

## **Organizadores**

Cristhian Magnus De Marco

Thais Janaina Wenczenovicz

Wilson Antonio Steinmetz

# Série

## **Direitos Fundamentais Civis**

*Liberdade, Fraternidade e Igualdade como Direitos  
Fundamentais: Limites e Possibilidades - Tomo IV*



Editora Unoesc



Editora Unoesc



CAPES



9 788584 220366

## **Organizadores**

Cristhian Magnus De Marco  
Thais Janaina Wenczenovicz  
Wilson Antonio Steinmetz

# Série

## **Direitos Fundamentais Civis**

*Liberdade, Fraternidade e Igualdade como Direitos  
Fundamentais: Limites e Possibilidades - Tomo IV*



Editora Unoesc

**Editora Unoesc**

Coordenação  
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Gilvana Toniélo, Giovana Patrícia Bizinela, Bianca Regina Paganini  
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro  
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

<p>L695      <b>Liberdade, Fraternidade e Igualdade como Direitos Fundamentais: Limites e Possibilidade: Tomo IV / organizadores Cristhian Magnus De Marco, Thais Janaina Wenczenovicz, Wilson Antonio Steinmetz. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos Fundamentais Cívicos)</b> 154 p. ; il. ; 30 cm.</p> <p>ISBN 978-85-8422-036-6</p> <p>1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade. 3. Liberdade. I. De Marco, Cristhian Magnus. II. Wenczenovicz, Thais Janaina. III. Steinmetz, Wilson Antonio. IV. Série</p> <p style="text-align: right;">CDD 340.1</p>
---

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*  
*Campus* de Chapecó  
Ricardo Antonio De Marco  
*Campus* de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
*Campus* de Videira  
Antonio Carlos de Souza  
*Campus* de Xanxerê  
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação  
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria  
Alciomar Marin

**Conselho Editorial**

Fabio Lazzarotti  
Débora Diersmann Silva Pereira  
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro  
Glauber Wagner  
Eliane Salete Filipim  
Carlos Luiz Strapazzon  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Maria Rita Nogueira  
Daniele Cristine Beuron

**Organizadores**

Cristhian Magnus De Marco  
Thais Janaina Wenczenovicz  
Wilson Antonio Steinmetz

**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 Fabriz (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 - LIBERDADES INDIVIDUAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

DISCURSO DO ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO ....	9
Maria Cristina Cereser Pezzella, Camila Nunes Pannain	

A HORIZONTALIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS .....	21
Eraldo Concenço	

DIREITO AO ESQUECIMENTO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA .....	35
Sabrina Favero	

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO <i>VERSUS</i> INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS .....	47
Germano Alves de Lima	

DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO DE LA UNIÓN: PRIMERAS APROXIMACIONES.....	59
Antonio Pele	

### CAPÍTULO II - FRATERNIDADE, RELIGIOSIDADE E IGUALDADE

INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA: A FRATERNIDADE COMO DIRETRIZ NA GESTÃO DE CONFLITOS .....	75
Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Deisemara Turatti Langoski	

A FRATERNIDADE COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DO TRANSCONSTITUCIONALISMO: UM OLHAR PÓS-MODERNO .....	93
Jaime Leonidas Miranda Alves, Bruno Valverde Chahaira	

AS PERSPECTIVAS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: DE ARISTÓTELES À SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA .....	107
Gabriel Maçalai, Luciano de Almeida Lima, Eloísa Nair de Andrade Argerich	

A PRESENÇA DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS NO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE INTERCULTURAL.....	123
Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz, Robison Tramontina	

COMUNIDADES INDÍGENAS E DEMARCAÇÕES TERRITORIAIS: A INADEQUAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL DA PROPRIEDADE .....	137
Rodinei Candeia, Thaís Janaína Wenczenovicz	



## APRESENTAÇÃO

Essa coletânea reúne trabalhos submetidos, avaliados, aprovados e apresentados no **Winter 2015 - Unoesc Internacional Legal Seminar**, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado Acadêmico), com o apoio financeiro da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/MEC), por meio do Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP - Processo). O evento realizou-se nos dias 2 e 3 de julho de 2015 no campus de Chapecó (SC) da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Participaram do evento como conferencistas do exterior os professores doutores Iván Obando Camino (Universidad de Talca Chile) e Beniamino Caravita Di Toritto (Università di Roma, La Sapienza Itália). Como conferencista brasileira convidada participou a professora doutora Ana Maria D'Ávila Lopes (Universidade de Fortaleza - Unifor). Os conferencistas convidados tiveram como debatedores doutores pesquisadores na área de direitos fundamentais de programas de pós-graduação *stricto sensu* que integram a Rede Sul-americana de Direitos Fundamentais.

