dos bens culturais como de exclusão do acesso aos mesmos.

Palavras-chave: Direito de Autor. Direito de Acesso à Cultura. Direitos Culturais. Limitação de Direitos. Princípio da Livre Concorrência. Princípio de Defesa do Consumidor.

Limitations to the copyright in the society of information: revisiting under cultural rights and the principles of free competition and the consumer's defense

Abstract

The intellectual work deserves special protection of copyright due to its relevance as a product of the human spirit, but at the same time, this work could have a value for the local community in which the author is inserted or even for humankind. As a matter of fact, it is often inescapable the conflicts between copyright and the rights to culture access, to information and to freedom of express, deserving a proper methodology for solving this conflict. This work intends to assign the debate here mentioned between individuals and collective interests, mainly based in legal-positive terms of the Brazilian Law, par excellence, the article 170 of the Federal Constitution and the article 4 of the Code of Consumer Protection. Also raises the intensification of the debate on national

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Professor Titular do Curso de Pós-graduação stricto sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza; Advogado da União; Avenida Washington Soares, Edson Queiroz, 60811-905, Fortaleza, Ceará, Brasil; humbertocunha@unifor.br

** Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais da Universidade de Fortaleza; Avenida Washington Soares, Edson Queiroz, 60811-905, Fortaleza, Ceará, Brasil; marcuspaguiar@hotmail.com

and international basis, due to its economic and social value and to the dynamic range of media and information technologies, which can be both means for the dissemination of culture or for social exclusion.

Keywords: Copyright. Right to Culture Access. Cultural Rights. Rights' Limitation. Free Competition Principle. Consumer's Defense Principle.

1 INTRODUÇÃO

A criação cultural tem a característica marcante de contribuir tanto para o desenvolvimento do espírito do próprio autor como, ao ser exteriorizada, influir no progresso não apenas da comunidade em que está inserido, mas de potencialmente se propalar em um movimento universal ao ponto de atingir quase que a totalidade dos seres humanos, especialmente na atualidade, em que os meios tecnológicos agilizam esta difusão e ampliam seu alcance.

Este movimento de internacionalização das obras culturais tem reclamado a necessidade de se promover sua proteção e normatização não apenas no âmbito interno dos países, mas também em termos planetários, tendo em vista a importância social, mas, principalmente, para muitos, econômica, tanto em relação ao direito autoral como também ao acesso à cultura.

Tendo em vista a importância econômica dos bens culturais, a proteção internacional, através da uniformidade de tratamento, logo se fez necessária para garantir o interesse dos titulares de direitos autorais e para evitar maiores discrepâncias no âmbito interestatal, o que facilmente se depreende da análise das legislações nacionais e dos tratados multilaterais.

Primeiramente, este trabalho informa sobre a evolução da proteção do direito de autor, para que se possam entender os interesses presentes na sua efetivação. Em seguida, são dispostas algumas das ideias em relação à natureza jurídica deste direito e seus possíveis desdobramentos em termos de um status de fundamentalidade.

A constatação de que tanto o direito de autor como o de acesso à cultura são fundamentais, enseja um critério adequado para dirimir os conflitos que normalmente surgem quando da colisão entre ambos. Também é tratado o choque de interesses que há entre as grandes corporações da indústria cultural (HORKHEIMER; ADORNO, 1985, p. 118)¹¹ com o Estado - que tem entre suas obrigações a de proteção e promoção da cultura -, e os membros da comunidade, que usufruem diretamente das obras.

No instrumental de análise, será abordada a importante consulta pública que se tem realizado no Brasil para a alteração da Lei n. 9.610/98, a Lei de Direitos Autorais, na qual se almeja inserir mais fortemente a promoção dos direitos culturais.

Ainda em termos metodológicos, além da pesquisa doutrinária, também se fez necessária a abordagem dos principais dispositivos constitucionais que promovem a proteção da cultura e sua interligação com os elencados no capítulo referente à ordem econômica.

¹¹ O conceito de indústria cultural aqui compreendido promana desses autores.

Por fim, uma abordagem da sociedade informacional e suas peculiaridades, além dos principais projetos de lei em alguns países que, no contrafluxo da ampliação dos direitos fundamentais, visam restringir o direito à informação e, por conseguinte, o acesso à cultura.

Todo percurso e esforço aqui despendidos se justificam em função do objetivo maior desta investigação: o de se entender como os princípios constitucionais da livre concorrência e de defesa do consumidor podem ser manejados em face dos direitos de autor para a proteção e promoção dos direitos culturais.

2 O SURGIMENTO DO DIREITO DE AUTOR E SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

E Deus criou o homem a sua imagem e semelhança (BÍBLIA, 2004). Daí, é ínsito da natureza humana a capacidade de criar. Mas enquanto as obras de Deus permanecem para todo o sempre, as do homem, por mais que durem, são perecíveis, pois subsistem na temporalidade e na impermanência.

Há algo novo nas criações humanas na sociedade informacional da atualidade: não possuem o atributo da escassez, isto é, podem ser consumidas e não se esgotam (KRETSCHMANN, 2010, p. 91).² Este atributo lhes permite o uso por qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo, a qualquer momento, simultaneamente.

A capacidade criativa do ser humano é algo que lhe é próprio, inerente a sua personalidade. Alguns produtos - leia-se: exteriorização produtiva - desta capacidade intrínseca, recebem maior importância na sociedade do que outros; mesmo que todos possam ter o mesmo valor humano, socialmente, alguns impactam mais fortemente a comunidade local na qual está inserido o criador. Ademais, pelo que agregam à identificação e ao desenvolvimento humanos, podendo expandir seu âmbito de influência a todo o planeta terra.

Uma vez que a produção artística, literária, científica, cultural enfim, é, de regra, fruto de uma personalidade individual, misto de dom e de esforço pessoal, entendeu-se que ao autor caberia uma proteção jurídica necessária ao incentivo de sua continuada produção e de sua própria subsistência e amplo desenvolvimento. Nasce assim o direito de autor.

Ensina Costa Netto, que já na Grécia antiga existia alguma proteção do direito de autor, mas tal direito estava mais relacionado com a identificação e o reconhecimento do criador da obra do que por aspectos econômicos, o que corroboraria com o pensamento amplamente majoritário na doutrina autoralista de que o resguardo dos direitos morais (ASCENÇÃO, 2010, p. 21)³ se deu anteriormente ao dos patrimoniais (COSTA NETTO, 2008, p. 51).

Até a Idade Média, a forma manuscrita era utilizada para a difusão das obras culturais e mesmo com o trabalho dos copistas, e com algum ganho econômico com a venda

² A autora afirma que a informação é “não rival”, uma vez que “[...] o consumo dela por uma pessoa não a torna menos acessível à outra pessoa que a pode usar do mesmo modo.” Conforme também Benkler (2011, tradução livre), ainda sobre a não rivalidade da informação, afirma que: “[...] uma vez que um cientista tenha estabelecido um fato, ou Tolystoi tenha escrito Guerra e Paz, nem o cientista nem Tolystoi precisam gastar um segundo a mais para produzir estudos adicionais ou manuscritos de Guerra e Paz para o milionésimo usuário do que eles escreveram.”

³ O autor alerta para a impropriedade do termo moral, sugerindo como melhor expressão “direitos pessoais”.

da obra pelo autor e a conseqüente transmissão da propriedade a terceiros, aquela divulgação se dava, por óbvio, muito restrita, temporal e geograficamente.

Somente a partir da segunda metade do século XV, com a invenção da imprensa em tipos móveis, por Hans Gutenberg, na Alemanha, e a possibilidade de extração de diversas cópias com sua difusão em larga escala, a obra intelectual passou a despertar maior interesse econômico (COSTA NETTO, 2008, p. 53); entretanto, a tutela protetiva era concedida em favor do impressor (ASCENÇÃO, 2007, p. 4) e não como forma de proteção da obra intelectual do autor.

Assim, os proprietários de gráficas (impressores ou stationers) e vendedores de livros, atuando como intermediários no negócio de difusão das obras escritas detinham os privilégios de exclusividade sobre os trabalhos por eles reproduzidos e distribuídos, cabendo-lhes inclusive o benefício da determinação da temporariedade destes privilégios em seu favor. Na verdade, tais privilégios têm se estendido até os dias atuais, amparados pelo enganoso “mito da proteção do criador”, materializado em monopólios legais reveladores de mais uma incoerência do Estado (neo)liberal, que se diz incentivador da liberdade de iniciativa privada e da livre concorrência, mas, no caso, atua como defensor de “privilégios feudais” (AVANCINI, 2010, p. 45), ao possibilitar a exclusividade de exploração econômica e admitir o risco concreto da perpetuidade dos direitos de autor (MORAES, 2010, p. 268),⁴ nas mãos de quem os enxerga exclusivamente pelo prisma econômico.

Entende-se que a proteção mais específica do autor em substituição aos privilégios dos donos de gráfica se iniciou em 1710, na Inglaterra, a partir do denominado “Estatuto da Rainha Ana”, dando àquele a exclusividade sobre o destino de suas obras e estabelecendo sanções para os infratores (COSTA NETTO, 2008, p. 55). Este marco foi de fundamental importância para a mudança da legislação dos direitos autorais em vários outros países.

O Estatuto da Rainha Ana, também conhecido como Copyright Act, criou o regime jurídico estampado em seu nome, que direciona o foco da proteção para a “obra”. De viés mais comercial e com a inserção da participação de pessoas jurídicas, o copyright, denominado também de sistema anglo-americano, por serem especialmente acolhidos pela Inglaterra e Estados Unidos da América.

O outro principal regime jurídico é o *droit d’auteur* (direito de autor), que surgiu na França, a partir da Revolução de 1789, cuja tutela se volta para a pessoa do autor, o sujeito do direito em questão.

Ambos os regimes subsistem até nossos tempos.

Com a crescente importância das obras e serviços culturais, especialmente a partir da segunda metade do século XIX e o desejo de uniformização das legislações nacionais para garantir os interesses econômicos dos capitais transnacionais dos grandes conglomerados do entretenimento, surgiram as Convenções internacionais de natureza autoralista.

⁴ A partir da construção do pensamento de que a natureza jurídica do direito de autor é de propriedade, aliando-se a isto a característica essencial desta como sendo a perpetuidade, desde o século XIX tem sido travado um embate denominado de “marcha da perpetuidade” e que tem ganhado força ao longo do tempo com as constantes revisões do prazo de proteção do direito de autor post mortem. As grandes e poderosas corporações produtoras e distribuidoras de obras audiovisuais dos Estados Unidos tem sempre conseguido vitórias quanto ao elastecimento destes prazos. Chama ainda atenção ao risco da perpetuidade, a alteração da Lei Federal de Direito do Autor mexicana, de 1997, que aumentou o prazo de 75 para 100 anos após a morte do autor. Para melhor análise desta luta.

Em relevância, a primeira delas se deu em 1886, denominada de Convenção de Berna, em vigor até o presente, com algumas revisões e modificações. Em seguida, deu-se a Convenção Universal de 1952, em Genebra, com a participação pela primeira vez dos Estados Unidos e da União Soviética. Ambas tratam especificamente dos direitos de autor. E em 1961, aconteceu a Convenção de Roma, com o intuito de regular os direitos conexos⁵ aos de autor.

A partir desta normatividade internacional, as leis nacionais referentes à matéria da tutela dos direitos autorais foram sendo ajustadas, assim como se deu com a lei específica brasileira sobre o assunto, a Lei n. 5.988 de 1973, posteriormente substituída, quase integralmente, pela Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1981 (COSTA NETTO, 2008, p. 61-73)⁶ esta que persiste em vigor.

Outra legislação importante de cunho internacional sobre a matéria é o Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, conhecido como TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), de 1994, que trata principalmente de sanções comerciais frente à prática de ilícitos no campo dos direitos intelectuais (COSTA NETTO, 2008, p. 60). E também os tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), de 1996 (WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, 1996),⁷ sobre direito de autor e sobre interpretação ou execução de fonogramas, ambos enfocando a importância das tecnologias informacionais (COSTA NETTO, 2008, p. 61).

3 NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE AUTOR

Antes de se adentrar na discussão específica sobre a natureza jurídica do direito de autor, alguns esclarecimentos são importantes, e entre eles, a questão da nomenclatura que se utiliza para identificá-lo.

Em primeiro lugar, a expressão “propriedade intelectual” é bastante criticada, por expoentes como Costa Netto (2008, p. 24) e Ascensão (2010, p. 9), que preferem o termo “direito intelectual” por entenderem que não se trata propriamente de um direito de propriedade; assim pensando, contrariam certa e majoritária corrente doutrinária, bem como da própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual (World Intellectual Property Organization).

Enfatizar o aspecto patrimonialista (MORAES, 2010, p. 268) é, de fato, o combustível que alimenta certa corrente economicista, de tentáculos mundiais, que tenta dar ao titular da exploração econômica dos direitos autorais - quase sempre um empresário

⁵ Os direitos conexos (vizinhos ou afins) ao direito de autor são aqueles atribuídos aos difusores intermediários que interpretam e divulgam as obras do autor, tais como: intérpretes (artistas), produtores de fonogramas e videogramas e os organismos de radiodifusão. Acrescidos a eles atualmente, o direito de arena, relacionados com os desportistas. Ensina Ascensão (2007, p. 468) que: “A conexão não vem só da razão didática de serem estudados em conjunto com os direitos de autor, ou da razão histórica de se terem desenvolvido em confronto com este, ou da razão formal de serem regulados na mesma lei. Vem ainda de os preceitos sobre o exercício do direito de autor serem tendencialmente aplicáveis a estes direitos [...]”

⁶ Para uma análise mais precisa sobre a legislação autoral em vigor no Brasil.

⁷ A OMPI é uma agência especializada da Organização das Nações Unidas, formada em 1967, em Estocolmo, por meio de uma Convenção celebrada especialmente para sua criação, cuja finalidade principal é a promoção da proteção da propriedade intelectual em todo o mundo.

e raramente o criador - as características de um direito absoluto e perpétuo, do mesmo modo como se tratam os direitos reais. Pensar e agir assim é desconsiderar, por ignorância ou malícia, as peculiaridades que permeiam o advento, o fluxo e o retorno da obra de arte ao meio social.

Na verdade, a expressão direito intelectual é gênero das espécies direito autoral e propriedade industrial; e direito autoral, gênero de direito de autor e direitos conexos, conforme ensinamento de Ascensão (2010, p. 9).

Quanto à natureza jurídica do direito de autor, há uma grande controvérsia em relação a esse tema, por suas características *sui generis*. Assim, Costa Netto elenca as diversas teorias que surgiram para explicar-lhe a essência, culminando com a teoria dualista ou híbrida que aponta a coexistência do direito patrimonial e do direito de personalidade derivados da obra intelectual (COSTA NETTO, 2008, p. 75).

Mas nem a dúvida sobre o enquadramento jurídico e tampouco a belicosa dualidade, em que se digladiam patrimônio e personalidade, não mais dão conta de explicar a complexidade na qual se inserem os direitos de autor, sobretudo com o advento da disciplina Direitos Culturais (CUNHA FILHO, 2000, p. 18),⁸⁸ que os contempla de forma equilibrada e na qual também entra em cena terceiro elemento: o interesse social pelas criações do intelecto. Sob este novo prisma culturalista é que serão doravante tratados os direitos autorais.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONFLITOS ENTRE O DIREITO DE AUTOR E O DE ACESSO À CULTURA

No que se refere ao direito de autor, não há questionamentos em relação à sua fundamentalidade constitucional, pelo fato de o mesmo se encontrar expressamente disposto no rol do artigo 5º (inciso XXVII) da Carta Magna brasileira. Entretanto, o mesmo entendimento não se dá pacificamente em relação ao direito de acesso à cultura. Na verdade os artigos 215 e 216 (BRASIL, 1988)⁹ e 216 expressam fortemente deveres e competências operacionais do Estado relacionados à cultura (ASCENÇÃO, 2010, p. 10).

Entretanto, segundo Ascensão (2010, p. 14): “Não se põe em dúvida que haja um direito fundamental de acesso à cultura”, aos moldes do que preconiza a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1949, em seu artigo 27: “Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011).

⁸ “Por outro lado, verifiquei estudos esparsos sobre direitos culturais específicos, sendo que alguns destes direitos são tratados com relativa abundância, como os direitos autorais, e outros quase inexplorados, como os incentivos fiscais à cultura. Em todos estes estudos, algo em comum: os direitos culturais estudados, no ramo jurídico a que ora se vinculam, recebem o epíteto de *sui generis*. Assim, o tombamento é tido como *sui generis*, nas intervenções na propriedade privada; da mesma forma o direito autoral, no que concerne ao Direito Civil; o que também é aplicável para o incentivo fiscal à cultura, frente ao Direito Tributário [§] Disto me veio a conclusão: se vários direitos não se enquadram adequadamente nos ramos a que tradicionalmente são vinculados, e todos têm um elemento comum, a cultura, existe a forte possibilidade de serem perfeitas espécies do gênero, dentro de um novo ramo, constitucionalmente previsto, o dos direitos culturais.”

⁹ “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

Aprofundando o tema, Cunha Filho (2007, p. 26) explica que o rol de direitos fundamentais se amplia pela semelhança de regime e de princípios com os que estão expressos constitucionalmente. Especificamente sobre os que estão na Seção destinada à cultura, sustenta:

O desenho do quadro de identificação dos direitos fundamentais traz uma preocupação relativa aos direitos culturais, no sentido de saber se os que estão especificados na seção constitucional especificamente dedicada à cultura gozariam deste status superior. A razão da dúvida decorre do fato de que referida seção está bem distante do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais: enquanto estes estão especificados nos art. 5º ao 17, aquela é composta pelos artigos 215 e 216.

Os métodos identificadores dos direitos fundamentais, adrede referidos, fornecem elementos suficientes à solução deste impasse; se atentamente comparados os direitos culturais que figuram expressamente no rol dos fundamentais com os que estão na seção da cultura, não há grande inovação: proteção ao patrimônio cultural, liberdade e estímulo às criações artísticas, pluralismo cultural, democracia na gestão pública da cultura estão presentes em ambas as passagens constitucionais sob análise.

Quando se confrontam a pretendida exploração econômica ilimitada do direito de autor e a necessidade de acesso à cultura, claramente se percebe um conflito entre direitos fundamentais, o que de imediato evoca a necessidade de um critério adequado para resolver tal conflito.

A proposta de Ascenção (2010, p. 19) para a solução deste conflito é a “concliação”, processo este que leva em consideração o problema da hierarquização, em que se vai ponderar sobre a superioridade de um em relação ao outro; neste caso, quer por questões ligadas diretamente ao desenvolvimento da pessoa humana, quer pelo maior interesse social, o direito de acesso à cultura tende, no mais das vezes, a prevalecer sobre o direito de autor. Entretanto, o mesmo autor, quando trata da conciliação, remete à necessidade de buscar um “ponto ótimo de equilíbrio”, a partir da valoração do âmbito de aplicação de cada direito (ASCENÇÃO, 2010, p. 20); vê-se uma clara aplicação também do princípio da proporcionalidade.

A proteção do direito de autor é legítima e estratégica, independentemente de qual corrente se adote em relação a sua natureza jurídica, quer seja patrimonial ou pessoal, levando em consideração o direito de subsistência, o impulso à criatividade e a liberdade de disposição dos bens, que são próprios ao criador. Entretanto, a proposta aqui é que outros valores e direitos fundamentais também devem ser levados em consideração quando se analisa a questão da sua exploração comercial.

A crítica mais pertinente que se faz é que o direito de autor tem servido de forma privilegiada aos interesses das sociedades empresariais titulares deste direito, via cessão do próprio autor, que visam à maximização do lucro, principalmente pela dominação e globalização de mercados, prejudicando interesses públicos relevantes. E mais, os limites que tem sido impostos aos direitos autorais, na verdade podem ser considerados exceções de menor relevância.

A inquietação que o tema gera faz brotar reivindicações de mudanças. No Brasil, por exemplo, em fase de consolidação (BRASIL, 1998), há uma proposta de alteração da Lei de Direitos Autorais promovida pelo Ministério da Cultura, com a ampla participação de autores, artistas, e a comunidade em geral, uma vez que tal normatividade, aqui como alhures, tem sido considerada insensível aos interesses coletivos.