Na contemporaneidade, os direitos fundamentais se institucionalizam e se desenvolvem conectados ao regime democrático. Os direitos fundamentais são influenciados, no significado e funções que lhe são atribuídos interpretativamente, pelo contexto cultural, econômico e social e ao mesmo tempo influenciam esse contexto. Há uma relação dialética de reciprocidade e tensão.

Nesse contexto, a Constituição Federal está estruturada sobre um pilar ético-jurídico-político, que tem como principal objetivo a promoção e valorização dos direitos e garantias fundamentais do ser humano. Dada a importância que os Direitos Fundamentais traduzem para a Constituição Federal é que se faz necessário que se desenvolvam novos olhares e abordagens em âmbito acadêmico sobre a temática, principalmente, no que diz respeito à questão de sua eficácia, seu real cumprimento, bem como os confrontos existentes entre os princípios dos direitos e garantias fundamentais.

Sob ótica diferenciada e fruto de reflexões de um grupo de pesquisadores, explicita-se neste trabalho a confluência de temas que levam ao diálogo com os Direitos Fundamentais Cíveis. Comunidades Nativas, Democracia, Identidade, Liberdade de Expressão, Religiosidade, Sociedade da Informação são alguns dos objetos de pesquisa escolhidos para se estabelecer um diálogo produtivo.

Nessa assertiva, a leitura completa dos trabalhos também sinaliza o compromisso da Ciência Jurídica em adentrar no processo da transversalidade para melhor compreender o espaço humano e desenvolver análises sobre a totalidade dos problemas enfrentados pela sociedade atual e efetivação da função da Justiça.

Além disso, cabe destacar que a articulação dos temas pesquisados atrelados as novas metodologias de investigação levam o leitor a refletir os conhecimentos historicamente construídos sobre Direitos Fundamentais Cíveis e estabelecer relações com os contextos internacional, nacional e local, bem como reafirmar valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos Direitos Humanos e Fundamentais em todos os espaços da sociedade.

Nesse sentido, é fundamental entender o direito no bojo das relações sociais, analisar o seu papel frente às configurações da sociedade, especialmente a sociedade brasileira, marcada profundamente pela multiplicidade étnico-racial, a desigualdade social, a fragilidade do exercício da cidadania e a precariedade de acesso às políticas públicas para os grupos sociais vulneráveis.

À guisa de indicação de leitura e em concordância com os autores, pode-se dizer que não há caminhos para a humanidade concretizar a dignidade humana, que não seja o da realização dos seus Direitos Fundamentais por meio de políticas públicas que ofereçam proteção adequada e eficiente, orientadas pelos princípios instrumentais da vedação de retrocesso, do dever de otimização, da garantia do núcleo essencial mínimo dos direitos (mínimo existencial) e da proteção às minorias.

#### ORGANIZADORES

Prof. Dr. Cristhian Magnus De Marco (Unoesc)

Profa. Dra. Thais Janaina Wenczenovicz (UERGS)

Prof. Dr. Wilson Antonio Steinmetz (Unoesc/UCS)

Inverno de 2015

# Capítulo I

*Liberdades Individuais e Direitos Fundamentais*



# DISCURSO DO ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Maria Cristina Cereser Pezzella\*  
Camila Nunes Pannain\*\*

## RESUMO

Na denominada Sociedade da Informação, tem relevância a investigação das possíveis limitações à autonomia individual estabelecidas pelo Estado para a proteção de direitos fundamentais. Nesse contexto, o presente estudo se propõe a investigar as restrições à liberdade de expressão em razão da vedação ao que se convencionou chamar de discurso do ódio ou *hate speech*, com a exclusão de tais manifestações do debate público em nome da proteção à dignidade da pessoa humana. Palavras-chave: Sociedade da informação. Liberdade de expressão. *Hate Speech*.

## 1 INTRODUÇÃO

A Sociedade da Informação, caracterizada pela lógica de redes, ligada à produção, compartilhamento e disseminação das informações, direciona aspectos econômicos, políticos e jurídicos das relações sociais na atualidade. Por consequência, a informação é elemento indissociável de toda ação humana, que é afetada por cada nova tecnologia.

A proliferação de novas formas de comunicação permite a quase imediata difusão de ideias em nível global, bem como a manipulação midiática e corporativa em diversos aspectos da vida humana. Nesse contexto, estudos sobre a proteção aos direitos fundamentais, nessa nova realidade, se proliferam, na esperança de fomentar o debate e a compreensão de tais fenômenos e suas implicações jurídicas.

Recentemente, o atentado ao jornal francês Charlie Hebdo gerou, por todo o mundo, inúmeras manifestações. Pouco mais de um mês depois, outro incidente violento ocorreu na Dinamarca, no Centro Cultural Krudttoenden, em Copenhague, onde ocorria o debate “Arte, blasfêmia e liberdade de expressão”.

A partir deste cenário, o objeto do presente estudo é investigar a possibilidade eventuais limitações à liberdade de expressão, relacionadas à vedação de manifestações de desprezo ou intolerância em face de grupos determinados em razão da sua origem étnica, gênero, religião, etc., o que se convencionou chamar de discurso do ódio - ou *hate speech*, em Direito Comparado.

Para atender ao objetivo proposto, partiu-se da investigação das principais características da Sociedade da Informação, em especial, daquelas relacionadas à utilização da rede mundial de computadores. Ato contínuo, debruçou-se sobre o exame da liberdade de expressão como direito fundamental, observando a sua conexão com a própria ideia de democracia.

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Professora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avaliadora do INEP/MEC; Supervisora do SESu/MEC; crispezzella@uol.com.br

\*\* Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; camila.pannain@unoesc.edu.br

A seguir, analisou-se a concepção de *hate speech*, procurando-se traçar suas principais características, perquirindo-se acerca de consistirem as manifestações assim concebidas em violação à dignidade da pessoa humana, a demandarem atuação positiva do Estado. Nesse percurso, utilizou-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica, com ênfase à doutrina nacional e estrangeira. Assim, serviram como marcos teóricos de maior envergadura especialmente as obras de *Manuel Castells*, *Jack Balkin*, *Ingo Wolfgang Sarlet*, *Ronald Dworkin* e *Jeremy Waldron*.

## 2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CIBERESPAÇO

O horizonte atual da cidadania, que orienta e circunscreve as pautas para o seu exercício, está determinado pelos impactos tecnológicos da informação e da comunicação (PÉREZ LUÑO, 2011). A era da informática e da telemática contribuiu para que se tenha a convicção de que nosso *habitat* possui dimensões planetárias, na medida em que hoje, com o acesso à Internet, cada pessoa pode estabelecer, sem sair de sua residência, um contato em tempo real com qualquer pessoa, sem limites espaciais.

Segundo Castells (1999), “[...] as mudanças sociais são tão drásticas quanto os processos de transformação tecnológica e econômica.” Nesse contexto, a expressão “sociedade da informação” passou a ser utilizada “[...] como substituto para o conceito complexo de ‘sociedade pós-industrial’ e como forma de transmitir o conteúdo específico de um ‘novo paradigma técnico-econômico’.” (WERTHEIN, 2000). Esse paradigma justifica-se, como aponta Castells (1999), por uma “revolução da tecnologia da informação”, que possibilitou a centralidade da informação enquanto fator-chave, ou matéria-prima.

Destaca-se que as transformações em direção à sociedade da informação, que estão ligadas à expansão e reorganização do capitalismo a partir dos anos 80, podem ser consideradas como um fenômeno globalizado, observado até mesmo em economias menos industrializadas. Esse novo modelo da tecnologia da informação revela-se na “[...] essência da presente transformação tecnológica em suas relações com a economia e a sociedade” (WERTHEIN, 2000), dado que a “[...] a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas.” (CASTELLS, 1999).