O processo de revisão da Lei de Direitos Autorais (LDA) iniciou-se em 2005, a partir da I Conferência Nacional de Cultura, em Brasília, promovida pelo Ministério da Cultura, evento no qual também estiveram em debate o Plano e o Sistema Nacional de Cultura (BRASIL, 2011b).¹⁰

A partir da conferência acima citada, iniciou-se um amplo debate sobre os direitos autorais e políticas públicas específicas para o setor. Entretanto, somente em dezembro de 2007, o Ministério da Cultura lançou o Fórum Nacional de Direito Autoral, “[...] com o objetivo de discutir com a sociedade a legislação existente e o papel do Estado nessa área e subsidiar a formulação da política autoral.” (WACHOWICZ; SANTOS, 2011b).

Um exemplo importante destas propostas de alteração e que se coaduna com a valorização dos interesses de promoção cultural é de mudança do primeiro artigo da Lei n. 9.610/98, que atualmente vigora com a seguinte disposição: “Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.” (BRASIL, 1998). Com a atual proposta consolidada, o mesmo dispositivo passaria a ser expresso como segue:

Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, e orienta-se pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia ao pleno exercício dos direitos culturais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional.

Parágrafo único. A proteção dos direitos autorais deve ser aplicada em harmonia com os princípios e normas relativos à livre iniciativa, à defesa da concorrência e à defesa do consumidor.

Uma análise rasa da pretendida alteração poderia tê-la como desnecessária e redundante, pois é de conhecimento comum que a interpretação da legislação infraconstitucional deve ser feita em conformidade com a Carta Magna, ou seja, de forma sistemática. Entretanto, a mudança é de extrema relevância, pois clarifica os pontos do embate entre direito de autor e direito à cultura; evidencia, ademais, a necessidade do sopesamento entre os mesmos.

A preocupação com o conteúdo proposto para o artigo primeiro pode ser “mensurada” pela fala do Ministro da Cultura naquela ocasião, Juca Ferreira, ao tentar mostrar a vinculação da lei vigente prioritariamente aos interesses do mercado, a saber: “A harmonização de todo o sistema interessa ao autor, pois quanto mais consumidores, mais

¹⁰ “A Conferência Nacional de Cultura pretende, com a participação da sociedade civil e governos federal, municipais e estaduais, construir um novo modelo de política pública de cultura. Pela primeira vez na história do Brasil será realizada uma conferência nacional de cultura que consolidará a união entre a sociedade civil e Governo, na formulação e execução de políticas públicas de cultura.”

investidores e mais arrecadação para os artistas. Nenhum lado pode sair perdendo, senão o mercado não incorpora o modelo.” (BRASIL, 2011a).

Deve-se ainda levar em consideração que tais pretensas alterações na Lei n. 9.610/98 deverão sofrer o bombardeio das indústrias de entretenimento, que certamente evocarão os tratados internacionais de que o Brasil é signatário e, conforme visto, amplamente a elas favoráveis, precisamente porque não levam em consideração, se não no estrito campo da retórica, os interesses culturais locais.

5 A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES AO DIREITO DE AUTOR

Para a efetivação do acesso à cultura, deve também o Estado proporcionar o livre acesso à informação e o acesso ao conhecimento, ambos também premissas de proteção constitucional e instrumentos para a efetividade daquele.

O Estado brasileiro ressalta a importância da liberdade de mercado quando, através da sua Carta Magna, escolheu a iniciativa privada (inciso IV do art. 1º) como um dos pilares fundamentais para sua constituição, e mais especificamente, fundamento da ordem econômica (caput do art. 170), devendo esta última ser pautada pelo princípio da livre concorrência, com expressa proteção legal, conforme disposto no § 4º do seu art. 173, a saber: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” (BRASIL, 1988). Desta forma, as normas infraconstitucionais devem ser promotoras da livre concorrência, ou no mínimo, impedir o abuso do poder econômico.

Constitucionalmente, reconhece-se um sistema de mercado, no qual a iniciativa privada (PETTER, 2008, p. 88)¹¹ é também agente de desenvolvimento econômico da nação e da sociedade. Tal desenvolvimento, entretanto, implica na assunção dos riscos inerentes ao capitalismo, dentre os quais estão a concentração econômica e a eliminação da concorrência, o que pode dificultar a consecução do objetivo de “[...] assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (Art. 170, caput) (BRASIL, 1988).

No que se refere ao acesso à cultura, a livre iniciativa econômica nem sempre é positiva, porque tendo natural propensão ao que é lucrativo, oferta o perigo de reduzir a riqueza da pluralidade cultural, ao patamar homogeneizador das expressões mais atrativas à lógica de mercado (ASCENÇÃO, 2010, p. 13).

Em relação aos direitos autorais, tem-se claramente uma situação de “abuso do poder econômico”, a partir da criação de monopólios nascidos do suposto excesso de protecionismo ao autor, na verdade, resguardo mesmo das indústrias culturais, aqui tomadas como grandes corporações que detêm a titularidade dos referidos direitos.

Uma vez que o direito de autor, no aspecto patrimonial, visa exclusivamente à exploração econômica, não tem sentido, por exemplo, qualquer restrição ao uso da obra quando não houver finalidade econômica: é o que se dá no caso de uso privado da obra,

¹¹ “A livre iniciativa constitui um dos fundamentos da ordem econômica. Pode ser traduzida no direito que todos tem de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco.”

além das hipóteses de acesso e difusão por parte de instituições educacionais, bibliotecas, e outros agentes de promoção cultural.

Um grande desafio dos tempos atuais é o acesso à informação através dos meios digitais, de enormes potencialidades para o desenvolvimento da inclusão cultural, ou, contrariamente, para exclusão, a depender, respectivamente, da universalização ou restrição.

O reconhecimento de interesses de grandes corporações que dominam o portal à informação e que afetam o direito de acesso à cultura diretamente também é reconhecido pelo debate que se trava na França sobre o assunto, especificamente na Assembleia Nacional Francesa, onde os deputados discutem sobre a inserção da Diretiva n. 29/2001 da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2001), que trata da regulação dos direitos autorais dentro da sociedade informacional e do controle de acesso às obras cujo ponto mais polêmico é a “[...] recusa a criação de exceções para a pesquisa e o ensino ou para as bibliotecas” e a “[...] condenação dos programas de digitalização de arquivos educativos e culturais”, tudo isto para defender os interesses econômicos das “[...] transnacionais do ‘showbusiness’ e do ‘software’ que propõem impedir a circulação não mercantil de obras artísticas pela internet.” (AIGRAIN, 2011).

Mais uma vez se afirma que não se trata de desapropriar o autor de seu direito, mas de avaliar os princípios que estão em jogo e hierarquizar-los segundo uma perspectiva de relevância coletiva, inclusive com a possibilidade da “licença não voluntária”, para em determinadas situações se permitir a difusão das obras mesmo sem a autorização do autor, como se levantou nas propostas de alteração da Lei de Direitos Autorais (FERREIRA, 2010),¹² o que seria praticamente uma releitura do artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, em que se permite a licença compulsória da propriedade industrial, “tendo em vista o interesse social do País”, aplicável ao direito de autor também, a partir de uma interpretação extensiva, sistemática e axiológica do dispositivo constitucional.

Mesmo que se levassem em conta apenas os aspectos mercantis dos bens protegidos pela legislação autoral, a aplicação do artigo 170 da Constituição Federal, deve ser seu norte, o que implicaria no acolhimento harmonioso dos princípios da ordem econômica fundadores das relações ditas econômicas, em especial o da propriedade privada, mas em conjunto com a sua função social, da livre concorrência e da defesa do consumidor, plenamente compatíveis com as normas de compromisso social e com os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Os princípios acima elencados demonstram que o Estado brasileiro não despreza a importância da economia no desenvolvimento da nação, de tal forma que expressamente fez uma opção clara pelo modelo capitalista de mercado, como meio de proporcionar um crescimento (PETTER, 2008, p. 88)¹³ econômico-social não apenas ao Estado, mas ao seu povo, conforme disposto no artigo 219 da sua Carta Magna, nos termos que seguem: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o

¹² “Um dos pontos mais questionados ao longo desse processo foi o da licença não voluntária: ela se destina a equacionar casos excepcionais dentro do conjunto do direito autoral e visa permitir a reedição de obras esgotadas e as chamadas obras órfãs, fundamentalmente.”

¹³ “O capitalismo propicia o crescimento econômico, mas o desenvolvimento econômico é aquele que afere a dignidade da existência de todos, num ambiente de justiça social.”

desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.” (SEN, 2000, p. 10).¹⁴

Em perspectiva complementar, entende-se que outro fator limitante aos direitos de autor é a defesa do consumidor. Numa sociedade de mercado como a brasileira, em que se procura dar importância a valores sociais e que busquem alcançar a promoção da dignidade humana conforme ditames constitucionais, é de fundamental importância a defesa de relevante personagem deste modelo, o consumidor, cuja conceituação jurídica se dá aos moldes do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor ou simplesmente CDC (BRASIL, 2003) (Lei n. 8.078/90), e que de maneira prática, pode ser compreendido como um dos participantes das relações de consumo cuja principal característica seja a vulnerabilidade, por sua submissão ao controle dos titulares de bens de produção (GRINOVER et al., 2004, p. 31).

A legislação consumerista pátria tem a clara intenção de proporcionar a proteção e defesa do consumidor, o elo mais frágil na cadeia econômica, mas também de promover a harmonia nas relações massificadas, como fruto de uma efetiva Política Nacional de Relações de Consumo, cujos princípios norteadores estão expressos no artigo 4º do CDC, entre eles, o dever de ação do Estado sobre o mercado, inclusive com a repressão aos abusos por ele praticados, de modo a viabilizar os preceitos nos quais se funda a ordem econômica, expressos no artigo 170 da Constituição Federal, sempre visando, ao fim, que o desenvolvimento econômico seja instrumento para se alcançar uma condição adequada de dignidade existencial dentro de uma sociedade justa (BRASIL, 2003).

De que forma se poderia pensar na intervenção do Estado para a proteção do consumidor diante da relevância do mercado de consumo de bens culturais?

Usando os próprios pressupostos da sociedade de consumo, pode-se afirmar que a livre concorrência com certeza contribui para a defesa do consumidor, apesar deste, que também é um princípio constitucional, ser visto mais como ferramenta para o desenvolvimento do sistema do capital. Mas indiferente a este dado, acredita-se que a liberdade de disputa também deve ser invocada como meio de garantia dos direitos dos consumidores, inclusive os de acesso a bens e produtos culturais, já que é praticamente inescapável à convivência hoje em dia com esta realidade de consumo.

Assim, os princípios da ordem econômica, relidos à luz dos direitos fundamentais, propiciam a funcionalização (CARBONI, 2008, p. 97) da propriedade autoral; doutra parte, podem ser fortes instrumentos na concretização do direito de acesso à cultura. Corroboram com este pensamento a seguinte decisão do Ministro Relator Moreira Alves na Ação Direta de Inconstitucionalidade 319-DF (RTJ 149/666), como segue:

[...] a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilida-

¹⁴ É enriquecedor o conceito básico de desenvolvimento em Amartya Sen, a saber: “O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.”

des e necessidades de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É nesse contexto que se há de entender o texto supratranscrito do artigo 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem estar coletivo. Ela constitui uma liberdade legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.

Outro meio importante de intervenção do Estado como forma de proteger o consumidor e simultaneamente o acesso à cultura é incentivar a participação da sociedade civil e da comunidade cultural, especialmente nos órgãos criados para este fim, tal como o Conselho Nacional de Política Cultural (CNPCC) e a Comissão Nacional de Incentivo à Cultura (CNIC) (CUNHA FILHO, 2004, p. 152),¹⁵ para que seja gerado um compromisso social em defesa das manifestações culturais.

6 DIREITO DE AUTOR E A SOCIEDADE INFORMACIONAL

Apesar da importância da internet como meio de propagação de bens culturais, ela ainda está longe do ideal para tal mister, por dois motivos principais: o primeiro se vincula aos que não têm acesso a este recurso tecnológico, e o segundo, aos que mesmo em condições de fazê-lo, encontram-se limitados, condicionados e muitas vezes manipulados pelos que detêm o poder de intermediar o acesso, em especial, quando o assunto é direito autoral (KRETSHMANN, 2010, p. 76).

Aqui mais uma vez se defrontam princípios fundamentais e se faz necessária a devida ponderação entre os mesmos para que se alcance a máxima efetividade da aplicação deles, sempre tomando como parâmetro chave a proteção e a promoção da dignidade humana.

Observa-se atualmente que o capitalismo industrial cada vez mais se distancia do formato de mercado que ele mesmo criou, e assume o modelo atual de um capitalismo financeiro, no qual seus produtos são cada vez mais imateriais formando assim a base de uma nova economia global. Nesta realidade figuram, por excelência, os bens e serviços culturais.

Em uma análise mais realista do que futurista, Epstein (2011) lembra que os desafios de uma era informacional não são apenas instrumentais, mas também moral, e alerta para as questões de compartilhamento de arquivos (musicais, literários, etc.) pela internet que não se resumem à censura para o acesso a eles e a proteção dos direitos autorais ou à sobrevivência dos autores, mas lembra que está em jogo o próprio desenvolvimento da humanidade.

Daí afirmar Epstein (2011) que “[...] as ideias são intrinsecamente sociais: elas não são produzidas por indivíduos sozinhos, mas são frutos da experiência de um processo

¹⁵ O CNIC é um instrumento de participação da comunidade para proteger e promover o patrimônio cultural brasileiro, fundamentado no parágrafo primeiro do artigo 216 da Constituição Federal e que tem sofrido de um “retrocesso democrático” a partir de alterações normativas que buscam a concentração do seu poder decisório nas mãos do Ministério da Cultura.

coletivo”, defendendo o “utilitarismo social” como a base doutrinária contra a exclusividade dos direitos de autor.

O autor ao criar também usufrui do patrimônio cultural existente, ele não está só no mundo, mas dentro de um contexto cultural que o influencia mais do que pode influenciar, especialmente no sistema informacional globalizado que alcança a todos, fenômeno este conhecido como “criação colaborativa” (KRETSHMANN, 2010, p. 147).

A hiperproteção ao aspecto patrimonial do direito autoral não permite mais uma interpretação própria de nefelibatas que imaginam uma sociedade que se preocupa com o criador de bens culturais apenas para que o mesmo tenha condições de sobrevivência para criar cada vez mais e contribuir para o desenvolvimento integral da humanidade. Na verdade a proteção exacerbada que se impõe hoje, é feita por conta de interesses mercantilistas, como alerta apropriadamente (KRETSHMANN, 2010, p. 86):

Grandes interesses industriais - que comandam o mundo cultural - trataram de fazer inserir a proteção a dados nas diversas legislações do planeta, e logo, a proteção à informação que deveria ser um direito de todos, será apenas de alguns, que têm interesse em comercializá-la. A informação tende a se tornar o principal bem de consumo do século XXI, e se o conhecimento e a informação são mercantilizados, também são os direitos intelectuais, e não é por outra razão que a competência do tema está sob a Organização Mundial do Comércio (OMC).

O que se observa durante este período inicial de delimitação do direito autoral a partir do Estatuto da Rainha Ana (1710) até os dias atuais é que com o passar do tempo as legislações referentes ao tema de um modo geral tendem à absolutização (VIDE; DRUMMOND, 2010, p. 108)¹⁶ de tal direito como forma de garantir um poder maior do que a opressão física, baseado na máxima de que “quem domina a informação, domina o mundo” (VIDE; DRUMMOND, 2010, p. 87).

A proteção dos direitos intelectuais se estende às informações, e estas reclamam as mesmas regras protecionistas daqueles, através da ação dos titulares que detêm a capacidade de produzi-las e distribuí-las, funções básicas de um capitalismo agora fundado no fluxo de bens imateriais.

A globalização tem sido utilizada não como instrumento para fomentar o desenvolvimento integral do homem, em seus aspectos bio-psíquicos, econômicos e também culturais, como seria próprio de qualquer processo que respeite a individualidade humana dentro de sua diversidade multicultural; mas tem sido direcionada acintosamente em benefício de poucos e exclusão de muitos. E a exclusividade da informação e a restrição ao seu acesso têm sido hoje em dia, nesta sociedade dita da comunicação, instrumentos para a manutenção de desigualdades.

Neste processo de mercantilização de obras culturais, há uma verdadeira discriminação para a escolha do que deve ou não ser difundido, e esta decisão está mais apoiada em resultados de pesquisas de mercado do que propriamente no valor cultural. E a neces-

¹⁶ O Maestro Alonso Martínez citado por Vide e Drummond, afirma que: “O homem não tem só deveres consigo mesmo e com seus filhos; os tem também com seus semelhantes e, coadunando ao progresso social não faz, em rigor, mais do que pagar o tributo devido à sociedade na qual vive, de cujos bens se nutre.”

tidade de concentração deste poder de decidir o que será lido, ouvido ou visto é tamanha, que, por exemplo, até o projeto de universalização da “nuvem de informação” interliga-se com o de homogeneização da individualidade; é a tecnologia a serviço da dominação das mentes.¹⁷

Esta voz preocupada do autor não é isolada. Paesini (apud KRETSHMANN, 2010, p. 95) afirma:

Na medida em que os meios de comunicação “se tornam mais sofisticados e tecnologicamente mais avançados”, eles podem passar a defender “e divulgar o próprio pensamento”. Alerta para a necessidade de vigilância das empresas de comunicação, pois se trata de um novo poder, um poder “de disposição da informação” que pode se transformar em “poder de censura e arbítrio”.

O que fazer diante deste desenvolvimento inexorável e avassalador de novas tecnologias, desenvolvidas com perspectivas econômicas pela iniciativa privada, que descaracterizam a própria identidade e individualidade do autor, mas que afetam comunidades inteiras em escala global? Com certeza uma análise mais detida do direito de autor pode regular este processo e harmonizá-lo com um projeto coletivo de desenvolvimento humano.

Não se pretende subtrair o direito de autor, o que por si mesmo seria uma ofensa à dignidade humana, mas aceitar que o acesso aos bens culturais seja tratado simplesmente como bem de consumo é também uma ofensa à mesma dignidade.

Alerta Paesini (apud KRETSHMANN, 2010, p. 103) que “[...] a produção do conhecimento possui papel fundamental na emancipação do ser humano, na autonomia da subjetividade e no reforço de sua identidade” e que a “[...] redução do conhecimento a um objeto de consumo [...] seria como construir uma nova legião de escravos, pior do que a que já pudemos criar, pois estes sequer teriam noção da sua escravidão.”

Assim, restrição ao conhecimento é restrição à liberdade que conseqüentemente gera exclusão e ofensa ao direito de igualdade substancial. Neste contexto, liberdade implica em dar autonomia ao indivíduo de escolher e esta capacidade de escolher está ligada ao conhecimento que ele tem da realidade que o cerca e mais, de si mesmo, de seu poder de decidir, de “empoderamento” (FLORES, 2009, p. 42).

5.1 ALGUMAS INICIATIVAS LEGAIS PARA PROTEÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NA INTERNET

Abertura, compartilhamento, abrangência e distribuição são apenas alguns dos princípios básicos que caracterizam o funcionamento da internet. Claro que hoje em dia, pela dinamicidade e importância deste meio digital, tais princípios são considerados por muitos usuários e profissionais da área como absolutos, em nome de uma liberdade irrestrita.

Não há dúvida que diante de uma sociedade de interesses plurais, a absolutização de direitos¹⁸ implica sempre em conflitos e é exatamente o que se tem visto não só no

¹⁷ Epstein (2011) alerta para o risco de empobrecimento cultural advindo destas novas tecnologias, mesmo reconhecendo sua importância e sua capacidade de expansão.

¹⁸ Neste caso aqui abordado, a absolutização é prejudicial tanto no sentido de liberdade irrestrita na internet e também quando se trata de restrição de acesso fundada no direito de propriedade do autor, pelo menos como tem sido discutido no escopo deste trabalho.

Brasil (BRASIL, 2012),¹⁹ mas em grande parte do mundo, ao se buscar marcos regulatórios para o uso da internet, especialmente quando se enfrentam o direito de autor, o de acesso a cultura e o de informação.

Estes embates, que envolvem muito poder e dinheiro, têm sido travados primariamente em um âmbito muito específico, a indústria de entretenimento e a indústria da internet, tanto no mundo físico como digital, mas em ambos, com repercussões no modus vivendi de grande parcela da humanidade.