No contexto do novo paradigma da tecnologia “da” e “para a” informação, uma das formas mais importantes de comunicação e difusão de dados e ideias na atualidade é a estabelecida por meio da rede mundial de computadores e suas interconexões.

Com origem no trabalho da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) do Departamento de Defesa dos EUA, o desenvolvimento da Internet a partir da década de 70 foi consequência de “[...] uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural.” Essa tecnologia digital permitiu uma “comunicação global horizontal”, por meio de uma rede sem a utilização de centros de controle (CASTELLS, 1999).

A Internet possibilita, assim, a vivência da utopia de um mundo que reduziu o seu tamanho, pois nunca os seres humanos dos mais diversos locais estiveram tão próximos. Esse espaço de comunicação cuja inserção é viabilizada pela rede mundial de computadores, onde a informação é o fator-chave, tem papel relevante na divulgação quase que imediata de manifestações por parte dos indivíduos.

Por sua vez, a invenção da palavra “ciberespaço” se deu em 1984, por William Gibson, em romance de ficção científica, de sua autoria (Neuromante), onde o termo estaria relacionado ao “[...] universo de redes digitais, descrito como campo de batalha entre as multinacionais, palco de conflitos mundiais, nova fronteira econômica e cultural.” (LEVY, 1999, p. 92).

Mas é a definição de ciberespaço como um “espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores” e de suas memórias, de Levy (1999, p. 92-93) a que se adotará no presente estudo, por destacar o caráter “fluido” e “virtual” da informação que é a “marca distintiva do ciberespaço”.

Noutro viés, pressuposto para a inserção e participação da pessoa na sociedade da informação é a proteção de seus direitos fundamentais pelo Estado, pois o “ser” informacional (CASTELLS, 1999, p. 57), como um novo sujeito de direitos, pode tê-los violados por meio da utilização de novas tecnologias de manifestação e compartilhamento de informações.

Logo, relevante é se perquirir acerca das possibilidades de atuação estatal nesse contexto, bem como em que medida poderá se dar a proteção aos direitos dos indivíduos nele inseridos, no âmbito da proteção à dignidade da pessoa humana. É nesse quadro que se situam as discussões sobre a liberdade de expressão e seus eventuais limites no ciberespaço.

Pode-se afirmar que a liberdade de expressão se funda no respeito à autonomia e dignidade humana e dá subsídio a outros direitos fundamentais, como privacidade e igualdade. Desse modo, como regra geral, ao se manifestarem, as pessoas devem respeitar os direitos fundamentais dos demais. Portanto, os mesmos fundamentos que justificam a liberdade de expressão também determinam os seus limites (HEYMAN, 2008).

Quando se trata da liberdade de expressão na sociedade da informação, deve-se ter em mente que as novas tecnologias e, dentre elas, a Internet, mudam as condições pelas quais as pessoas se manifestam. Para Balkin (2004), não se deve focar na questão do que é novo na era digital quando se pensa na liberdade de expressão. Caso se parta do pressuposto de que um desenvolvimento tecnológico é importante para o Direito apenas se ele cria algo novo, e situações análogas puderem ser encontradas no passado, muito provavelmente a conclusão será que, uma vez que o desenvolvimento não é novo, nada relevante deve ser modificado.

Na realidade, o que ocorre é que as tecnologias digitais colocam a liberdade de expressão sob uma nova luz, assim como o desenvolvimento da radiodifusão e das telecomunicações fizeram no passado. O que se deve destacar nesse novo panorama, é o aumento das oportunidades de participação cultural e de interação entre os indivíduos, o que amplia consideravelmente as possibilidades para uma cultura verdadeiramente democrática (BALKIN, 2004).

Ao mesmo tempo, com a produção e distribuição das informações como fonte chave da riqueza, surgem novas disputas que dizem respeito à titularidade do direito de distribuir e acessar as informações. Nesses conflitos, a liberdade de expressão desempenha um papel central, pois são eles que vão definir os contornos legais das manifestações dos indivíduos no ciberespaço, especialmente no que diz respeito às consequências do seu exercício.

Deve-se reconhecer que as mudanças tecnológicas possibilitam que um grande número de pessoas possa divulgar suas ideias globalmente, como produtores ativos de informação e não apenas receptores ou consumidores (BALKIN, 2009). Assim, quaisquer limitações estabelecidas à liberdade de expressão na Internet devem ter em conta a preservação desse espaço, que contem a promessa de desenvolvimento de uma cultura verdadeiramente participativa.

## 2.1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DEMOCRACIA E IGUALDADE NO DISCURSO PÚBLICO

Para o viés com que é tratado o *hate speech* neste estudo, é especialmente relevante a compreensão de eventual conexão entre a liberdade de expressão e a democracia e do papel da igualdade no discurso público.

A democracia é comumente definida como “governo exercido pelo povo”. Sobre essa afirmação, Dworkin (2011, p. 501-502) destaca duas possíveis compreensões. Uma seria a concepção “majoritarista”, onde democracia significa o governo exercido pela maioria das pessoas. Outra concepção de democracia pela qual se pode compreendê-la como governo exercido pelo povo, é a concepção “co-participativa”. Esta concepção enseja a necessidade de igualdade entre os participantes do processo político - enquanto opinião pública. Segundo Dworkin (2011, p. 502-503), “significa governo de *todo* o povo, agindo em conjunto como parceiros plenos e iguais”, participando da formação e constituição da opinião pública.

Acerca da conexão entre liberdade de expressão e democracia na teoria majoritarista, observa-se a essencialidade da primeira já que tal concepção de democracia demanda a necessidade de se dar, aos cidadãos, a oportunidade de se informar e refletir sobre suas escolhas (DWORKIN, 2011, p. 503). Assim, por tal concepção, todos aqueles que desejem influenciar a opinião pública, de qualquer modo, devem ter garantida a possibilidade de fazê-lo. Quanto ao conteúdo da mensagem, Dworkin (2011, p. 496-497) ressalta que a liberdade de expressão não pode ser absoluta, de modo que outros valores como a segurança pública ou a reputação privada devem ser respeitados.

Nesse contexto, alguns<sup>1</sup> argumentam que um discurso público livre e irrestrito é condição *sine qua non* para a legitimidade política numa democracia. Dworkin (2009, p. 5-9) iria ainda além, ao sugerir que a liberdade de expressar ideias que se configurem como *hate speech* é o preço que se deve pagar para que se aprovelem as leis a que os autores de tal discurso se opõem, como as leis contra a discriminação racial, por exemplo.

Explicando a concepção co-participativa por meio da exposição de três dimensões da democracia, Dworkin (2011, p. 509-512) ressalta acerca da igualdade de cidadania, que indicou como segunda dimensão, que esta concepção de democracia estaria comprometida quando “[...] alguns grupos de cidadãos não tem oportunidade nenhuma - ou a tem bem reduzida - de defender suas convicções.” Isto porque a concepção co-participativa reconhece a igualdade como essencial à “verdadeira democracia”, já que cada cidadão deverá ser um membro “ativo” e “igual” na “parceria” do autogoverno.

Quando trata da terceira dimensão da democracia, o discurso público, Dworkin (2011, p. 512) afirma que “A democracia não pode oferecer uma forma genuína de autogoverno se os cidadãos não puderem falar à comunidade em uma estrutura e em um ambiente que incentive a atenção aos méritos do que dizem.”

Assim, nesse viés, todos os cidadãos devem ter acesso ao debate público e, mais do que isso, além de poderem defender suas convicções, deve-se oferecer a eles uma estrutura em que a opinião de todos deve ter um igual valor ao contribuírem com ela para o discurso público.

---

<sup>1</sup> Ver, por todos, Weisntein (2009).

A seguir, passa-se à exposição da vinculação essencial entre a igualdade no discurso público e a dignidade da pessoa humana como elementos essenciais da democracia em um Estado Democrático de Direito.