O ponto fulcral é a possibilidade ou não do irrestrito acesso às informações, e aqui, em sentido amplo, de divulgação e distribuição dos conteúdos veiculados pela indústria de internet,²⁰ e produzidos em sua grande maioria pelas indústrias de entretenimento de Hollywood,²¹ especialmente por causa da redução drástica dos faturamentos das gravadoras musicais e da indústria cinematográfica americana (CARTACAPITAL, 2012, p. 31).²²

As iniciativas legais que dariam o poder a órgãos da administração pública, independentemente de decisões judiciais, tiveram origem nos Estados Unidos a partir de 2010 com o Ato de Combate a Infrações e Falsificações On-line (COMBATING ON-LINE INFRINGEMENT AND COUNTERFEITS ACT, 2012), projeto do Senado norte-americano com proposta de atribuir poderes para bloquear domínios suspeitos de violar direitos autorais (mesmo os domínios não localizados nos Estados Unidos (COMBATING ON-LINE INFRINGEMENT AND COUNTERFEITS ACT, 2012)).²³ Apesar desta proposta não ter ido adiante, ressurgiu em maio de 2011, agora como “Ato de Prevenção de Ameaças Online Reais à Criatividade Econômica e Roubo de Propriedade Intelectual”, conhecido como Protect IP Act ou PIPA (PREVENTING REAL ONLINE THREATS TO ECONOMIC CREATIVITY AND THEFT OF INTELLECTUAL PROPERTY ACT, 2012).

No mesmo ano de 2011, concorrentemente, na Câmara dos Representantes dos Estados Unidos, a partir de outubro foi apresentado outro projeto denominado “Ato Para Deter a Pirataria Online” (STOP ON-LINE PIRACY ACT, 2012) cuja finalidade era o combate à pirataria na internet, iniciativa esta suspensa em janeiro de 2012.

Outro projeto apresentado pelo Senado dos EUA, ainda em dezembro de 2011, o OPEN (“Ato de Proteção e Execução do Comércio Digital Online”) (ON-LINE PROTECTION AND ENFORCEMENT OF DIGITAL TRADE ACT, 2012), atribuía o poder de bloquear a transferência de dinheiro para os sites que promovem a pirataria online, mas tinha uma postura mais libertária em relação ao acesso à internet.

¹⁹ A Lei Azeredo, também conhecida como “AI-5 Digital” (referência ao Ato Institucional dos tempos da ditadura brasileira) foi um projeto apresentado em 2008, pelo deputado Eduardo Azeredo, na época, senador, com a finalidade de vigiar e criminalizar direitos dos internautas brasileiros, com claro escopo protecionista dos interesses das corporações multinacionais da indústria de entretenimento norteamericana. Atualmente, discute-se na Comissão de Ciência e Tecnologia da Câmara dos Deputados o Marco Regulatório Civil da Internet, de cunho mais participativo e com o propósito de discutir direitos, deveres e responsabilidades dos prestadores de serviço na rede, do Estado e dos internautas.

²⁰ Seus principais defensores são Mozilla Corporation, Facebook, Electronic Frontier Foundation, Yahoo!, eBay, Google e Wikipedia, além de apoiadores, tais como: Repórteres Sem Fronteiras e Human Rights Watch.

²¹ O principal representante é a Motion Picture Association of America que tem em seus quadros a Walt Disney, Sony Pictures, Paramount Pictures, Viacom, 20th Century Fox da News Corporation, Universal Studios da NBC Universal e a Warner Bros. da Time Warner.

²² Segundo estatísticas apresentada pela revista CartaCapital, houve uma queda mundial de 33% (trinta e três por cento) das vendas de música e 36% da venda de vídeos domésticos.

²³ “[...] even where such a domain name is not located in the United States.”

Estes projetos tiveram sua votação suspensa não apenas pela falta de consenso entre os congressistas, mais pela magnitude das manifestações contrárias realizadas física e, principalmente, de forma digital, pelos sites e redes sociais on line. As repercussões destes projetos de lei interessam ao mundo todo pela força que os EUA exercem no contexto mundial, inclusive na realidade digital.

Estas iniciativas legais de tentativa de constrição do uso da internet em favor do direito de autor não se restringiram apenas à pátria de Lincoln. Entre outras de importância, pode-se citar a Lei Sinde²⁴ espanhola, também conhecida como “Lei de Economia Sustentável”, proposta em 2009, aprovada pelo Parlamento em fevereiro de 2011 e em vigor desde 30 de dezembro de 2011. Aborda principalmente questões financeiras e ambientais, mas tem internamente uma pequena parte que trata da “[...] garantia dos direitos de propriedade industrial” (ESPANHA, 2011),²⁵ dispondo sobre a possibilidade de fechamento de sites de trocas de arquivos sem autorização e de desconectar os usuários que fazem downloads ilegais, isto a partir de decisões no âmbito administrativo,²⁶ sem necessidade de sentença judicial, nos mesmos moldes da Hadopi francesa.

A Lei Hadopi ou Lei Criação e Internet, em vigor desde 2009, tem seu nome derivado do órgão administrativo que monitora sua aplicação, conhecido como “Alta Autoridade para a Difusão das Obras e a Proteção dos Direitos na Internet”²⁷ e em que pese os contínuos protestos de internautas e outros interessados, a indústria musical aclama a iniciativa entendendo que desde sua vigência, as vendas de conteúdos musicais tem se aquecido (LEI..., 2012).

Por fim, tem-se o ACTA (“Anticounterfeiting Trade Agreement”), considerado a mais abrangente de todas as propostas anteriormente descritas. Conhecido como “Acordo Comercial Anticontrafação” e negociado em segredo por diversos países, liderados pelos EUA, com a intenção de criar uma agência própria para proteção dos direitos autorais e ampliar a abrangência de suas atividades.

Os bens culturais representam atualmente uma parcela significativa do Produto Interno Bruto (PIB) de alguns países e não se olvida que o comércio ilegal de tais produtos traz prejuízos para o autor, a indústria e mesmo à economia do Estado. Logo, não se defende aqui a liberalização do acesso à internet de forma que a pirataria se torne uma prática socialmente aceitável, mas que as limitações do direito de autor sejam postas legalmente de forma a garantir outros princípios fundamentais já aqui exaustivamente elencados e não apenas a partir de bases econômicas para garantir a lucratividade da indústria de entretenimento ou da indústria de internet.

Este pensamento já foi externado por Cunha Filho (2011, p. 116), ao fazer referência à Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, como “[...] uma espécie de farol para a produção das normas jurídicas nos

²⁴ A expressão Sinde se refere ao nome da Ministra da Cultura que a apoiou, conhecida como Ángeles González-Sinde.

²⁵ “[...] la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”, na Disposição Final Quadragésima Terceira da Lei Sinde.

²⁶ A partir da criação de uma Comissão de Propriedade Intelectual (Comisión de Propiedad Intelectual) no âmbito do Ministério da Cultura.

²⁷ Em francês, Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet.

países que formam a comunidade internacional.” Desta forma, pode-se entender que, independentemente do meio de divulgação (analógico ou digital, real ou virtual) da cultura, faz-se necessário garantir a

[...] toda pessoa [...] o direito [...] de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios”, conforme o artigo 27 do documento referido, e que o exercício deste direito é indispensável “a sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Assim, o “farol” para guiar as manifestações legais de proteção do direito de autor devem ter como fundamento que toda produção cultural deve satisfazer primordialmente a promoção da dignidade humana; que esta não se dá apenas quanto ao seu aspecto individual, mas entendendo que é concretamente alcançada dentro de uma comunidade relacional, e para fins de legitimação e efetividade, que tais instrumentos jurídicos sejam definidos a partir de ampla participação popular, e não de meios escusos e secretos, como têm sido, até o momento, a elaboração dos documentos aqui neste trabalho referidos.

7 CONCLUSÃO

De maneira geral, dentro de uma sociedade pluralista como a contemporânea, convivem diversas ordens de interesses (individual, coletiva, pública e corporativa) que buscam a satisfação de suas pretensões e que constantemente estão se entrecrocando.

Entende-se que a existência do Estado tem sua importância para harmonizar estes interesses, solucionar os conflitos e mais, proteger e promover uma gama enorme de princípios, direitos e deveres.

No âmbito do estudo deste trabalho, procurou-se analisar o direito de autor e o direito de acesso à cultura na inter-relação entre as diversas ordens citadas, de modo a se ter uma ideia de alguns dos conflitos de interesses concorrentes que permeiam a existência e a aplicação de tais direitos.

Percebe-se um fortalecimento cada dia maior dos grandes empreendimentos privados e corporativos, como intermediários, que buscam através de tudo o que “produzem” e distribuem a maximização dos lucros; ao mesmo tempo, um Estado cada vez mais tíbio em relação à voracidade com que aqueles procuram impor seus interesses econômicos, utilizando inclusive da via normativa nacional e internacional.

A revisão destes instrumentos legais - quer seja a lei interna referente aos direitos autorais (LDA), quer sejam os tratados internacionais - deve ser feita com a participação popular para a garantia da legitimidade das condutas que deverão ser tomadas diante daqueles que querem a qualquer custo fazer valer seus interesses econômicos, que em algumas situações podem até estar irmanados com o compromisso de desenvolvimento da comunidade, caso em que serão considerados legítimos.

Assim, como é fundamental a proteção e promoção da individualidade criativa do autor, também o é a difusão do acesso às suas obras, levando-se em consideração a importância que a cultura tem na sociedade como meio de identificação e desenvolvimento dos indivíduos e da própria coletividade. Perceber a inserção do Direito de Autor no âmago dos

Direitos Culturais equivale a ampliar a técnica da ponderação de valores, por evidenciar sua importância social e jogar luzes sobre o interesse público. Salvo situações pontuais, na solução de conflitos, deve-se ser mais propício a pender para o lado da proteção e promoção do direito de acesso à cultura.

Os artigos 170 da Constituição Federal e 4º do Código de Defesa do Consumidor, veiculadores dos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, se interpretados sob a ótica de concretização dos direitos fundamentais, e levando-se em conta a função social do direito de autor, poderão contribuir significativamente para a consecução dos objetivos nacionais de construir uma sociedade solidária e justa, na qual seus membros vivenciem, de verdade, uma existência digna.

REFERÊNCIAS

ALGRAIN, Philippe. *Quem tem medo da livre difusão cultural*. Le Monde Diplomatique Brasil. Coluna direito à Arte. Disponível em: <<http://diplomatique.uol.com.br/print.php?tipo=ac&id=1918&PHPSESSID=e982d772e136b75d3fac6b3715d1e5c5>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.) et al. *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

AVANCINI, Helenara Braga. Direito autoral e dignidade da pessoa humana: a compatibilização com os princípios da ordem econômica. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.) et al. *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BENKLER, Yochai. *The wealth of networks*. Disponível em: <www.benkler.org/Benkler_Wealth_Of_Networks.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2011.

BÍBLIA. Português. 2004. *Bíblia Sagrada*. Traduzida em português da versão pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica). 160. ed. São Paulo: Ave-Maria, 2004.

BRASIL. *Código de proteção e defesa do consumidor*: Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 04 nov. 2011.

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 04 nov. 2011.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Direito Autoral: compositores se reúnem no Rio e apoiam modernização da Lei de Direitos Autorais*. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2010/08/23/direito-autoral-17/>>. Acesso em: 04 nov. 2011a.

BRASIL. Ministério da Cultura. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2005/08/12/1%C2%AA-conferencia-nacional-de-cultura-estado-e-sociedade-constituindo-politicas-publicas-de-cultura/>>. Acesso em: 04 nov. 2011b.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Marco Civil da Internet*. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/2009/11/10/marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2008.

CARTACAPITAL. *Cercas no ciberespaço*, Seção: Nós e o Mundo, São Paulo: Confiança, ano 17, n. 682. p. 31, 01 fev. 2012.

COMBATING ON-LINE INFRINGEMENT AND COUNTERFEITS ACT. *Projeto de Lei S. 3.804*. 111 th. Library of Congress. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:s3804:>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Cultura e democracia na Constituição Federal de 1988: a representação de interesses e sua aplicação ao Programa Nacional de Apoio à Cultura*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos culturais: do reconhecimento da fundamentalidade à necessidade de simplificação*. In: Conferência Nacional de Cultura, 1., 2007, Brasília, DF. *Anais...* Brasília, DF: Ministério da Cultura, 2007.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais no Brasil. *Revista Observatório Itaú Cultural*, São Paulo: Itaú Cultural, n. 11, jan./abr. 2011).

EPSTEIN, Jason. *Publishing: the revolutionary future*. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/mar/11/publishing-the-revolutionary-future/>>. Acesso em: 06 nov. 2011.

ESPAÑA. Ley 2/2011, de 04 de marzo de Economía Sostenible. *Boletín Oficial del Estado*. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2011/03/05/pdfs/BOE-A-2011-4117.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

FERREIRA, Juca. Uma lei com milhares de autores. *Folha de SP*, São Paulo, 31 ago. 2010. Caderno Opinião. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/category/artigos/>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

KRETSHMANN, Ângela. O papel da dignidade humana em meio aos desafios do acesso aberto e do acesso universal perante o direito autoral. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.) et al. *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEI antipirataria mostra resultados na França. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 21 fev. 2012. Economia e Negócios. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,lei-antipirataria-mostra-resultados-na-franca,103680,0.htm>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

MORAES, Rodrigo. Direito fundamental à temporalidade (razoável dos direitos patrimoniais de autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.) et al. *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

NETTO, José Carlos Costa. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: FTD, 2008.

ON-LINE PROTECTION AND ENFORCEMENT OF DIGITAL TRADE ACT. *Projeto de Lei S. 2.029*. Library of Congress. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/D?d112:2:./temp/~bdfINn:|/home/LegislativeData.php|>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 14 nov. 2011.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PREVENTING REAL ONLINE THREATS TO ECONOMIC CREATIVITY AND THEFT OF INTELLECTUAL PROPERTY ACT. *Projeto de Lei S. 968*. Library of Congress. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c112:2:./temp/~c112Bw4sKD>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

REIS, Jorge Renato dos; PIRES, Eduardo. Direito do autor funcionalizado. In: SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord) et al. *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Manoel J. Pereira (Coord.) et al. *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STOP ON-LINE PIRACY ACT. *Projeto de Lei H.R. 3.261*. Library of Congress. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c112:H.R.3261>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no código civil*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004.

THOMAS, Bill. *Summary & Status*. S. 968. 112 th. Library of Congress, 2011-2012. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/D?c112:2:./temp/~c112Bw4sKD>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

THOMAS, Bill. *Summary & Status*. S. 2.029. 112 th. Library of Congress, 2011-2012. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/D?d112:2:./temp/~bdfINn:|/home/LegislativeData.php>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

THOMAS, Bill. *Texts Versions*. S. 3.804. 111 th. Library of Congress, 2009-2010. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:s3804>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. *Jornal Oficial n. L 167*, p. 0010-0019, 22 jun. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:PT:HTML>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

VIDE, Carlos Rogel; DRUMMOND, Victor (Coord.). *Manual de direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção Direitos Autorais e Temas Afins).

WACHOWICZ, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira (Org.). *Estudos de direito de autor: a revisão da lei de direitos autorais*. Disponível em: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/wpcontent/uploads/livros/GedaiUFSC_LivroEstudosDirAutor_vfinal.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2011.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. *About WIPO. What is WIPO?* 1996. Disponível em: <<http://www.wipo.int/portal/index.html.en>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

NOTAS SOBRE A ATUALIDADE DOS CONTRATOS ATÍPICOS E SOBRE A SUA RELAÇÃO COM OS (NOVOS) PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NOS DEZ ANOS DE VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Fabio Siebeneichler de Andrade*
Guilherme Bertotto Barth**

Resumo

Os contratos estabelecem a consolidação das relações negociais entre indivíduos, representando efetivo meio de movimentação de riqueza, essencial ao desenvolvimento da sociedade. O tema é intimamente relacionado com os princípios do Direito Contratual, tais como a autonomia privada, a boa fé e função social. Este desenvolvimento influenciou no nascimento de diversas formas obrigacionais, testemunhando reflexos no Direito individual e da própria liberdade. O presente estudo pretende analisar a questão dos contratos atípicos, formas jurídicas negociais que ultrapassam a previsão normativa e configuram instrumento fundamental para o desenvolvimento humano e social.

Palavras-chave: Contratos atípicos. Autonomia privada. Liberdade de contratação. Princípios contratuais. Função social do contrato. Boa fé contratual.

1 INTRODUÇÃO

Em relação ao conceito de Direito, Hart, em sua obra, defende a impossibilidade de definir todas as nuances em uma teoria, buscando tratar todo o fenômeno jurídico com o objetivo de encontrar a extensão das normas e regras, e a sua aplicação (HART, 2009, p. 5-10). A sua teoria é descritiva, de que o direito resultaria da combinação de formas diversas de regras e acredita que é possível haver princípios jurídicos disponíveis ao julgador, se forem ajustados à moral convencional, e não forem os julgadores obrigados a aplicá-los em cada decisão complexa.

A norma escrita é hoje a fonte principal e expressa de Direito (PINTO, 1989, p. 1319), devendo acompanhar as mudanças da sociedade em processo de evolução. Ripert (1939, p. 44) refere que se impõe a modificação das regras de Direito quando mudam as condições da vida geral, tarefa que o Direito codificado tornou mais morosa na medida em que, anteriormente, como fonte principal, os usos e costumes mantinham o paralelismo de forma gradual e imperceptível.

Em Roma, a codificação de Justiniano ocupou-se desta mesma providência, substituindo as decisões jurisprudenciais e pretorianas, trazendo as noções valiosas da segurança jurídica. Na realidade romana, contudo, a mudança teve por consequência um modelo de Direito rígido e formalista sobre as relações obrigacionais (ALVES, 1980; ZIM-

* Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha); Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Advogado; Avenida Ipiranga, 6681, Bairro Partenon, 90619-900, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.

** Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; guilherme@bbrf.com.br

MERMANN, 1996). De fato, o contrato pode ser inicialmente apreciado no modelo romano, não sendo uma forma de regular qualquer operação econômica, eis que era prevista uma forma específica aplicada para um objeto que se pretendia contratar. Mediante o correto enquadramento se obteria garantia da força estatal em caso de inexecução. Um mero ajuste de vontades não estabelecia uma relação obrigacional (NAVES, 2007, p. 231).

Constata-se a mudança dos contratos para uma noção já assemelhada à atual quando da influência do Jusnaturalismo, passando os indivíduos a expressar vontade autônoma por esses instrumentos (ROPPO, 2009, p. 130 ss.). A necessidade de impulsionar a circulação de riquezas fomentou o desenvolvimento de uma espécie de Direito Contratual, surgindo as primeiras noções de autonomia da vontade e liberdade econômica (séc. XVII), possibilitando aos indivíduos ajustarem livremente suas pactuações, limitando-se o Estado a fazer cumprir as vontades expressas nos instrumentos entabulados, o que se cristalizou na grande fase das codificações, inicialmente pelo Código Napoleônico e ainda pelo BGB.

A história demonstra transformações sociais, sendo o contrato o meio de realização de ajuste voluntário entre indivíduos. Se é função inerente ao Estado é a de viabilizar à sociedade um ordenamento jurídico que mantenha equilíbrio social e possibilite o respeito ao indivíduo, a falta de norma a definir alguma forma contratual específica seria lacuna da sua função legislativa, que, a princípio, permitiria surgir certa insegurança jurídica. Contudo, tal não ocorre justamente em face da autonomia privada e a possibilidade de o indivíduo eleger livremente seus próprios interesses no âmbito do direito estatal (ANDRADE, 2014). O progresso, as inovações e as necessidades socioeconômicas fomentaram o surgimento de diversos tipos e formas de contratos.

É a percepção geral na doutrina, consoante é expresso, por exemplo, Orlando Gomes: “As pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas, com efeito, a usar os tipos contratuais definidos na lei. Desfrutam, numa palavra, a liberdade de contratar ou de obrigar-se.” (GOMES, 1998, p. 103).

Um dos aspectos mais representativos da liberdade contratual consiste, portanto, na possibilidade de os particulares celebrarem contratos atípicos, isto é, aqueles que escapam a um modelo específico (típico), normalmente previsto na legislação.

Cuida-se, especialmente, de uma expressão relevante da autonomia privada, na medida em que representa um meio jurídico de atender às novas finalidades econômicas e sociais dos particulares, ainda mais quando a sociedade alcança patamares de crescente complexidade e dinamismo (MARTINKE, 1991).

O Código Civil de 1916 não continha artigo específico acerca dos contratos atípicos. Esta orientação pode ser explicada, de um lado, pelo fato de inexistir dispositivo a este respeito no BGB, de 1896. Em especial, há que se destacar também a circunstância de a realidade social e econômica brasileira, no início do século XX, ainda não requerer regulação específica acerca da matéria dos contratos atípicos.

No Código italiano de 1942, porém, encontra-se no artigo 1322, preceito expresso sobre a matéria dos contratos atípicos. Ele prevê que as partes podem concluir contratos não pertencentes aos tipos, que possuam disciplina particular, desde que realizem inte-

resses merecedores de proteção pelo ordenamento jurídico.¹ Segue-se o artigo 1323, no sentido de que todos os contratos, mesmo os não disciplinados na legislação, estão submetidos às normas gerais contidas no título relativo aos contratos em geral.² Estes preceitos eram reconhecidos pela doutrina italiana como inequívoca expressão de autonomia do particular na formação dos contratos (ROPPO, 1988, p. 132).

O Código civil português, de 1966, da mesma forma que a legislação italiana, estabeleceu expressa previsão a respeito dos contratos que não constem no rol previsto no código: em seu artigo 405, I, consta a previsão de que os indivíduos podem formar obrigações contratuais diversas das previstas na lei.

A codificação civil brasileira, de 2002, com clara inspiração nas codificações italiana e portuguesa, foi tímida, porém, em relação às formas contratuais não expressas, recebendo-as através da cláusula aberta no artigo 425, que refere textualmente que “[...] é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste código.”

O Código Civil de 2002 contempla, por sua vez, nova regulação principiológica quanto aos contratos, tendo estabelecido inequívoca previsão acerca do princípio da função social do contrato e do princípio da boa fé, respectivamente nos artigos 421 e 422.

Cumprir ponderar também que, dentre as alterações promovidas pelo atual código, situa-se a parcial unificação do direito privado, em face da inserção do livro II de direito de empresa na codificação (artigo 966 a 1.195), tendo sido revogado quase que integralmente o Código Comercial de 1850 (ANDRADE, 2010, p. 103). Desse modo, a regulação estabelecida na parte contratual do código civil influi sobre o Direito Empresarial, razão pela qual reputa-se importante o exame dos contratos atípicos, vinculando esta análise à incidência dos (novos) princípios contratuais.

Nesse contexto, há que se analisar como a disciplina dos contratos atípicos se enquadra à nova regulação da matéria estabelecida pelo Código Civil de 2002, bem como a jurisprudência surgida desde sua entrada em vigor, em especial quando se completou mais de dez anos de vigência da codificação civil. Além disso, cumpre verificar qual pode ser o conteúdo destes contratos, ainda mais quando se tem presente a referida unificação parcial do direito privado, em que a codificação e seus princípios vinculam não somente os civis, particulares, mas também os partícipes das relações empresariais, em que se pode verificar uma disparidade. Nesse sentido, aborda-se, em primeiro lugar a classificação dos contratos atípicos (I); seus critérios de enquadramento (II) e, em terceiro lugar, o seu conteúdo e os seus limites em face da incidência dos referidos princípios contratuais previstos na codificação civil (III).

2 CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ATÍPICOS

Na doutrina, defende-se o entendimento que divide esta espécie de contrato em duas categorias, contratos atípicos inominados em sentido estrito, ou puros

¹ Cf. no original: “Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico.”

² Cf. “Tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo.”

(MESSINEU apud AZEVEDO, 2009, p. 135). Em sentido estrito seriam aqueles cujo conteúdo é completamente diverso dos tipos previstos em norma, ou ainda aqueles contratos que contenham elementos de contratos previstos e, simultaneamente, elementos estranhos a estes. Também nesta categoria inclui-se aqueles que tem apenas alguns elementos estranhos aos tipos legais.

Esta orientação admite ainda os contratos inominados mistos, que envolvem somente elementos de contratos previstos em norma, mas compostos com a fim de formar um contrato inédito, sem inovar com elementos não previstos em norma. Ou seja, mesmo a formação de um contrato composto apenas de elementos de contratos típicos vai resultar em um contrato atípico (MESSINEU apud AZEVEDO, 2009, p. 135).

Por outro lado, Gomes (1998, p. 104) diverge desta noção. Influenciado por Ludwig Enneccerus, defende que estes contratos são divididos em atípicos propriamente ditos e atípicos mistos. Aqueles, divididos possuem originalidade constatada pela mudança dos elementos próprios do contrato típicos ou ainda pela exclusão dos elementos secundários. Já os contratos atípicos mistos são, de fato, aqueles resultantes da fusão de prestações próprias de mais de um contrato típico diferente.

Para o autor um contrato atípico misto pode surgir da ligação das prestações típicas de contratos diferentes, estabelecendo uma nova relação de coordenação ou subordinação. Esta classificação, segundo Orlando Gomes, possui subclassificações, de modo que os contratos atípicos mistos podem ser gêmeos, dúplices ou mistos *stricto sensu*. Sua estrutura envolve elementos próprios de dois ou mais contratos típicos, e apesar da evidente proximidade, o contrato que emerge não se enquadra em nenhum dos tipos envolvidos na fusão.

A subclassificação para os contratos atípicos, em vista do trabalho de Gomes (1998, p. 112), admite uma subcategoria de contratos combinados, ou múltiplos, onde o indivíduo obrigado efetua uma prestação que resulta de vários tipos de contrato, cabendo a outra parte efetuar a prestação unitária; a subcategoria dos contratos cumulativos ou de duplo tipo, nos quais se estabelece uma prestação única por um lado, havendo a contrapartida de uma prestação própria de um contrato de tipo diverso. Ainda se admite a subcategoria dos contratos mistos em sentido estrito ou singulares, com prestações típicas de contratos diferentes, visando finalidade diversa da que lhe caracteriza.

Na doutrina, faz-se ainda referência aos contratos complementares, que configuram uma obrigação prevista em um tipo de contrato, acompanhada por obrigações que se originam em tipos diferentes (CORDEIRO, 1986, p. 425). Uma forma coligada (ou união) de contratos, que não representa um instrumento propriamente misto, mas, de fato, uma união na qual mais de um contrato que se justapõe em uma obrigação única, mas mantendo-se uma individualidade própria.³ Destaca Orlando Gomes, em relação ao ponto que, estes contratos “são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que cada qual, isoladamente, seria desinteressante. Mas não se

³ Caso registrado na jurisprudência neste sentido: Laboratório de análises dentro de hospital, ambos vinculados a plano de saúde coletivo. Erro de análise. Responsabilidade solidária de todos diante da conexão contratual (TJSP, Apelação Cível 568.839.4/6); Na mesma esteira: Agravo regimental no conflito positivo de competência. Contratos coligados de trabalho e de cessão de imagem firmado entre jogador de futebol e clube desportivo. Competência da justiça trabalhista. Decisão mantida. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no CC 69.689/RJ).

fundem. Conservam a individualidade própria [...] se distinguindo dos mistos.” (GOMES, 1995, p. 124).

Em relação aos contratos coligados, caracterizam-se por sua vinculação pelo nexo funcional e possuem grande importância na sociedade contemporânea: o estudo específico, por exemplo, dos contratos de aquisição de imóvel, como contrato coligado, revela ainda a abordagem do tema sob uma ótica de “redes contratuais” (LEONARDO, 2014), sugerindo que, em determinadas situações negociais, constituem-se vínculos contratuais de forma estável, em sequência, e de modo massificado. Seu campo precípua de aplicação seria o negócio de financiamento.

3 CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DOS CONTRATOS ATÍPICOS

Existem critérios que permitem o enquadramento apropriado dos contratos. Entre os mais representativos aponta-se o critério relativo à causa ou finalidade econômica; e a análise da identidade das prestações (ANDRADE, 2014).

O critério atinente à causa ou finalidade econômica do contrato tem origem no Direito italiano, especificamente no Código Civil que acolheu a “causa”⁴ como elemento essencial ao contrato. Diferentemente dos ordenamentos italiano e francês,⁵ nosso Código Civil não faz tal referência expressa, contudo, é elemento do negócio jurídico. Existe uma conjugação de fatores que acarretam a celebração do contrato. Essencialmente é a necessidade de constatar a existência de co-respectividade entre prestações fixadas no ajuste, assim como se, de fato, existe finalidade econômica e jurídica da obrigação contratual entabulada.

De outra banda, está o critério da identidade das prestações, pelo qual se procura destacar do instrumento as prestações a que se obrigaram os contratantes. Feito isto é possível identificar a origem de cada uma, justamente se elas provêm de contratos típicos, ou se elas originam de inovação jurídica, caracterizando a hipótese da atipicidade normativa.

Para ilustrar o ponto, destaque-se o debate a respeito dos contratos de distribuição de combustível que foi levado até julgamento pelo STF. Envolve a dúvida se o caso envolvia um contrato misto ou configurava coligação, posto que tratava de compra e venda de combustível em conjunto com o comodato de equipamentos. Em um determinado momento, tendo em vista a existência de uma só finalidade econômica, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a orientação de que seria uma espécie de contrato misto. Em decorrência, decidiu-se que somente poderia haver uma multa compensatória na hipótese de resolução contratual, mesmo que as partes tivessem previsto duas multas compensatórias distintas - uma para a venda de gasolina e outra para o comodato de tanques e bombas.⁶

⁴ Código Civil italiano. Artigos 1.108 e do 1.131 ao 1.133.

⁵ Código Francês. Artigos 1.325 e do 1.343 ao 1.345.

⁶ Cf. RE 79.562/SP, Relator Min. Rodrigues Alckmin, 1ª Turma, j. 10.02.1976, in RTJ v. 77/884.

Contudo, esta posição sofreu variações. Tanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁷ como na dos tribunais estaduais,⁸ cristalizou-se a orientação de que os aludidos contratos deveriam ser reputados como contratos coligados, na medida em que conservam sua identidade. Não seria perceptível, portanto, no exemplo citado uma unidade contratual e, sim, hipótese de vinculação, em que, para o Supremo Tribunal Federal, um dos contratos seria o principal e o outro (comodato) acessório. Em decorrência, a cláusula penal a ser aplicada deveria ser a do contrato principal.⁹

Em outro grupo de casos, relação entre lojista e shopping center, debateu-se qual a verdadeira classificação do contrato mantida entre os contratantes (ARRUDA; LOBO, 1984, p. 4, 32-33). Discutiu-se se a questão envolveria um contrato atípico, ou se estava enquadrada como um contrato coligado no qual a locação do espaço seria o ponto principal, com finalidade de ocorrer ou não incidência do tributo Cofins. Julgada a questão pelo STJ, a decisão referiu se tratar de um contrato misto, identificando isto por meio da análise da finalidade econômica, concluindo não incidir Cofins em relação à atividade econômica do administrador do shopping.¹⁰

Ao examinar, porém, o contrato entre distribuidoras de combustíveis e postos de gasolina, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que sua natureza era de locação, extraindo dessa orientação o efeito de ser aplicável a estes negócios a Lei n. 8.245/91, podendo ser proposta a ação de despejo para a retomada.¹¹

Esta solução, porém, tem sido objeto de crítica, na medida em que o enquadramento deste tipo de contrato como locação abstrai a circunstância de que haveria, na realidade, dois contratos: de um lado, o contrato de locação; de outro, o contrato de distribuição. O objetivo das partes seria, em essência, distribuir os combustíveis e outros produtos da empresa locadora mediante um ponto de revenda (posto de gasolina) situado em um imóvel alugado ao revendedor.¹²

As decisões referidas como exemplo para as duas formas de classificação não são, de fato, livres de ressalvas e posições contrárias. Na verdade, mesmo as cortes superiores não possuem um entendimento consolidado a respeito da forma de classificar e enquadrar os contratos como mistos ou coligados. O que merece destaque, contudo, é o fato de que a definição acerca da natureza da obrigação contratual é fundamental para a verificação da sua extensão e das suas próprias conseqüências.

Vislumbra-se, porém, que a correta qualificação da natureza do contrato atípico celebrado pelas partes pode ter grande relevância, na medida em que a partir dela podem

⁷ Em alguns casos, o STF decidiu que a multa a ser aplicada deveria ser a do contrato de comodato, por força da onerosidade da cláusula penal prevista no contrato de compra e venda. Ilustrativo acerca da divergência: RE 78.162/PR, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. 16.06.1977, in RTJ v.86/501.

⁸ Cf. Ap. Civ. 191058361, Rel. Min. Milton Martin Soares, TJRGS, 6ª C. Civ., j. 04.06.1992.

⁹ Nesse sentido, RE 86.246/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, 2ª Turma, j. 14.03.77.

¹⁰ Resp. n. 178.908/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.05.2000, DJU, 11.12.2000.

¹¹ Ver, por exemplo, o REsp 688.280-DF, cuja ementa é a seguinte: “Recurso Especial. Natureza jurídica do contrato entre distribuidora de combustíveis e posto de gasolina. Locação. Possibilidade. Lei n. 8.245/91. Aplicabilidade. Ação de despejo. Adequação. I - O contrato celebrado entre distribuidora de combustíveis e posto de gasolina tem natureza contratual de locação. II - Adequação da ação de despejo em virtude da aplicação da Lei n. 8.245/91. Recurso especial desprovido”. (Rel. Min. Felix Fischer, j. 04.08.2005, j. 04.08.2005).

¹² Cf. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo, Contratos Coligados e qualificação contratual em algumas decisões recorrentes do STJ, in Revista do IASP, v. 19, 2007, p. 142.

decorrer conseqüências em várias esferas. Contudo, observa-se que os tribunais podem evitar o enquadramento de um contrato como atípico, a fim de evitar estas conseqüências, em especial quando elas conduziriam a uma tutela mais efetiva da parte fraca da relação contratual em nosso ordenamento.

4 O CONTEÚDO DOS CONTRATOS ATÍPICOS E OS LIMITES DECORRENTES DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A par do que se expôs até aqui, cumpre verificar especialmente quais as implicações no âmbito dos contratos atípicos em face da regulação constante no Código Civil acerca dos princípios da teoria geral dos contratos elencados nos referidos artigos 421 e 422: função social dos contratos e boa fé (SALOMÃO FILHO, 2003).

Em relação à boa fé, sabe-se, de um lado, que ela significa o agir com lealdade e correção (JAUERNIG; CIAN; TRABUCCHI, 1997; JALUZOT, 2001). Além disso, a doutrina já explicitou suficientemente as suas funções: a) hermenêutica; b) ampliativa dos deveres anexos da relação contratual, e; c) limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos (SILVA, 1980, p. 43; AGUIAR, 2003, p. 229). Em decorrência destas funções, o princípio da boa fé propicia - mediante a intervenção judicial - três esferas de atuação no contrato, na medida em que ele poderá ser interpretado, suprido em relação à eventuais deficiências ou mesmo corrigido, a fim de eliminar eventuais imperfeições no plano ético-jurídico (AZEVEDO, 2004).

Em relação aos contratos atípicos, as partes fixam o seu conteúdo livremente, em princípio sem obedecer a uma estrutura prevista em lei. Elas devem observar, porém, a possibilidade de que determinadas disposições contratuais não sigam o parâmetro de boa fé pretendido pelo Código Civil de 2002.

É certo que se tem a dificuldade de o Código brasileiro não haver precisado em que consiste este parâmetro (AZEVEDO, 2003). Não seguiu, neste ponto, a orientação dada por outros ordenamentos, que, sem o aparato doutrinário e jurisprudencial do Direito alemão, preferiram concretizar o significado da idéia de lealdade,¹³ a fim de saber se em nosso ordenamento o princípio da boa-fé há de ser visto como um instrumento de *fair play*, ou se dele podem ser extraídos efeitos de solidariedade, capazes de instar as partes a uma cooperação (D'ANGELO; MONATERI; SOMMA, 2005).

Um raro exemplo de concreção no Código Civil, no sentido de restringir a abusividade contratual, encontra-se no artigo 424, que prevê a nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Esta previsão destina-se aos contratos de adesão, tendo porém escassa aplicação na jurisprudência. Um exemplo passível de referência seria a hipótese em que um dos figurantes do contrato de adesão renuncia, previamente, à tutela dos vícios redibitórios, encontrando-se posteriormente desprotegido no caso de o bem adquirido apresentar vícios.

¹³ Emblemático neste sentido, é o Uniform Commercial Code, que, inicialmente, define a boa fé do seguinte modo: "honesty in fact in the conduct or transaction concerned" (Sect.1-201 (19). Em relação ao conceito de 'honesty', o art. 2-201 estabelece o seguinte: "[...] the observance of reasonable standards of fair dealing in the trade."

A fim de escapar do risco do subjetivismo, teria sido conveniente o estabelecimento de um vínculo entre o princípio da boa fé do Código Civil e os preceitos do § 1º do artigo 51 da Lei de defesa do consumidor, que aprofundam a noção de vantagem exagerada. Neste dispositivo, reputa-se, em primeiro lugar, como exagerada - e, portanto, desleal e contrária à boa fé - a vantagem que: a) ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence; b) restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual e, c) se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Há que se abstrair, porém, a noção de consumidor, que em essência apenas abrange uma das hipóteses de contratante fraco. Esta categoria, de amplitude maior, pode servir de referencial para o estabelecimento de um parâmetro objeto de boa fé no Direito privado brasileiro, caso se tenha presente que a regulação contida no Código de defesa do consumidor constitui, na verdade, um espectro da tutela do contratante débil. Adotando-se essa posição, haveria a vantagem de uma relativa concretude, com a redução do grau de subjetivismo que hoje cerca as partes, que não possuem qualquer referencial acerca do que podem ou não estipular no campo contratual.

Na jurisprudência, são poucas as ocasiões em que se debate expressamente a questão acerca da abusividade de cláusula disposta em contrato atípico de natureza civil ou empresarial. Uma dessas ocasiões concerne a previsão acerca do estabelecimento de multa para o rescisão antecipada em contrato de shopping center, sendo a orientação jurisprudencial pela inexistência de abusividade em face das vantagens ofertadas ao lojista.¹⁴

Nos termos como foi posta pelo codificador de 2002 no artigo 421, a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Ou seja, poder-se-ia extrair o resultado de que o contratante não teria a liberdade de fixar seus interesses sem levar em conta os da coletividade.

É certo que a referência à função social dos institutos jurídicos não é recente (RENNER, 1949, p. 74; WIEACKER, 1952, p. 18; RADBRUCH, 1957, p. 39; PRATA, 1982, p. 200). Entretanto, a análise desta doutrina demonstra que seu foco estava vinculado à propriedade e ao seu desenvolvimento conceitual e funcional (RENNER, 1949, p. 81). O instituto da propriedade, porém, possui papel central no Direito Civil em decorrência da sua função atributiva, própria dos Direitos reais, sendo mais dificultoso vislumbrar os efetivos contornos da terminologia da função social para os contratos. Muito embora o contrato como instituto jurídico não possa ser visto isoladamente no mundo jurídico, tendo em vista sua função de organização econômica, seus efeitos não alcançam necessariamente a mesma intensidade que a propriedade, por força da sua característica tradicional da relatividade.

¹⁴ Nesse sentido, cf. a seguinte ementa do Tribunal de Justiça do RS: “Ação de Rescisão Contratual c/c cobrança. Cessão de Espaço de Shopping Center. Ausência de ilegalidade ou abusividade na cláusula contratual que estabelece multa para o caso de rescisão antecipada até porque o empreendimento shopping center oferece atrativos à parte que loca determinada unidade autônoma. Cláusula foi redigida de forma clara e legível. Inocorrência de vício de erro. Multa reduzida pela sentença para 06 vezes o montante do aluguel. Negaram provimento. Unânime (AP. Civ. 70016589905, 16ª C. Civ., Rel. Des. Ergio Roque Menine, j. 08 nov. 2006).

Na doutrina, tem-se defendido a orientação de que o princípio da função social restringe a noção de relatividade contratual, possibilitando que os efeitos contratuais possam afetar terceiros (NEGREIRO, 2002, p. 205, 210; GODOY, 2004, p. 131). No plano interno, permanece a indagação acerca de sua efetiva finalidade: enquanto, de um lado, sustenta-se que o princípio da função social favorece a funcionalização do contrato, sendo um limite à autonomia privada, na medida em que se constituiria em um instrumento para a aplicação direta do princípio da socialidade no caso concreto (BRANCO, 2006, p. 203, 209), tem-se, de outro lado, a concepção de que não seria precipuamente voltado às relações entre as partes, tendo em vista que para a função de reequilíbrio contratual já teriam as partes outros instrumentos à disposição (SALOMÃO FILHO, 2003; SZTAJN, 2007, p. 171, 177).

Nesse particular, há que se fazer menção ao citado artigo 1322 do Código Civil italiano, que exige, para que as partes possam celebrar contratos atípicos, a presença de um interesse merecedor de tutela (*interessi meritevoli de tutela*) (ARAKEN, p. 135). No Direito italiano, este requisito tem sido associado, em primeiro lugar, a determinados pressupostos como a observância das previsões legais e à ordem pública, o atendimento aos bons costumes (CIAN; TRABUCCHI, 1988, p. 962). Sustenta-se, igualmente, que deva ser respeitada a exigência prevista no artigo 1174 do Código italiano, no sentido de o objeto da prestação ter objeto de avaliação econômica (CIAN; TRABUCCHI, 1988, p. 962). Contudo, sobressai, igualmente, que a noção de merecimento de tutela (*meritevolezza di tutela*) guarda consonância à idéia de que os contratos atípicos devem atender a interesses socialmente úteis (GIUDICE, 2009, p. 813).

Nesse contexto, em que paira sobre o efetivo significado do princípio da função social completa indeterminação, cumpre referir que a jurisprudência tem adotado uma posição moderada acerca de sua finalidade. Há, sem dúvida, a preocupação de que determinadas relações jurídicas não possam afetar direitos de terceiros de forma abusiva, especialmente quando estão envolvidos direitos coletivos, como serve de exemplo a orientação estabelecida na Súmula 308, do Superior Tribunal de Justiça.¹⁵ Ocorre, porém, que não se atribuiu à função social do contrato um papel de revogação ou superação dos princípios contratuais clássicos, como o *pacta sunt servanda* e o da autonomia privada, sendo que este possui igualmente fundamento constitucional. Pondera-se, assim, que a referência à função social do contrato não significa que os valores coletivos prevaleçam, necessariamente, sobre os valores individuais.¹⁶

¹⁵ “A hipoteca firmada entre o construtor e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

¹⁶ Significativo nesse sentido é a orientação traçada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 803.481-GO, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, j.28.06.2007, em cuja ementa consta o seguinte: “Direito Civil e Agrário. Compra e venda de safra futura a preço certo. Alteração do valor do produto no mercado. Circunstância previsível. Onerosidade excessiva. Inexistência. Violação aos princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva e probidade. Inexistência. A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível.

Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no oriente medido - motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário - porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo.

Não se deve pretender, portanto, que o contrato (atípico) seja merecedor de tutela apenas quando tiver presente interesses sociais ou relativos à coletividade. Há que se observar o que se denomina de limite negativo à autonomia privada e não o de estabelecer um objetivo que deva ser necessariamente obtido pelas partes do contrato (positivo) (GRISI, 1999, p. 33; RIBEIRO, 1999, p. 107).

Por outro lado, surge a questão de saber se em relação aos negócios empresariais, e seus respectivos contratos, a incidência dos princípios contratuais seria plena ou teria uma eficácia menor (GARCIA, 2010). Uma primeira resposta a esta indagação decorre da ausência de restrição do legislador quanto aos efeitos dos princípios contratuais quanto aos contratos empresariais. Neste sentido, o movimento de unificação parcial do direito privado, com a inserção do livro de direito empresarial no Código Civil de 2002, faz crer que a intenção do legislador foi de promover uma visão integrativa, e não dissociativa, do Direito privado. Além disso, a doutrina reconhece a necessidade de tutelar os contratos em que os empresários encontram-se em posição de desigualdade (VILLA, 2008, p. 113), situação para a qual os princípios da teoria geral dos contratos do Código Civil possuem um papel relevante.

Em síntese, há que se rejeitar, de um lado, uma concepção que preconize a predominância da visão social como forma de implementar uma visão idealista, no sentido de alcançar a plena justiça material no âmbito contratual (RADBRUCK, 1957, p. 37). Por outro lado, em face dos termos do artigo 421 - e igualmente dos preceitos constitucionais que claramente fazem menção aos valores sociais da iniciativa privada - não se pode pretender que a liberdade contratual não contenha restrições. Cumpre, portanto, favorecer um modelo de complementaridade, em que os diversos princípios contratuais coexistam (ANDRADE, 2002, p. 37). Na verdade, *a priori*, não se pode determinar qual o princípio prevalente no âmbito contratual. Trata-se de um sistema pendular, em que um determinado princípio poderá predominar em uma ou outra situação (BYDLINSKI, 1967; LARENZ; WOLF, 1997). Há, deste modo, que se discernir as situações relativas aos contratos entre empresários daquelas em que estejam envolvidos contratantes “fracos”, como é o caso dos contratos de consumo.

Este sistema contratual espelha a necessidade de combinação entre os elementos do liberalismo e do pensamento social, que devem necessariamente coexistir (SCHWAB, 2002). Reconhece-se, de um lado, a materialização do Direito contratual (CANARIS, 2000, p. 276 ss.), no sentido de que o ideal de justiça não pode ser completa e aprioristicamente afastado da esfera contratual. De outro, enfatiza-se que o contrato consiste em um

O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.

A boa fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual se impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirir seu comportamento de violador de boa-fé objetiva.”

instituto jurídico cuja função precípua é a de assegurar e permitir a autodeterminação de ambas as partes (WOLF, 1970, p. 60).

Esta concepção tem especial aplicação aos contratos atípicos, pois a percepção de que as partes somente teriam a sua liberdade reconhecida para cunhar novas figuras contratuais quando os seus interesses exprimam caráter solidário ou social configura-se marcadamente restritiva. No entanto, isto não significa favorecer o abuso do direito que, nos termos do artigo 187 do Código Civil, constitui-se como ato ilícito. Observe-se, apenas, que este preceito tem contornos precipuamente negativos, pois pretende impedir que as partes ultrapassem os limites da finalidade negocial, da boa fé e dos bons costumes.¹⁷

5 CONCLUSÃO

Não se identifica, no Direito brasileiro, uma definição delienada acerca dos contratos atípicos. A Codificação Civil de 2002 alargou o rol de contratos tipificados, incluído tipos de extenso reconhecimento e utilização jurídica. Da mesma forma, inovou ao admitir as formas atípicas entabuladas pelos contratantes, em que pese não dedicar a necessária atenção que se fazia necessária ao fim de garantir maior efetividade ao próprio Direito contratual.

Em essência, o Código Civil de 2002 restringiu-se, pura e simplesmente, a reproduzir disposição tradicional acerca dos contratos atípicos existente em outros ordenamentos e que se resume quase que a uma obviedade: as partes podem constituir relações atípicas, a elas se aplicando os princípios gerais dos contratos.

No que concerne às necessidades atuais da realidade jurídica brasileira, trata-se de uma regulamentação insuficiente para o tema dos contratos atípicos. Perdeu-se oportunidade relevante para uma melhor determinação do assunto, em especial para a inserção de regras específicas sobre a sua interpretação, ainda mais quando se tem presente a existência das disposições específicas no ordenamento italiano e português.

Quanto ao do conteúdo dos contratos atípicos, verifica-se que a solução adotada pelo Código Civil de 2002, passados dez anos da sua entrada em vigor, não contribuiu, de forma significativa, para bem delinear os contornos que as partes possuem a fim de estipular o conteúdo dos contratos atípicos. O recurso aos princípios, função social e boa fé, não foi objeto da devida concretização pela jurisprudência, sendo que no âmbito doutrinário ainda reside uma indefinição.

Esse panorama não colabora para robustecer a desejada segurança jurídica, fator indispensável para o propício desenvolvimento da esfera negocial, setor do direito em que a utilização dos contratos atípicos possui campo fértil. Na verdade, ela favorece uma atmosfera de insegurança em que as partes são estimuladas, de um lado, ao litígio contumaz; de outro a fugir das vias ordinárias da Justiça, privilegiando-se outros modos de re-

¹⁷ Nesse sentido, cf. o R.Esp. 61.890/SP, Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, j. 18.06.1998, em que se afirmou o seguinte: “O compartilhamento de quota de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, criada com cláusula de indivisibilidade, constitui contrato atípico, regido pelas regras definidas pelos contratantes, admissível desde que não se revista de ilicitude ou contrarie a ordem pública e os bons costumes, a ele não se aplicando o regime legislativo concernente ao instituto do condomínio.”

gulação, como é o caso da arbitragem. Vislumbra-se, em suma, um cenário de insuficiente regulação do tema dos contratos atípicos no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Os contratos atípicos como expressão da autonomia privada na esfera negocial. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (Org.). *Estudos de direito empresarial: homenagem aos 50 anos de docência do Prof. Dr. Peter Walter Ashton*. Porto Alegre: Saraiva, 2014.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Vertraglicher Verbraucherschutz: Brasilianische und deutsche Regelungen im Vergleich*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

ARRUDA, José Soares; LOBO, Carlos Augusto da Silveira (Org.). *Shopping centers - aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código Civil*, v. 5, p. 135, 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novo Código Civil: o que muda na vida do cidadão*. Brasília, DF: Câmara dos deputados: Ouvidoria parlamentar: Centro de documentos e informações, 2003.

BRANCO, Gerson. Limites dogmáticos da intervenção judicial na liberdade contratual com fundamento na função social dos contratos. *Estudos de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 8, p. 203, 209, 2006.

BYDLINSKI, Franz. *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtendes Rechtsgeschäft*. 1967.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*. AcP 2000.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al codice civile*. 5. ed. Padova: CEDAM, 1997.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Direito das Obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. v. 1.

D'ANGELO, Andrea; MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *Buona fede e giustizia contrattuale - Modelli cooperative e modelli conflittuali a confronto*. Torino: Giappichelli, 2005.

FIUZA, César (Coord.). *Direito civil*. Atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- GARCIA, Ricardo Lupion. *Deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos à luz do Código Civil e da Constituição Federal*. Porto Alegre: PUC-RS, 2010.
- GIUDICE, Federico Del. *Códice Civile*. Napoli: Giuridiche Simone, 2009.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função Social do Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
- GRISI, Giuseppe. *L'Autonomia Privata*. Roma: Giuffrè, 1999.
- HART, Herbert Lionel A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats*. Paris: Dalloz, 2001.
- JAUERNIG, BGB, comentário ao § 242, 10. ed.
- LARENZ; WOLF. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, § 2º, Rn. 24, 8. ed. 1997.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os Contratos Coligados*. Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado - coletânea em homenagem à Professora Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. EUD, 2014.
- MARTINEK, Michael. *Moderne Vertragstypen*, Band I, C. H. Beck Verlag, 1991.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RADBRUCH, Gustav. *Der Mensch im Recht*. Göttingen, 1957.
- RATA, Ana. *A Tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- RENNER, Karl. *The Institutions of private law na their social functions*. London: Routledge, 1949.
- RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato*. Coimbra: Almedina, 1999.
- RICCITELLI, Antonio. *Contratos atípicos e os princípios gerais do direito contratual*. *Revista FMU Direito*, São Paulo, ano 24, n. 33, 2010.
- RIPERT, Georges. *O regime democrático e do direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SALINAS, Sara Castillo. *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 47, n. 132, out./dez. 2003.

SCHWAB, Dieter. *Einführung in das Zivilrecht*, Rn. 83, op. cit. 2002.

SZTAJN, Raquel. *Função Social do Contrato e Direito de Empresa*, v. 8, p. 171, 177, 2007.

TARTUCE, Fabio. *Direito civil 3. Teoria geral dos contratos em espécie*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. *As origens do contrato no novo código civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 844.

USTÁRROZ, Daniel. O Contrato de Patrocínio no Direito Brasileiro. In: FRADERA; ESTEVEZ; RAMOS (Org.). *Contratos empresariais*. 2014.

VILLA, Gianroberto. *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*. Bologna: Ed. Il Mulino, 2008.

WIEACKER, Franz. *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher*, Karlsruhe, p. 18 e ss., 1952.

WOLF, Manfred. *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*. Tübingen, p. 60, 1970.

RESPONSABILIDADE SOCIAL CORPORATIVA DAS EMPRESAS: PROTEÇÃO LEGAL DE DADOS NA UTILIZAÇÃO DO BIG DATA

Lucimara Aparecida Main*
Maitê Cecilia Fabbri Moro**

1 INTRODUÇÃO

No cenário empresarial que nos encontramos, considerando o desenvolvimento tecnológico alcançado até o momento, as empresas buscando angariar e manter sua clientela têm se utilizado de informações obtidas em banco de dados organizados de forma a obter outras informações que lhe tragam vantagem competitiva. Trata-se o denominado Big Data.

O presente trabalho tem por objetivo analisar as consequências jurídicas da implementação de “Big Data” pela iniciativa privada. Considerando que a sociedade da informação gera números absurdos de dados a cada minuto, muitas empresas visando lucro, investiram em coleta de dados das relações comerciais que possuem, para posterior utilização como forma de negócio, como ferramentas de cruzamento de dados, como por exemplo o “Big Data”.

Nos dias de hoje, não são somente as empresas que utilizam o “Big Data”, mas também os governos, assim, todo o dado gerado de cada cidadão pode se transformar em um banco de dados muito útil.

A utilização deste banco de dados é portanto questionável, tanto do ponto de vista da iniciativa privada, quanto por parte do governo.

Apesar dos dados armazenados serem utilizados para estratégia de negócios, pesquisas na área de saúde, fiscalização por parte do Estado e demais finalidades que auxiliam a sociedade, sem que com isso invada-se a privacidade individual de cada cidadão, ou até mesmo a privacidade coletiva, o Big Data trará somente benefícios.

Porém, se os dados captados forem armazenados de forma incorreta, negociados ou até mesmo, puderem identificar uma determinada pessoa ou um grupo de pessoas, expondo sua vida íntima, deixam de ser uma estratégia de negócio, passando a ser uma afronta a direitos fundamentais já garantidos em nossa Carta Magna.

O assunto foi abordado pelo professor de direito Pablo Cerqueira da Fundação Getúlio Vargas, em uma aula ministrada em Harvard, no dia 21 de janeiro de 2014, quando destacou

* Especialista em Gestão e Tecnologia em Segurança da Informação pela Faculdade Impacta de Tecnologia; Mestranda em Direito e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho; tutora nos cursos a distância do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial; professora convidada na Escola Superior de Advocacia, palestrante do departamento de cultura e eventos da Ordem dos Advogados do Brasil Subseção de São Paulo; Rua Almeida Júnior, 27, Embu das Artes, 06803-300, São Paulo, São Paulo; lucmain@hotmail.com

** Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho; Rua Vergueiro, 235/249, Liberdade, 01504-001, São Paulo, São Paulo; maitemor@uninove.br

que o Big Data deve ser analisado sobre todos os aspectos, tanto pelos seus benefícios, quanto por seus riscos, conforme trecho extraído do sítio da Fundação Getúlio Vargas (2014).

O que se quis demonstrar e colocar em debate é que a discussão sobre o uso ou não de dados não pode ficar restrita à discussão direitos de privacidade versus ações de polícia dos estados. Essa visão, que coloca como antagônicos esses dois aspectos do Direito, é muito superficial e não leva em conta os benefícios que os dados, quando analisados dentro de princípios e regras rígidas, podem trazer para a sociedade.

Neste contexto, o presente trabalho por meio do método hipotético-dedutivo, delimitando o tema como uso do Big Data para a iniciativa privada, examina a legalidade da utilização do “Big Data” pela iniciativa privada.

Com vista a este objetivo dividido se o presente artigo em quatro partes, sendo que na primeira define e explicada o “Big Data”, na segunda se explica a questão da privacidade como direito fundamental, na terceira é questiona-se a função e responsabilidade social da empresa no armazenamento das informações geradas nos bancos de dados, no que tange ao direito de proteção de dados e os princípios da finalidade e da proporcionalidade, finalizando com nossas conclusões.

2 BIG DATA O QUE É ISSO?

Em janeiro de 2011, o Fórum Econômico Mundial divulgou relatório, no qual fez a seguinte afirmação: “Os dados pessoais serão o novo ‘petróleo’ - um recurso valioso do século XXI. Ele vai emergir como uma nova classe de ativos tocando todos os aspectos da sociedade.” De fato, a ideia de dados como uma mercadoria no mesmo nível de ouro, prata, petróleo e metais preciosos é muito impressionante, mas reflete a realidade da era global em que vivemos (AVOYAN, 2013).

A criação da *World Wide Web* responsável pelo aumento na geração de dados pessoais, seu avanço também ocasionou o surgimento e proliferação das redes sociais, com a difusão de dispositivos móveis, que também dão acesso à Internet.

Desde então, dispositivos móveis e Internet tornaram-se meios poderosos de divulgação de informação, bem como meio para criação e compartilhamento de variados conjuntos de dados. Este fenômeno em grande volume, velocidade e variedade de dados ficou conhecido como “Big Data”.

McKinsey Global Institute (apud TAURION, 2013, p. 26) define Big Data como:

A intensa utilização de redes sociais online, de dispositivos móveis para conexão à internet, transações e conteúdos digitais e também o crescente uso de computação em nuvem tem gerado quantidades incalculáveis de dados. O termo Big Data refere-se a este conjunto de dados cujo crescimento é exponencial e cuja dimensão está além da habilidade das ferramentas típicas de capturar, gerenciar e analisar dados.

Gartner (apud TAURION, 2013, p. 27) vai além para definir “Big Data”, pois defende que o termo adotado pelo mercado, descreve problemas no gerenciamento e processa-

mento de informações extremas as quais excedem a capacidade das tecnologias de informações tradicionais ao longo de uma ou várias dimensões. Assim, o termo “Big Data” está focado principalmente em questões de grandes volumes de conjunto de dados gerados a partir de práticas tecnológicas, tais como mídia social, tecnologias operacionais, acesso à Internet e fontes de informações distribuídas.

Aglutinar todos estes dados permite a uma empresa ou governo ter uma visão bem abrangente de determinada pessoa e de seus hábitos e costumes, conforme menciona Taurion (2013, p. 33), quando fala sobre a pegada digital que cada pessoa deixa com o uso da Internet “[...] Deixamos nossa pegada digital a todo o momento, seja usando o Internet Banking, comprando pela Internet, acessando um buscador, tuitando, comentando alguma coisa no *Facebook*, usando o *smartphone*, ativando serviços de localização.”

Este fenômeno denominado “Big Data” oferece às organizações novas possibilidades de obtenção de importantes informações sobre seus mercados, competidores e seu negócio. Para o autor os dados eletrônicos na sociedade da informação são um recurso natural, assim como, o petróleo é para a sociedade industrial.

Uma das empresas transnacionais que mais gera fluxo de dados é o *Google*, que lançou recentemente o produto *Google Glass* (CASADIO, 2013),¹ trata-se de um óculos de realidade aumentada (BRITO, 2014),² o produto foi utilizado no Brasil no fim do ano de 2013 na área da saúde, para realização de uma cirurgia, que conforme informações do sítio de notícias Terra (CONCEITO..., 2013), foi muito bem sucedida.

Com a “Internet das Coisas” (AMAZONAS, 2011)³ - OIT, que utiliza o “RFID” (O QUE..., 2013)⁴ como meio de transmissão destes dados, é possível prever um futuro, em que desde o acordar até o deitar todos nós estaremos enviando milhões de dados por diversos dispositivos, tais como automóveis, geladeiras, televisores, máquinas de utilidade doméstica, enfim, tudo que possuímos conectado à internet será capaz de enviar dados pela rede mundial de computadores.

A previsão daqui para frente é que empresas utilizem cada vez mais estes dados para a estratégia de negócios, um bom exemplo é a rede Walmart (WALMARTLABS, 2014) que utiliza o “Big Data” aliado a ferramenta *analytistics*,⁵ conseguindo assim, detectar a localização dos clientes pelos celulares em cada loja, e com esta informação os estoques

¹ Os óculos inteligentes que se conectam à internet através de uma rede Wi-Fi ou de uma conexão wireless aos telefones celulares. As fotos e vídeos feitos pelos usuários podem ser compartilhados na rede social Google Plus.

² O Google Glass é um acessório em forma de óculos que possibilita a interação dos usuários com diversos conteúdos em realidade aumentada. Também chamado de Project Glass, o eletrônico é capaz de tirar fotos a partir de comandos de voz, enviar mensagens instantâneas e realizar videoconferências. Seu lançamento está previsto para 2014, e seu preço deve ser de US\$ 1,5 mil. Atualmente o Google Glass encontra-se em fase de testes e já possui um vídeo totalmente gravado com o dispositivo. Além disso, a companhia de buscas registrou novas patentes anti-furto e de desbloqueio de tela para o acessório.

³ Internet das Coisas significa estender o mundo virtual - existente hoje na Internet - ao meio físico, real. Ou seja, os objetos passarão a ser identificados, com a capacidade de monitorar o meio ambiente e de interagir conosco. “Os objetos passam a ter presença no mundo virtual e a possibilidade de atuarem sobre o meio em que estão inseridos.”

⁴ A Internet das Coisas funciona basicamente através de tecnologia de identificação por rádio frequência (RFID) - que utiliza ondas de rádio para enviar informações para leitores RFID que podem estar conectados à Internet. Além das ondas de rádio, esse sistema utiliza também smartphones e sensores que permitem a comunicação entre máquinas - como em sistemas de trânsito, pagamentos on-line e microchips em animais de estimação.

⁵ Ferramenta que analisa os dados coletados para gerar relatórios.

das lojas que estão mais baixos, são enviados para os estoques das lojas que estão vendendo mais, evitando a falta de mercadorias em uma loja e que sobre estoque em outra.

Em síntese “Big Data” pode ser definido como o conjunto de volume, somado a variedade, mais velocidade, veracidade e valor, por este motivo, muitos estudiosos o definem como “5 Vs”. Não é apenas um produto de software ou hardware, mas um conjunto de tecnologias, processos e práticas que permitem às empresas analisarem dados a que antes era impossível a análise e tomar decisões ou mesmo gerenciar atividades de forma muito mais eficiente Taurion (2013, p. 28-29).

Para os dados gerarem valor para o negócio é preciso terem veracidade, pois é necessário ter certeza que esses dados são autênticos e fazem sentido.

Portanto o profissional que trabalha com “Big Data” deve além de coletar dados, realizar um trabalho de limpeza, validando estes dados obtidos, eliminando os erros de dados incompletos ou inconsistentes, para não contaminar análises futuras.

Em seguida a próxima fase é da integração e agregação dos dados obtidos, pois os dados dos sensores do fluxo de tráfego devem ser integrados aos dados de veículos que estão transitando, e mesmo com as de seus proprietários. Dados de diferentes tipos e formatos precisam receber tratamento específico, definindo categorias de dados e seus critérios de validação e aceitação, sem deixar de verificar o critério de segurança dos dados, que vão variar de acordo com as fontes.

A próxima etapa é a mais visível - é a analítica, com a análise e interpretação dos resultados. Neste momento é necessário saber o que fazer com todos os dados coletados e já armazenados, de forma a gerar valor para o negócio. Nesta etapa podemos dizer que nasce um novo profissional, que é multidisciplinar, pois além da formação em ciência da computação, estatística, matemática, é necessário conhecimento no negócio específico que se trabalha (TAURION, 2013, p. 33).

Como foi dito no início deste trabalho “Big Data” pode ser utilizado pelo governo (Big Data e-social) (VERAS, 2014),⁶ por pesquisadores de diversas áreas do conhecimento, tais como: saúde, desenvolvimento tecnológico e engenharia. Contudo a tecnologia que envolve o “Big Data” também pode ser utilizada de forma ilícita conforme no suposto esquema revelado por Edward Snowden um ex-técnico da *National Security Agency* (NSA), quando o Estados Unidos das Américas usou tecnologias de Big Data para espionar os brasileiros; documentos secretos revelam que Brasília fez parte das 16 bases instaladas para coleta de informações através de satélites de outros países e ainda afirma que de acordo com os documentos de Edward Snowden a NSA “[...] espionou telefonemas e correspondência eletrônica de pessoas residentes ou em trânsito no Brasil, assim como empresas instaladas no país.” (KAZ; CASADO, 2013).

De acordo com Grego (2013) a infraestrutura montada pela NSA sugere que a captação e a análise dos dados são feitas num esquema de “Big Data”, ou seja, os dados são volumosos, de natureza muito variada e chegam em alta velocidade. A reportagem

⁶ O seu nome tem como origem a socialização da informação, mas trata-se de uma poderosa ferramenta, na verdade, de um Big Data Trabalhista, fiscal e previdenciário. Para ficar mais claro, o Big Data fiscal é composto por soluções tecnológicas capazes de lidar com dados fiscais em volume, variedade e velocidade inéditos no cenário trabalhista, previdenciário e fiscal.

cita ainda que o autor de vários livros sobre a NSA, James Bamford, afirma que a rede da agência americana inclui salas de espionagem em operadoras de telecomunicações e um gigantesco data center em Bluffdale, no Estado americano de Utah:

[...] Com esse aparato, basta um agente digitar o nome de uma pessoa num computador para que todas as conversas dela passem a ser registradas e todos os e-mails e mensagens instantâneas passem a ser interceptados. Depois, os computadores se encarregam de analisar esses dados.

O caso americano é um exemplo do que não se deve fazer com o Big Data, pois a coleta, armazenagem e análise de dados, devem ser feitas de forma coerente, para finalidades lícitas, observando quais dados podem ser analisados e quais não devem, conforme define Taurion (2013, p. 42) “[...] necessário criar uma política de segurança da informação que classifique os dados de acordo com seu nível de privacidade.” Existem dados que não podem ser disponibilizados publicamente e outros que podem, para evitar que a empresa detentora do dado, acabe por negligenciar o direito à privacidade, o que pode acarretar a perda de sua credibilidade no mercado.

3 OS DADOS QUE COMPÕEM O “BIG DATA”

Conforme mencionado por Taurion (2013, p. 42), a empresa que pretende implementar ou até mesmo ser uma empresa do ramo de Big Data, necessita de uma Política de Segurança da Informação⁷ coerente e bem elaborada, com a distinção dos dados que podem ser disponibilizados daqueles que não podem.

Porém, para que tal classificação possa ser feita, é necessário distinguir os tipos de dados coletados, que podem ser definidos como: dados pessoais, dados anônimos e dados sensíveis.

Esta definição pode ser encontrada no Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais n. 4.060/2012 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014),⁸ que é o avanço para nosso país, visto que até o momento o Brasil não possui legislação específica para proteção de dados pessoais, neste sentido no âmbito internacional, já vigora a Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais (EC 95/46) - e a Lei de Proteção de Dados Canadense (*Protection and Electronic Documents Act - PIPEDA*) (MARCEL, 2011, p. 210).

⁷ A NBR ISO/IEC 27001 define segurança da informação, como sendo a necessidade de garantir proteção, frente a diversas ameaças (Naturais, Físicas, Tecnológicas, Humanas e Político-Econômicas), e política de segurança da informação, como o conjunto de normas que asseguram estas diversas ameaças.

⁸ Realizado entre 30 de novembro de 2010 e 30 de abril de 2011, o debate público sobre privacidade e proteção de dados pessoais foi fruto de uma parceria da Secretaria de Assuntos Legislativos com o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e com o Observatório Brasileiro de Políticas Digitais do Centro de Tecnologia e Sociedade da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Em cinco meses, o debate sobre Proteção de Dados Pessoais recebeu 14 mil visitas e 795 comentários. O anteprojeto de lei em debate buscou a regulamentação de uma matéria carente de legislação específica no país. A lógica do anteprojeto proposto visa a assegurar ao cidadão o controle e a titularidade sobre suas próprias informações pessoais, como forma de garantia do direito constitucional à privacidade. Isso porque, com o avanço da tecnologia, é cada vez mais comum que as informações pessoais sejam obtidas e utilizadas sem o conhecimento do seu titular e, muitas vezes, até mesmo contra a sua vontade. Além disso, a própria utilização de dados pessoais sem a segurança adequada ou sem que sejam realmente necessários aumenta o risco do seu acesso indevido e de vazamento dessas informações.

Na América Latina, alguns países promulgaram leis específicas de proteção de dados pessoais, tais como a Argentina, Uruguai, Paraguai, Chile e, recentemente o Peru. O Uruguai, foi incluído como Estado signatário da Convenção 108 da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - que traz em seu corpo princípios básicos para proteção de dados - e é o único país não europeu a assinar o protocolo.

O Anteprojeto brasileiro “dispõe sobre a proteção de dados pessoais, a privacidade e dá outras providências”, incluindo-se o que se deve considerar como “dado pessoal”, “banco de dados”, “dados sensíveis”, “comunicação”, “difusão”, dentre outros.

Segundo o Anteprojeto: são *dados anônimos* os que se relacionam a pessoas consideradas *em abstrato*, como ocorre com as estatísticas. Por não se referirem a sujeitos individualizados, essa espécie de dados não é suscetíveis, ao menos em tese de causar dano a direitos subjetivos, razão pela qual não merece proteção jurídica.

Em seguida têm-se os *dados pessoais* que, como o próprio nome sugere, são os que se relacionam a *pessoas individualizadas* ou *individualizáveis*, ainda que indiretamente. Merecem tutela jurídica na medida em que são capazes de causar dano a direitos da personalidade.

Por fim, há os *dados sensíveis*, uma espécie de dados pessoais que diz respeito aos principais aspectos da personalidade ou do comportamento de um indivíduo. Mesmo que coletados, eles *não poderão sofrer tratamento*, ou seja, serem organizados de forma sistematizada, por meio de cruzamentos com outros dados, a fim de expor os aspectos mais íntimos de um sujeito, como convicções sexuais, religiosas, políticas ou filosófica.

O Anteprojeto ainda prevê em seu art. 3º (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012) que as a proteção aos direitos e garantias da lei deverá ser promovida com observância dos princípios constitucionais da Defesa do Consumidor, Livre iniciativa, Liberdade de Comunicação e Ordem Econômica, nos termos dos artigos 1º, IV, 5º, inc. IX, XXXII, 170 e 220 da Constituição Federal.

4 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O tratamento automatizado de informações pessoais criou a necessidade de desenvolvimento de institutos jurídicos que oferecessem meios efetivos de tutela da privacidade e garantia do direito à autodeterminação de cada pessoa em relação às próprias informações pessoais.

O princípio da finalidade se destaca entre estes institutos jurídicos por estar presente em diversos países com legislações que tratam do assunto, e por sua capacidade de colher aspectos dos diversos interesses conflitantes na disciplina da proteção de dados.

Trata-se de um princípio que se desenvolve com o surgimento de normativas destinadas à tutela dos dados pessoais. Podemos associar esse princípio à necessidade de informação pessoal, que após ser coletada, somente poder ser utilizada para a finalidade que determinou a sua coleta, garantindo ao detentor do dado que este será utilizado somente para os fins que ela autorizou no momento da coleta.

Sem entrar nos detalhes de um complexo desenvolvimento legislativo, pode-se afirmar que suas feições tem raízes nos princípios de proteção de dados pessoais que começaram a ser esboçados no início da década de 1970.

Esses princípios, aos quais se costuma fazer referência como sendo *Fair Information Principles* arraigaram-se em diversas legislações sobre proteção de dados e formam a espinha dorsal dos primeiros documentos internacionais de maior alçada sobre o tema, a Convenção 108 do Conselho da Europa e as Linhas-guia da OCDE, ambos do início da década de 1980.

Estes princípios, em extrema síntese, são (RODOTÀ, 1999, p. 62; SAMPAIO, 1997, p. 509):

- a) o princípio da publicidade (ou transparência), pelo qual a existência de um banco de dados pessoais deve ser de conhecimento público;
- b) o princípio da exatidão, pelo qual os dados pessoais devem corresponder à realidade e ser atualizados;
- c) o princípio da finalidade, pelo qual os dados pessoais devem ser utilizados para fins compatíveis com o motivo que fundamentou a sua coleta;
- d) o princípio do livre acesso, pelo qual o titular do dado pessoal tem o direito de conhecê-lo e, se for o caso, retificá-lo;
- e) o princípio da segurança física e lógica, pelo qual os dados pessoais devem ser protegidos do acesso não autorizado, tanto fisicamente (pelo acesso físico ao sistema informático) como logicamente (pelo acesso telemático ao sistema). Esses princípios, ao lado de outros, podem ser identificados, em graduações diversas, nas várias legislações que hoje se ocupam do tema.

O recente desenvolvimento legislativo sobre o tema é pautado pela necessidade de equilibrar interesses que gravitam entre dois polos: de um lado, a proteção do indivíduo e da sua privacidade na Sociedade da Informação e, de outro, a necessidade de estabelecer um patamar de licitude para que os vários serviços que fazem uso de dados pessoais possam operar com maior eficácia, respeitados os direitos individuais.

Essa necessidade de equilíbrio entre a tutela do indivíduo e o livre uso de dados pessoais é uma das tônicas da disciplina. Ela está presente, por exemplo, no caráter essencialmente remedial da tutela dos dados pessoais no ordenamento jurídico norte-americano, que reconhece um espaço livre para a utilização desses dados (DONEDA, 2006, p. 261-306).

5 DIREITO À PRIVACIDADE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O direito à privacidade é um direito fundamental conquistado por meio dos direitos humanos na primeira dimensão. Comenta (DA SILVEIRA; ROCASOLANO, 2012, p. 181) que existe a possibilidade de identificar um novo valor que concretiza a dignidade da pessoa humana, além da solidariedade: a ética, responsabilidade ou moralidade científica. Contudo destaca que por intermédio da ética é possível identificar uma série de direitos

e princípios vitais para a transparência e o avanço da ciência, como por exemplo a difusão correta da informação científica ou até quando se assume desconhecer os impactos e efeitos colaterais das novas tecnologias e/ou experiências.

Desta forma, seguindo a orientação internacional, o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988 assegura a inviolabilidade da privacidade, estabelece que “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

Além disso, o inciso LXXII do mesmo art. 5º prevê um novo remédio constitucional no que toca à proteção de dados pessoais, que é a ação de *habeas data* (BESSA, 2003, p. 107).

O direito à privacidade em nosso ordenamento jurídico, tem o condão de resguardar aspectos pessoais e familiares, bem como os empresariais. Assim, a pessoa jurídica também está incluída como beneficiária do direito à preservação de sua vida interna, vedando-se, pois, a divulgação de informações de âmbito particular. Existem, inclusive, normas legais que proíbem a divulgação de dados de natureza confidencial da empresa (Lei n. 9.279/96), com exceção dos casos das companhias abertas que, por exigência do mercado, são obrigadas a divulgar informações pertinentes, em certos casos.

O Código Penal Brasileiro no Capítulo dos Delitos contra a Liberdade Individual também prevê este direito, incluindo a violação, sonegação ou destruição de correspondência, bem como a Lei n. 9.296/96 que atribui crime aquele que intercepta comunicações telefônicas de forma clandestina, bem como o fluxo de comunicações em sistemas informáticos ou telemáticos.

O direito civil também trata do assunto, no Código Civil o Capítulo dos Direitos da Personalidade, traz no art. 21, estabelecendo que “[...] a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Além da norma que regulamenta a ação de *habeas data*, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor que, em seus artigos 43 e 44, regula a manutenção de bancos de dados e cadastros de consumidores, estabelecendo uma série de garantias para estes últimos.

No referido diploma legal há uma série de procedimentos referentes à utilização de dados pessoais, como, por exemplo, a coleta, a organização, a consulta, a interconexão, o bloqueio, a transmissão, a difusão e a destruição de dados, dentre outros. Todos esses constituem modalidades de tratamento dos dados pessoais. Em linhas gerais, qualquer operação que tenha como objeto dados pessoais qualifica-se como tratamento e, como tal, deve ser avaliada em conformidade com as regras e princípios de proteção a esses dados.

O consentimento do titular pode tornar lícito tanto o fornecimento voluntário dos próprios dados como o seu posterior repasse a terceiros, visto que é o elemento principal a ser levado em conta ao serem cogitadas ambas as possibilidades (DONEDA, 2006, p. 370). A finalidade, por sua vez, caracteriza-se como uma espécie de afetação dos dados pessoais, já que a relação de compatibilidade com o objetivo para o qual os dados foram fornecidos acompanha-os e deve ser levada em conta em qualquer tratamento posterior ao qual sejam submetidos.

No dia 23 de junho de 2014 entrou em vigor a Lei n. 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet e possui regras relacionadas à privacidade, em alguns casos,

poderá funcionar como lei específica, obrigando tanto o setor público quanto o setor privado, fazendo com que eles se adaptem à nova legislação.

Já no artigo 3º, são destacados os princípios para a utilização da Internet, fazendo diferença entre proteção à privacidade e proteção aos dados pessoais. Fica evidente a ideia de reconhecer que são dois direitos fundamentais.

De acordo com o Marco Civil a proteção de dados pessoais deve se dar nos termos da Lei. Desta forma, é necessária uma legislação específica para proteção de dados pessoais.

Seguindo para o artigo 7º, o Marco Civil trata de forma mais evidente dos direitos dos usuários. Dividido em quatro incisos: o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, à inviolabilidade ao sigilo das comunicações e à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas armazenadas.

Também é previsto o não fornecimento de dados pessoais a terceiros, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou em hipóteses previstas em lei.

No inciso 8 do mesmo artigo estão mencionados como direitos do usuário - ter informações claras e completas sobre a coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que (a) justifiquem sua coleta; (b) sejam lícitas; e (c) estejam previstas em contrato.

Neste texto da Lei fica evidente o princípio da finalidade, ou seja, os dados coletados somente poderão ser utilizados para a finalidade inicial.

Ainda artigo 7º, inciso 10, foi incluída uma modulação do direito ao esquecimento. O artigo trata do direito à exclusão definitiva dos dados pessoais, a pedido do usuário titular, ao término das relações entre as partes.

É necessário observar a forma de interpretação deste texto, pois é possível entender que os dados pessoais somente serão apagados após o pedido do usuário. Assim, uma organização não fica obrigada a apagar dados pessoais sempre que um contrato for rompido. O pedido do titular que gera esta obrigatoriedade de destruição dos dados pessoais, desde que seja ao término do relacionamento.

As cláusulas abusivas do Código de Defesa do Consumidor são contempladas no artigo 8º, desde que impliquem em ofensa ao sigilo das comunicações privadas. Assim, no caso das cláusulas dos termos e contratos de políticas de privacidade serem lesivas ao direito à privacidade poderão ser nulas.

Assim, o direito à privacidade é protegido em nosso ordenamento jurídico, tanto no direito penal com sanções próprias, como no direito civil, que garante o pagamento de indenização por aparte daquele que lesionar o indivíduo com danos ao patrimônio ou moral.

6 O USO ADEQUADO DOS DADOS PRIVADOS PELAS EMPRESAS

Nos ensina Oliveira (2008, p. 60) que com a globalização e o deslocamento das empresas para diversas regiões, é necessário repensar a função social destas na sociedade que estão inseridas, não somente as transnacionais, porém as pequenas e médias, pois tem importante papel em nível local, mesmo porque atuam mais de perto da sociedade.

Há preocupação por parte das empresas não somente com o impacto que podem causar à sociedade, mas também, como são avaliadas, pois a irresponsabilidade social,

pode ter um efeito devastador financeiro para empresa, com geração de multas e desencadear greves e outros efeitos negativos para a marca.

A Responsabilidade Social e Corporativa (RSC) surge como fator diferencial competitivo entre as empresas e pode aumentar seu potencial econômico dentro outros, pois melhora imagem no mercado e influencia comportamento positivo do consumidor, evita desperdício, motiva produtividade e melhora ambiência, que motiva produtividade.

Ética, Gestão Social, Recursos Ambientais, Empresas e Sociedades são as quatro formas de se avaliar o RSC. Assim:

- a) Ética - Uma das formas de analisar a Responsabilidade Social Empresaria (RSE), com base em conceitos filosóficos. Estuda os valores e julgamentos morais por trás das decisões empresariais (decisões certas, erradas, boa ou ruim);
- b) Gestão Social - Examina aspectos sociais da atividade da empresa. Desenvolve maneiras de avaliar o desempenho social das empresas e os investimentos sociais sob ótica privada;
- c) Recursos Ambientais - Estuda a relação das empresas com o meio ambiente, buscando entender as consequências ambientais da atividade da empresa e se há relação positiva entre boa gestão ambiental e resultados financeiros das empresas;
- d) Empresas e Sociedade - A empresa é parte da sociedade no sentido de que aquela deve adaptar-se à sociedade. E a gestão com *stakeholders* (partes interessadas) é a forma eficaz e justa de tomar decisões (OLIVEIRA, 2008).

Para explicar RSC foram criados alguns modelos, que passam pela questão legal, social, ambiental e ética, relacionadas com os *stakeholders* e influenciam a empresa. São estas, (a) circular e pirâmide, além dos conceitos do Banco Mundial que vincula ao compromisso com o desenvolvimento econômico e sustentável, a Ethos que é a forma de gestão definida pela ética transparente como todos os quais com que se relaciona. Por fim, a NBR/ISO 26000 que indica ações de organização para assumir responsabilidade pelo impacto de suas atividades sobre a sociedade e meio ambiente.

A preocupação com a RSE agrega valor ao produto e passa a ser estratégica (e não obrigação legal) para melhor posicionamento da organização, eis que já há interesse dos consumidores em empresas bem conceituadas no mercado.

Por outro lado, um viés econômico, balizas legais garantem o princípio da segurança jurídica o que por si tem consequências financeiras visíveis, uma vez que os investidores podem se orientar de como o mercado se comporta, em face das manobras comerciais desejadas por eles.

Inobstante, o maior beneficiário do estabelecimento de um marco legal para proteção de dados é o cidadão, ente hipossuficiente nas relações travados com empresas e com o Estado. Este poderá ter as informações que compõem suas esferas de intimidade e privacidade tratadas adequadamente, garantindo que apenas o que é do seu interesse seja revelado ou utilizado por terceiros, garantindo a aplicação de direitos fundamentais e humanos.

7 CONCLUSÃO

O processamento automatizado de informações tornou-se um elemento essencial em diversas atividades nas últimas décadas.

Tanto a iniciativa privada como o Estado defrontam-se com a necessidade de intensificar o processamento de informações para atender, respectivamente, a mercados cada vez maiores ou para aumentar a eficiência da administração pública.

A automatização do processamento de informações passou a ser indispensável frente às crescentes demandas de uma sociedade massificada, ao ponto que, hoje, em várias circunstâncias, seria impensável abrir mão desse novo recurso - o “Big Data”.

A tecnologia aplicada ao tratamento de informações, por outro lado, faz crescer o risco de invasão da privacidade e do controle sobre os indivíduos, por meio do uso abusivo de suas informações pessoais, o que incentivou o surgimento de institutos jurídicos capazes de contrabalançar essa tendência e proporcionar ao cidadão o controle sobre seus próprios dados pessoais. Institutos dessa natureza desenvolveram-se com vigor nas últimas décadas.

Partindo-se da constatação de que a proteção de dados pessoais é um direito fundamental reconhecido por diversos ordenamentos jurídicos, sua aplicação em casos concretos depende da ponderação entre o controle sobre os próprios dados pessoais e a utilização que deles se pretende fazer - além das suas respectivas implicações em relação à razoável expectativa de privacidade do indivíduo.

A inexistência de uma norma geral sobre proteção de dados pessoais no ordenamento brasileiro, até o momento tem como fundamentos legislativos principais as ponderações com base nas provisões constitucionais concernentes à privacidade e proteção de dados pessoais, bem como o Código de Defesa do Consumidor.

O elemento crucial para realizar essa ponderação é a observância ao princípio da finalidade, como critério hábil para estabelecer limites para a utilização de dados pessoais, tanto no momento da coleta quanto do fornecimento desses dados a terceiros, levando em conta a proteção devida ao titular dos dados.

Conforme se infere da própria natureza da disciplina de proteção de dados pessoais, é relevante que se atinja um equilíbrio entre as liberdades e direitos individuais tutelados através da proteção de dados pessoais e da garantia da circulação da informação necessária às relações comerciais.

Tal equilíbrio será obtido através da aplicação do princípio da proporcionalidade, pelo qual avaliam-se os interesses em questão, procurando tutelar o conteúdo essencial do direito à privacidade, ao mesmo tempo em que se leva em conta a necessidade da utilização dos dados pessoais no caso concreto.

O uso adequado das informações pelas empresas, garante a estas um posicionamento ético e responsável em relação à sociedade, o qual a empresa se vale de dados importantes para sua atuação e posicionamento no mercado, mas não extrapola o benefício, buscando se valer de dados que invadem a seara privada e pessoal dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

- AMAZONAS, J. R. **Internet das Coisas precisa ser prioridade de Estado**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE RFID & INTERNET DAS COISAS, 2., 2011, Búzios. *Anais eletrônicos...* Búzios, 2011. Disponível em <<http://www.congressorfid.com.br/entrevista-amazonas/>>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- AVOYAN, H. Big Data - O que é e por que é importante - Parte 01. *Imasters*, 08 nov. 2013. Disponível em: <<http://imasters.com.br/gerencia-de-ti/tendencias/big-data-o-que-e-e-por-que-e-importante-parte-01/>>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- BESSA, L. R. *O Consumidor e os Limites dos Bancos de Dados de Proteção ao Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRITO, E. Google está permitindo que curiosos experimentem o Glass. *Globo.com*, 19 jul. 2014. Eletrônicos. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/tudo-sobre/google-glass.html>>. Acesso em 19 jul. 2014.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 4.060/2012*. Brasília, DF, 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- CASADIO, G. Google Glass é computador em forma de óculos; confira teste. *Terra*, São Paulo, 17 jul. 2013. Eletrônicos. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/eletronicos/google-glass-e-computador-em-forma-de-oculos-confira-teste,cb071bca62c1f310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 25 jan. 2014.
- CONCEITO usa Google Glass para monitorar sinais de paciente. *Terra*, 24 nov. 2013. Eletrônicos. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/eletronicos/conceito-usa-google-glass-para-monitorar-sinais-de-paciente,18e4064984182410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 22 jan. 2014.
- DA SILVEIRA, V. O.; ROCASOLANO, M. M. *Direitos Humanos, Conceitos, Significados e Funções*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DIRETIVA N. 95/46 DA COMUNIDADE EUROPEIA. Disponível em: <http://www.cert.fnmt.es/legsoporte/Directiva%2095_46_CE%20Datos%20CaracterPersonal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2014.
- DONEDA, D. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- EMC, Big Data as a service: a market and technology Perspective. Disponível em: <<http://www.emc.com/collateral/software/white-papers/h10839-big-data-as-a-service-perspt.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

- FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Disponível em: <<http://diretorio.fgv.br/noticia/supremo-em-numeros-big-data-e-privacidade-sao-debatidos-em-harvard>>. Acesso em: 18 jan. 2014.
- GREGO, M. EUA usaram tecnologias de Big Data para espionar brasileiros. *Exame Info*, 08 jul. 2013. Disponível: <<http://info.abril.com.br/noticias/seguranca/2013/07/eua-usaram-tecnologias-de-big-datapara-espionar-brasileiros.shtml>>. Acesso em: 09 jan. 2014.
- KAZ, R.; CASADO, J. NSA e CIA mantiveram em Brasília equipe para coleta de dados filtrados de satélite. *O Globo*, 12 jul. 2013. Mundo. Disponível: <<http://oglobo.globo.com/mundo/nsa-cia-mantiveram-em-brasiliaequipe-para-coleta-de-dados-filtrados-de-satelite-8949723>>. Acesso em: 13 jan. 2014.
- LÉVY, P. *O que é o Virtual*. Tradução Paulo Neves. 34. ed. São Paulo: Ed. 34, 2007.
- LIMA, A. *A Responsabilidade Civil pelo Fato de Outrem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LUCCA, N. de. Aspectos Atuais da Proteção aos Consumidores no Âmbito dos Contratos Informáticos e Telemáticos. In: LUCCA, N. de; SIMÃO FILHO, A. (Coord.). *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. v. 2.
- MARCEL, L. *Tutela e privacidade na internet*. Saraiva: São Paulo, 2011.
- MATOS, T. M.; BRAGA, H.; KAWAMOTO JUNIOR, L. T. Big Data: quais os impactos e o que impulsiona. In: WORKSHOP DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA DO CENTRO PAULA SOUZA, 8., 2013, São Paulo, SP. *Anais...* São Paulo, 2013.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Elaboração Legislativa*. Disponível: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={0EADEB70-AE9F-4C0B-869D-CDB8AFB2FC02}&BrowserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D{7AD72389-F775-4829-8BCB-B8027442AE1C}%3B&UIPartUID={-2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>>. Acesso em: 19 jan. 2014.
- OLIVEIRA, J. A. P. *Empresas na sociedade: sustentabilidade e responsabilidade social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- O QUE é a Internet das Coisas? *Futurecom Blog*, 18 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.futurecom.com.br/blog/o-que-e-a-internet-das-coisas/#sthash.GlaEB0gX.dpuf>>. Acesso em: 20 jan. 2014.
- PETRY, A. O Berço do Big Data. *Revista Veja*, São Paulo, pag. 74, 15 maio 2013.
- RODOTÀ, S. *Repertorio di fine secolo*. Bari: Laterza, 1999.
- SAMPAIO, J. A. L. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAURION, C. *Big Data*. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

VERAS, V. e-Social: o Big Data Fiscal e a realidade das pequenas empresas. *Administradores.com*, 14 jan. 2014. Dinheiro. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/e-social-o-big-data-fiscal-e-a-realidade-das-pequenas-empresas/75052/>>. Acesso em: 25 jan 2014.

WALMARTLABS. Disponível em: <<http://www.walmartlabs.com/>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL E A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA GERAÇÃO

Leonardo Raphael Carvalho de Matos*
Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches**

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a função e responsabilidade social da empresa como consequências do surgimento dos novos direitos, chamados coletivos, difusos e individuais homogêneos.

O objetivo da pesquisa é verificar como é regulamentada e aplicada a Responsabilidade Social da empresa como consequência de sua função social.

Para tanto, inicialmente trataremos do processo de dinamogenesis do Direito, teoria que busca o reconhecimento e compreensão dos direitos, numa linha tempo-espacial de mutação legislativa e hermenêutica, no intuito de contextualizar o surgimento e a importância de se tutelar os direitos humanos, no tocante aos de terceira geração, que implicam na proteção integral da dignidade humana e dos princípios constitucionais e a sua imersão na ordem constitucional.

Em seguida, trataremos da função social da empresa, destacando-se suas principais características. Ao final, trataremos da responsabilidade social empresarial, como um desdobramento da função social, apontando-se as normas garantidoras dessa responsabilidade, normas de cunho administrativo e judicial.

Vale ressaltar que tal pesquisa não possui o condão de esgotar tamanha problemática, mas de desenvolver um diálogo sobre o tema, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, ao analisarmos as doutrinas especializadas da literatura jurídica, e do método indutivo, ao apontarmos o entendimento jurisprudencial das cortes brasileiras, num paralelo entre os resultados desejados e os obtidos.

2 O DIÁLOGO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NA DINAMOGENESIS DO DIREITO

A relação empresarial no Brasil vem sofrendo um reflexo direto da tendência pós-positivista ao tratar do direito privado como também objeto do direito público, no momento em que compreendemos a existência de interesses coletivos, difusos e metaindividuais a serem tutelados pelo Estado.

Tal conjuntura é considerada consequência de alguns fenômenos a serem também analisados brevemente neste estudo, como: o neoconstitucionalismo, a dinamogenesis do Direito, o Estado sócio-ambiental e a defesa dos direitos de terceira geração (SILVEIRA, 2010).

* Mestrando em Direito pela Uninove.

** Professora do Programa de Mestrado em Direito da Uninove.

Vale elucidar, inicialmente, o contexto histórico ensejador do olhar tendencioso de análise do privado sob um aspecto público (BONAVIDES, 2006). Muitos doutrinadores agregaram significativa contribuição ao Direito ao tratarem destas questões. Podemos citar Miguel Reale que com a teoria tridimensional do Direito, analisou-o Direito como ciência composta de norma, fato e valor. E no evoluir, Ronald Dworkin, que pregava que o valor integra a norma através dos princípios, surgindo, então, a ciência pós-positivista.

A inovação histórica não está propriamente na existência e no reconhecimento dos princípios pela norma jurídica. Os princípios são figuras antigas no ordenamento e a proporção que o tempo passa, vêm desempenhando vários papéis. O que há de inovador é o reconhecimento de sua normatividade (BARROSO, 2003).

No momento em que os princípios atuam como moderadores de um Direito mais justo, mais humanista, mais solidário, mais protecionista aos direitos humanos, é que a ciência jurídica se transforma e o Direito Privado e o Direito Público se comunicam. Logo, as normas privadas passam a ser analisadas num viés constitucional, assim como as normas públicas passam a se preocupar com o interesse privado.

Nesta conjuntura, as ciências como o Direito Empresarial, o Direito Civil e o Direito do Consumidor denotam um novo aspecto, ou seja, recebem uma proteção constitucional e uma interpretação sistêmica de suas normas, influenciadas diretamente pelos princípios constitucionais, responsáveis pela manutenção da ordem e da segurança jurídica.

Esse fenômeno é denominado por muito juristas de neoconstitucionalismo, que flexibilizou a rigidez normativa, apresentando um diálogo entre as normas de direito público e de direito privado. O neoconstitucionalismo também guarda relação com os direitos difusos, categoria intermediária entre o público e o privado, que busca tutelar os interesses de uma coletividade. Vale lembrar que o direito difuso supera a dicotomia público-privada. O neoconstitucionalismo ainda sofre influência do direito internacional, ao recepcionar normas de eficácia *erga-omnes* introduzidas por tratados e convenções internacionais, às quais o Brasil resta signatário.

Por sua vez, a dinamogênese explica o processo que fundamenta o nascimento e desenvolvimento de novos direitos humanos no decorrer da história. Tal modelo corresponde à chamada ideologia dinâmica da interpretação jurídica, entendida como atividade de adaptação do direito às necessidades da presente e futuras gerações.

Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano nos demonstram em sua obra, a teoria da dinamogênese como fonte dos direitos humanos. E será com base em sua pesquisa que desencadearmos a seguir uma linha no tempo e no espaço com o condão de demonstrar o reconhecimento desses novos direitos e o processo de imersão na ordem constitucional (SILVEIRA, 2010).

O Estado Nação, caracterizado pelos privilégios a determinadas classes, se torna Estado de Direito, nos séculos XVII e XVIII, no qual os direitos civis (direitos de autonomia) e os direitos políticos (direitos de participação) são incorporados à ordem pública, através do fenômeno da transmigração. Denominados de direitos de primeira geração, concernem à delimitação da esfera de liberdade individual em relação ao poder do Estado, traduzindo as denominadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, na medida em que exigem por parte do poder público um comportamento apenas de salvaguarda, sem

qualquer interferência efetiva nessa esfera de domínio particular. Neste Estado Liberal de Direito, o exercício dos direitos políticos introduz, também, a ideia de cidadania.

O Estado de Direito evolui para o Estado Social de Direito, no século XIX, no qual os direitos sociais, econômicos e culturais são incorporados à ordem pública, sob égide da Revolução Industrial. Logo, temos os direitos positivos e coletivos, bem como os direitos humanos de segunda geração (direitos de igualdade). Estes possuem um caráter eminentemente prestacional, caracterizando-se como direitos de cunho social, econômico e cultural, e exigem uma atuação estatal voltada ao atendimento de condições mínimas de dignidade da vida humana, ou seja, especificar as pretensões do povo.

O Estado Social de Direito evolui para o Estado Sócio-Ambiental ou Estado Constitucional Cooperativo, no qual o direito à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento são incorporados à ordem pública. Logo, temos os direitos difusos, bem como os direitos humanos de terceira geração (solidariedade e fraternidade), tutelados regional, estadual e universalmente, caracterizados pela Teoria Democrática.

Os direitos de terceira geração, no século XX, se voltam à tutela da solidariedade, passando a considerar o homem como não vinculado a esta ou àquela categoria, mas como um gênero com necessidades comuns, e que só serão supridos a partir da união de esforços na construção de um mundo melhor, revelando a preocupação concreta com a paz, o desenvolvimento econômico, o meio ambiente, entre outros temas do direito comparado.

A norma há de ser expressão jurídica dos valores morais e éticos que inspiram o ordenamento jurídico e que se sintetizam no respeito e na garantia da dignidade humana e suas manifestações, como mérito dos direitos humanos. O princípio do respeito pela dignidade da pessoa é a expressão jurídica dos valores representados pelos direitos humanos, manifestos no interesse de proteção dessa dignidade em seu sentido político, social, econômico e cultural.

As mudanças sociais e econômicas produzidas ao longo da história utilizam os princípios jurídicos como vias para o reconhecimento dos novos valores exigidos pela comunidade social. A funcionalização do Direito passa a ser caracterizada por uma compatibilização geracional, ou seja, por uma nova perspectiva (solidariedade), assegurando direitos às futuras gerações, e não apenas, expectativa dos mesmos.

Em um mundo globalizado e em um contexto econômico de capitalismo avançado há um número cada vez maior de situações e condutas humanas que exigem do Estado ações de proteção e de prestação. Porém, os direitos de solidariedade, não só relativizam a soberania dos Estados, mas comprometem com a pauta de direitos também o sujeito particular.

Portanto, cada vez mais, firma-se a teoria de que os efeitos dos Direitos Fundamentais não se reduziriam ao Estado, ou seja, não é somente o Estado o destinatário dos Direitos Fundamentais, uma vez que o particular também não pode violá-los, neste caso se estaria falando em eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Esta teoria, elaborada na segunda metade do século XX, baseia-se na ideia de superação da concepção de direitos fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado, mas como um sistema de valores válido para todo o ordenamento jurídico. (SANCHES, 2011)

Nas palavras de Vladmir da Silveira, temos:

Na sociedade atual, chamada sociedade aberta, o direito se desenvolve por intermédio de forças espirituais [...] onde se têm em conta estimações, com caráter jurídico integrador, que brotam de um debate livre dentro da sociedade. Por isso o direito constitucional e o direito internacional se aproximam e se complementam, regulando a convivência em sociedade de forma justa, ao garantir e proteger o que ela considera valioso. Mediante a normatização, os valores deixam o plano ideal (sentimental) e passam ao âmbito do real, porque só assim se poderá exigí-los, garanti-los e, acima de tudo, protegê-los. Com a transformação dos Estados-Nação em Estados Constitucionais Cooperativos, o ente estatal passa a ter normas próprias nas relações internacionais, dentre elas a da cooperação internacional, a da prevalência dos direitos humanos e a do respeito pela autodeterminação dos povos. (SILVEIRA, 2010, p. 88-89).

Observada as dimensões dos direitos fundamentais, a sua principal consequência é a eficácia irradiante destes direitos, o que significa que os valores inerentes a estes direitos irradiam por todo o ordenamento jurídico. Entende-se, ainda, que as dimensões dos direitos não se esgotam em apenas três gerações. Estudos mais modernos apontam outras duas gerações de direitos.

Os direitos de quarta geração teriam como valores preponderantes a responsabilidade e a ética. Nascem a partir do Estado necessário e ético de direito, caracterizado pela horizontalidade dos direitos humanos. Para Noberto Bobbio (BOBBIO, 1992, p.6), “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética.”

Tais direitos configuram processos e institutos jurídicos focados na proteção da dignidade da humanidade, que tem como núcleo essencial, a proteção e a garantia da espécie humana considerada na sua coletividade. Vale citar que os direitos de quarta geração são frutos das novas necessidades sociais de tutela, haja vista o aparecimento das inovações tecnológicas e dos riscos inerente ao desenvolvimento na pós-modernidade, possuindo formas universal e real.

Com efeito, Bonavides define como direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Quanto aos direitos de quinta geração, alguns doutrinadores como o próprio Paulo Bonavides, José Adercio Sampaio Leite e Raquel Honesko, asseveram que a paz seria um desses direitos e que, o cuidado, a compaixão e o amor por todas as formas de vida assegurariam os direitos humanos numa plenitude social, dados os últimos acontecimentos de iminentes guerras e movimentos de caráter terrorista pelo mundo.

Em síntese, o desenvolvimento histórico marca o reconhecimento de novos valores por parte da sociedade, que os estima como necessários e, nesse sentido, os protege mediante o eficaz instrumento do direito.

A partir da compreensão da dinamogênese e do surgimento dos novos direitos, trataremos da função social da empresa, da responsabilidade empresarial e da tutela desses novos direitos no âmbito corporativo.

3 A FUNÇÃO SOCIOSSOLIDÁRIA DA EMPRESA

A função social possui três vertentes mais utilizadas no Direito: a função social da propriedade, do contrato e da empresa. Quanto à propriedade, significa que esta teria como característica intrínseca a função social (art. 5º, XXIII, CF), compreendendo o individual e o coletivo, admitindo ainda a propriedade pública, dos bens cuja apreensão individual configuraria um risco para o bem comum.

Normativamente a função social da propriedade foi citada na Constituição do México em 1917 (conhecida como Quereta) no momento da tradição do Estado liberal e emergência do Estado democrático de Direito. Fase esta de pós-guerra que introduzia os direitos sociais, trazendo limitações ao poder do Estado. Posteriormente, a Constituição da Alemanha em 1919 (Constituição de Weimar), no seu art. 153, de forma mais elaborada, enuncia a função social da propriedade: “a propriedade não é um direito, mas uma função social.” (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 199).

O constitucionalista italiano Santi Romano em 1977, ao conectar poder, deveres e direitos, elaborou o conceito de função social. “O constituinte estabeleceu a ideia de função social como poder-dever, que significa o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que o indivíduo não contrarie o interesse público.” (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 201).

No Brasil, a Constituição de 1934 trouxe em seus artigos 115 e 143 normas sobre a ordem econômica, garantida a sua liberdade, dentro dos limites da justiça e as necessidades da vida nacional. Fase esta caracterizada pela passagem do estado liberal para o estado social. Tal característica fora recepcionada pelas Constituições posteriores, surgindo os Direitos Humanos de segunda geração alinhados ao conceito de socialidade (responsabilidade social).

Contudo, foi a partir da Constituição de 1988 que se vislumbrou uma preocupação mais acentuada em proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades. Elevaram-se os princípios e normas sociais ao *status* constitucional, fortalecendo a ordem social no país.

Na seara privada, as normas sociais presentes na Constituição introduziram uma visão mais humanista ao direito empresarial, passando a inserir a empresa num contexto social.

Chegamos, então, ao conceito de Função Social. Como afirma Fábio Konder Comparato:

A função social como o poder-dever de vincular a coisa a um objetivo determinado pelo interesse coletivo. Somente, os bens de produção cumpriam uma função social, entendido como os empregados nas atividades produtivas. Os bens de consumo, aqueles destinados ao uso pessoal, não teriam essa destinação. Conclui que “se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”. (COMPARATO, 1986, p. 75).

No mesmo entendimento, acrescenta, ainda, Tomasevicius Filho, ao afirmar que a função social:

[...] significa o exercício de um direito subjetivo, de tal modo que se atenda ao interesse público, não apenas no sentido de não impor restrições ao exercício desse direito, mas também no sentido de acarretar uma vantagem positiva e concreta para a sociedade. Dessa forma, entende-se a ideia de que a propriedade obriga ou que há um poder-dever de o indivíduo atender ao interesse público no exercício de seu direito subjetivo. (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 39).

Como decorrência da função social da propriedade, a função social do contrato ocorre quando o contrato é celebrado e executado observando a livre circulação de riquezas, desde que respeitadas a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

O mesmo ocorre com a função social da empresa, objeto deste estudo, uma vez que como decorrência da função social da propriedade, a empresa deixou de ser mera produtora ou transformadora de bens que coloca no mercado. É, antes de tudo, um poder. Representa uma força socioeconômica determinada com uma enorme potencialidade de emprego e expansão.

O Estado democrático de direito deixou de participar diretamente da produção e circulação de bens e serviços, deixando espaço para a livre iniciativa, que se transformou no projeto de desenvolvimento econômico da sociedade, que deve estar vinculado ao desenvolvimento social, buscando estabelecer um equilíbrio entre a ordem liberal e a ordem socialista.

A função social da empresa implica: a) os bens de produção devem ter uma destinação compatível com os interesses da coletividade; b) a produção e a distribuição de bens úteis à comunidade; c) gerar riquezas e empregos.

Importante vínculo de influência entre o princípio da função social e o princípio da preservação da empresa, que tem como fim a proteção e continuidade da atividade econômica como fonte de desenvolvimento da sociedade. Contudo, a função social não pode ignorar a função primeira da empresa que é o lucro.

Para Tomasevicius Filho

A função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres, positivos e negativos. (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

Estudos sociais apontam que a razão de ser da empresa não é produzir lucros nem fazer com que seus acionistas enriqueçam. A missão da empresa é produzir e distribuir bens e serviços bem como criar empregos. Quanto ao lucro, a sociedade considera-o legítimo, entendendo-o como a justa recompensa a ser recebida pelos investidores que aceitam correr o risco de aplicar seu capital em um empreendimento produtivo.

Assim entende a Ministra Nancy Andrichi, relatora do Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 110.250-DF, ao citar que

[...] a função social da empresa exige sua preservação, mas não a todo custo. A sociedade empresária deve demonstrar ter meios de cumprir eficazmente tal função, gerando empregos, honrando seus compromissos e colaborando com o desenvolvimento da economia, tudo nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05. (ANDRIGHI, 2010).

Para Fábio Konder Comparato

Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. (...) em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos (COMPARATO, 1996, p. 65).

No Brasil, a função social da empresa encontra-se disposta no art. 1º e no artigo 3º, que dispõe sobre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro e no artigo 170, que estabelece como fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, existência digna e justiça social. Assim, a função social da empresa exige desta uma atividade voltada para os fins sociais e ambientais, e para os objetivos relacionados ao interesse coletivo. Ou seja, além da função social, há também a função solidária, uma vez que também se refere aos direitos de terceira dimensão, os de solidariedade (NASPOLINI SANCHES; SILVEIRA, 2013).

A função sócio-solidária da empresa representa uma ação positiva a ser realizada a partir da observância de um princípio básico na relação corporativa: a responsabilidade.

4 A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

A partir da consciência sobre a função sócio-solidária, a sociedade passa a esperar um comportamento diferenciado da empresa, de forma coerente, com uma produção responsável, condutas éticas e produtos e serviços com qualidade, postos em mercado, além, claro, do lucro.

Alguns movimentos fomentaram tal comportamento, entre eles, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento na Conferência Rio-92, a Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável na Conferência de Joanesburgo, as Metas do Milênio e a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho.

Logo, o termo “responsabilidade social” surge, então, para traduzir esta nova faceta que a empresa adotou no passar do tempo: o de compromisso com a sociedade, com a comunidade e o meio ambiente.

A responsabilidade social das empresas consiste na integração voluntária de preocupações sociais e ambientais por parte das empresas nas suas operações e na interação com a comunidade. (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 46).

O Instituto Ethos conceitua responsabilidade social da empresa como

A forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas

empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais. (INSTITUTO ETHOS).

A responsabilidade social está vinculada a todas as atividades da empresa que buscam não a finalidade lucrativa em primeiro plano, mas o desenvolvimento da comunidade externa (sociedade), bem como de seus funcionários, investindo em cursos de atualização e reciclagem, bem-estar e lazer, gerando um meio ambiente saudável e higiênico na empresa.

O investimento no bem-estar da comunidade ainda representa uma válvula de escape fiscal para a empresa, que transfere seus impostos para a causa social. E, em muitos casos, um jogo de *marketing*, quando divulgam suas ações no intuito de atrair ainda mais consumidores e, com isso, obter mais capital. Logo, a própria responsabilidade social acaba voltando para a função precípua da empresa, o lucro.

Importante frisar que a ideia de responsabilidade social está diretamente relacionada à ética nas relações. A ética define aquilo que é, teoricamente, bom para as pessoas, no condão de direcionar suas vidas de forma adequada em comunidade.

Ementa: TRABALHADOR ACOMETIDO DE DOENÇA PROFISSIONAL. DISPENSA INJUSTIFICADA. **RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA.** DANOS MORAIS. - O ato de dispensa do empregado, logo após seu retorno do INSS, desprezando-se o tempo que lhe prestou serviço e contribuiu para a melhoria da atividade empresarial, não se constitui exercício de direito potestativo, e sim em exercício abusivo de um direito, por isso ilícito (art. 187, do NCC). A **responsabilidade da empresa** deve ir além do que dispõe a norma infraconstitucional, alcançando valores e princípios em prol do bem estar da sociedade e, principalmente, dos seus trabalhadores, proporcionando-lhes qualidade de vida e existência digna (CF/88 , arts. 1º , IV , 170 , III e VIII). Faz-se, portanto, necessária a compensação pelos danos morais provocados, pois a dispensa do empregado sem levar em consideração o seu estado de saúde, sem dúvida, se traduz em atos ofensivos à honra, moral e dignidade do autor. (TRT-19 - RECURSO ORDINÁRIO RECORD 685200800819007 AL 00685.2008.008.19.00-7 (TRT-19) Data de publicação: 28/07/2009).

Juntamente com a ética, temos outro elemento necessário ao alcance da responsabilidade social: a transparência. A direção empresarial denota um sistema que assegura a todos os sujeitos da relação uma gestão organizacional com equidade, transparência, responsabilidade pelos resultados e respeito às normas impostas. Logo, a transparência relaciona-se à disponibilidade e livre acesso às informações da empresa.

Dando continuidade ao entendimento de responsabilidade, temos outro aspecto a ser observado: a sustentabilidade. Esta se refere à preservação de recursos naturais e culturais para a presente e futura gerações.

Logo, de forma englobada, a responsabilidade é o meio para se atingir a função social da empresa, através da ética, da transparência, da sustentabilidade e do respeito às normas de conduta, a serem analisadas e seguidas.

A Norma ISO 26000 - Diretrizes para a responsabilidade social, tem como objetivo fornecer diretrizes para organizações, independentemente do porte ou área de atuação, relativas a: a) identificação de princípios de responsabilidade social; b) integração, im-

plementação e promoção de práticas socialmente responsáveis; c) identificação e envolvimento de partes interessadas; d) divulgação do comprometimento organizacional e desempenho social; e) contribuição para o desenvolvimento sustentável.

A ISO 26000 dispõe, ainda, sobre a responsabilidade pelos resultados (*Accountability*), o comportamento ético, respeito pelos interesses dos *Stakeholders*, respeito ao Estado de Direito, respeito às normas internacionais de comportamento, respeito pelos direitos humanos e ser transparente a respeito:

(1) da finalidade, natureza e localização das suas atividades; (2) da identidade de qualquer interessado em controlar as atividades da organização; (3) da maneira pela qual suas decisões são tomadas, implementadas e revistas, incluindo a definição dos papéis, responsabilidades, e autoridades de diferentes funções na organização; (4) das normas e os critérios com as quais a organização avalia seu próprio desempenho em matéria de responsabilidade social; (5) de sua atuação em questões de responsabilidade social relevantes e significativas; (6) das fontes, montantes e aplicação dos seus fundos; (7) dos impactos conhecidos e prováveis das suas decisões e atividades em seus parceiros, na sociedade, na economia e no meio ambiente; e finalmente, (8) de seus *stakeholders* e os critérios e procedimentos utilizados para identificá-los, selecioná-los e envolvê-los. (INSTITUTO ETHOS).

A ABNT NBR 16001 - Responsabilidade Social e Sistema da Gestão implica a implantação de um sistema de gestão de responsabilidade social pela organização, além de outros benefícios tanto para a empresa, quanto para os clientes e a comunidade. Podemos citar: a valorização da empresa perante o mercado; a redução de riscos sociais, greves, acidentes de trabalho, e processos trabalhistas; implementação de valores organizacionais; transparência das práticas adotadas pela organização; valorização do fornecedor; maior facilidade de realização de parcerias; entre outros.

Essa norma aplica um conceito abrangente de responsabilidade social, incorporando as dimensões ambiental, econômica e social da sustentabilidade, bem como a participação dos sujeitos em todo o processo, mais condizente com a ideia de responsabilidade sócio-solidária.

A Norma SA 8000 foi alicerçada nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e visa proporcionar: a) condições de trabalho adequadas; b) respeito aos direitos dos trabalhadores; c) alinhamento organizacional nos requisitos de responsabilidade social; d) trabalho em parceria com organizações trabalhistas e de direitos humanos; e) transparência das relações empregador x empregado x fornecedores x comunidade; f) padronização em todos os setores de negócio e em todos os países; g) incentivo que beneficie a comunidade empresarial e de consumidores por meio de uma abordagem na qual ambas as partes saiam ganhando.

A Norma AS 8000 está organizada em quatro seções, mas somente a seção IV introduz os requisitos de responsabilidade social a serem observados: 1) Trabalho infantil; 2) Trabalho forçado; 3) Saúde e segurança; 4) Liberdade de associação e direito à negociação coletiva; 5) Discriminação; 6) Práticas disciplinares; 7) Horário de trabalho; 8) Remuneração; 9) Sistema de gestão.

Portanto, a responsabilidade social também se vincula ao ambiente laboral adequado, livre de discriminação e que garanta ao trabalhador plenas condições de desenvolver seu ofício com liberdade e dignidade.

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO - REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DE AIDS - **RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA.** Impossível colher prova mais robusta da discriminação contra o afetado do que sua dispensa imotivada, especialmente quando o exame demissional o considera apto para o trabalho. É a segregação silenciosa de quem busca livrar-se de um presumido problema funcional lançando o empregado portador do vírus HIV à conta do Poder Público e à sua própria sorte. Como participante de sua comunidade e dela refletindo sucessos e insucessos, ganhos e perdas, segurança e risco, saúde e doença, a **empresa** consciente de suas **responsabilidades** sociais atualmente já assimila o dever de colaborar na luta que amplamente se trava contra a AIDS e, através de suas lideranças, convenciona condições coletivas em que se exclui a exigência de teste HIV por ocasião da admissão no emprego ou na vigência do contrato, e veda a demissão arbitrária do empregado que tenha contraído o vírus, assim entendida a despedida que não esteja respaldada em comprovado motivo econômico, disciplinar, técnico ou financeiro. E isso sob o fundamento de que a questão envolve a vulnerabilidade da saúde pública, não podendo a categoria econômica furtar-se à **responsabilidade social** que inegavelmente detém. Além do mais, a inviolabilidade do direito à vida está edificada em preceito basilar (artigo 5º, caput, da Constituição Federal). Recurso a que se dá provimento. (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 168200525302009 SP 00168-2005-253-02-00-9 (TRT-2). Data de publicação: 09/01/2007).

A responsabilidade social da empresa deve garantir, também, ao trabalhador, a sua manutenção de forma digna numa sociedade de massas. A empresa deve transcender o âmbito interno de seu estabelecimento e atingir positivamente a vida de seus colaboradores nos aspectos mais básicos para a sua sobrevivência.

Ementa: JORNADA DE TRABALHO. CONTROLES DE FREQUÊNCIA. NÃO APRESENTAÇÃO INJUSTIFICADA. SÚMULA 338 DO TST. CONTESTAÇÃO, DEPOIMENTO PESSOAL E TESTEMUNHAS PATRONAIS. CONTRADIÇÃO. HORAS EXTRAS E INTERVALO INTRAJORNADA. PAGAMENTO DEVIDO. O suposto extravio dos controles de frequência não ficou comprovado, não servindo a tanto a Comunicação Policial trazida aos autos, pois convenientemente efetivada apenas depois da intimação da reclamada para contestar a ação. Por sua vez, os depoimentos das testemunhas patronais mostram-se frágeis a provar a jornada obreira defendida pela **empresa**, pois além de contraditórios entre si, igualmente mostram-se contraditórios com a contestação e com o depoimento pessoal da ré, cabendo registrar que até este último apresenta contradição com a defesa relativa à jornada, circunstância apta, por si só, a mitigar a veracidade das alegações empresariais quanto à matéria. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO INDEVIDA. Restando claro ao Juízo “que a reclamada não tratou sua empregada, ora reclamante, com o respeito e zelo, dos quais é merecedor todo trabalhador, tendo aviltado a dignidade humana da reclamante, uma vez se viu desempregada e sem assistência médica no momento que mais precisava de tal assistência (...), outra não pode ser a conclusão deste Juízo no sentido de que a atitude da reclamada em deixar desassistida sua empregada em momento de doença não condiz com a **responsabilidade social** da **empresa** vislumbrada pelo ordenamento jurídico pátrio vigente” (Exma. Juíza Idalia Rosa Da Silva), impondo-se, assim, a manutenção da sentença no aspecto,

inclusive quanto ao valor fixado para a indenização, pois atende ao princípio da reparação integral, é suficiente a dissuadir o causador do dano em eventos futuros e permite à vítima algum bem estar capaz de minorar os efeitos maléficos da lesão à sua dignidade. Recurso conhecido e não provido. Página 2 de 295.410 resultados (TRT-10 - Recurso Ordinário RO 00935201310210005 DF 00935-2013-102-10-00-5 RO (TRT-10). Data de publicação: 24/01/2014).

Entendemos, então, que a função social, bem como a responsabilidade empresarial, são elementos indissociáveis, e que o desenvolvimento das metas da empresa guarda relação direta com o respeito necessário aos direitos e interesses comuns, da empresa e da sociedade, afastando-se totalmente a ideia de exploração voltada apenas ao lucro. O Estado e as empresas possuem o condão de assegurar os interesses coletivos, difusos, sem que haja prejuízo ao poder público, tampouco ao interesse dos particulares.

5 CONCLUSÃO

A atividade econômica passou por uma reestruturação quanto aos seus objetivos. A missão das empresas, hoje, guarda um viés social. O segundo setor dispõe de duas preocupações: a consecução do fim lucrativo, bem como o desenvolvimento da sociedade.

Esta mudança de mentalidade foi fruto do entendimento e conscientização dos direitos fundamentais, direitos estes voltados à proteção da dignidade humana, da solidariedade e da preocupação com a figura do outro.

Ao caráter social da empresa deu-se o nome de função social e o instrumento hábil ao exercício dessa função seria a responsabilidade social empresarial. Tal responsabilidade encontra guarida nas legislações internacional, nos pactos e tratados, bem como receptividade pela Constituição Federal Brasileira.

Logo, a empresa socialmente responsável tornou-se aquela que tinha um olhar voltado para questões como cidadania, ética, sustentabilidade, entre outras características que a destacava no mercado, através de certificações e selos, diferenciando-a das demais que se preocupavam eminentemente com o lucro.

A responsabilidade também pôde ser visualizada internamente na empresa, ao passo que os empresários enxergaram a necessidade de capacitar seus funcionários, através de cursos de reciclagem e especialização, bem como gerar um meio ambiente laboral agradável e higiênico, com a possibilidade do bem-estar entre seus colaboradores.

Sim. A função social é outro artifício para o enriquecimento da empresa. É bem verdade que as ações de responsabilidade também geram lucro para o segundo setor, através da captação de novos clientes, o recebimento de incentivo do poder público e abatimento no recolhimento de tributos.

Concluimos, então, que é possível uma empresa exercer uma produção responsável, sustentável, se preocupar com o todo social e ainda, assim, gerar lucro, circular riquezas e prosperar no mercado de consumo.

REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Conflito de Competência nº 110.250(2010/0016441-3)*. Recorrente: VIPLAN - Viação Planalto Ltda. Recorrido: Viação Aérea São Paulo S/A VASP e outros. Relator: Ministra Fátima Nancy Andrighi. Brasília, 08 set. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 63, p. 71-79, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. São Paulo: RT 732, p. 38-46, 1996.

DENSA, Roberta. *Interesses transindividuais: fronteiras contemporâneas entre o direito público e o privado e repercussões práticas nas ações coletivas*. Direito e administração pública. São Paulo: Atlas, 2013. p. 225-245.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. NY: Oxford University Press, 1984.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MARINONI, Luis Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

INSTITUTO ETHOS. *O que é RSE?* 2010. Disponível em: <http://www1.ethos.org.br/EthosWeb/pt/29/o_que_e_rse/o_que_e_rse.aspx>. Acesso em: 2 maio 2014.

INSTITUTO ETHOS. *ISO 26000. Norma Internacional de Responsabilidade Social*. 2010. Disponível em: <<http://www.ethos.org.br/iso26000/>>. Acesso em 2 de maio de 2014.

- MENEZES, Wagner et al. Direito internacional, empresa e sustentabilidade. In: SILVEIRA; Vladmir Oliveira da et al. (Coord.). *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito*. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 354-366.
- NALINI, José Renato. Sustentabilidade e ética empresarial. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da et al. (Coord). *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito*. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2. p. 119-143.
- NASPOLINI SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. A Função sócio-solidária da empresa e o desenvolvimento sustentável. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da (Coord.). *Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito*. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade. Curitiba: Clássica, 2013. v. 4. p. 109-127.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Método, 2012.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Manual de Direitos difusos*. São Paulo: Verbatin, 2009.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito: ajustada ao novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RICO, Elizabeth de Melo. A responsabilidade social empresarial e o Estado: uma aliança para o desenvolvimento sustentável. *São Paulo Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 4, dec. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000400009>. Acesso em: 2 maio 2014.
- SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A Função Social da Empresa*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 92, p 33-50, abr 2003.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato: Conceito e critérios de aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 42 n. 168, p. 201, out./dez. 2005.