### 3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E *HATE SPEECH*

Após a Segunda Guerra Mundial assistiu-se a um fenômeno de mudança de paradigma do próprio Estado Constitucional, sendo uma de suas consequências “[...] a afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores” nela estabelecidos. O resultado foi a irradiação de seus efeitos por toda a ordem jurídica (SARLET, 2010, p. 13-14).

Motivado pelas mesmas razões históricas (uma repulsa ao Nazismo), surgiu um “consenso ético essencial no mundo ocidental” acerca da dignidade humana (BARROSO, 2013, p. 72). Todavia, a concepção de dignidade deriva da convergência de doutrinas de diversas áreas do conhecimento humano construídas há muito no Ocidente (SARLET, 2011, p. 34).

Diante do objeto do presente estudo, não serão expostos os diversos fundamentos históricos e filosóficos para a concepção de dignidade humana, apontando-se que a doutrina majoritária acerca do tema identifica numa matriz Kantiana as bases de sua fundamentação (SARLET, 2011, p. 42-49; BARROSO, 2013, p. 68-72).

Destaca-se, em Kant, a autonomia, como qualidade da vontade livre, identificada com a autodeterminação do indivíduo e a dignidade, nela fundada. Nesse passo, a segunda formulação do imperativo categórico Kantiano abrangeria a concepção de cada pessoa como um fim em si mesma e não como meio ou instrumento (BARROSO, 2013, p. 68-72). Assim, a dignidade identifica o ser humano como tal.

Acerca da dificuldade de uma compreensão jurídico-constitucional a respeito da dignidade da pessoa humana, Sarlet (2005, p. 17-18) aponta a imprecisão e vagueza de seu conceito. Todavia, destaca a impossibilidade de recusa de manifestação, por parte da jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de um conflito que envolva violação à dignidade, o que levou à necessidade, por parte da doutrina e da jurisprudência, do estabelecimento dos seus contornos básicos ao longo do tempo.

Dessa forma, sob pena de ser mero “apelo ético”, o conteúdo da dignidade deve ser fixado “no contexto da situação concreta”. Assim, a dignidade seria, ao mesmo tempo, “limite e tarefa dos poderes estatais”, ostentando verdadeira “condição dúplice” que consiste numa “dimensão defensiva e prestacional.” (SARLET, 2011, p. 57-58).

Trazendo uma proposta conceitual em construção, Sarlet (2011, p. 73) afirma que a dignidade humana seria:

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

Conforme a concepção adotada, portanto, a dignidade não pode ser atribuída por qualquer ordenamento jurídico, já que ela é anterior a qualquer positivação, enquanto qualidade intrínseca do ser humano. Todavia, a sua introdução no ordenamento jurídico de um país, com status de norma constitucional, vem carregada da eficácia que lhe é inerente. Por tal motivo, justifica-se “[...] sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.” (SARLET, 2011, p. 84-85).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 reconheceu a dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito, pela primeira vez positivando-o por meio do artigo 1º, III.

Destaca-se, no entanto, que a declaração do valor fundante de nosso ordenamento jurídico não foi a única transformação a surtir seus efeitos sobre o direito privado. Ao longo do século XX, uma importante transformação se operou na própria estrutura interna do Direito Civil, “[...] com reflexos de alteração das relações entre as esferas pública e privada.” (GAMA, 2008, p. 18).

Cuida-se de fenômeno conhecido como “constitucionalização do Direito Civil”, que resultou na sua despatrimonialização e repersonalização, o que importa na necessidade de releitura das normas de direito privado à luz dos valores e princípios constitucionais, dentre eles destacando-se a dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2008, p. 1-23; MORAES, 2006a, p. 233-244; FACCHINI, 2010, p. 37-60).

Cumprido destacar que a constitucionalização mencionada pode ser encarada tanto a partir da inserção de institutos tipicamente privados no texto constitucional, como sob um viés hermenêutico (MORAES, 2006b, p. 3). Neste estudo, dar-se-á maior enfoque a este último, ressaltando a necessidade de construção de uma nova hermenêutica (ARONNE, 2002), que garanta a eficácia dos direitos fundamentais também nas relações privadas, coadunando-se com a inadmissibilidade da natureza absoluta dos direitos subjetivos no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Analisando a conexão entre dignidade humana e democracia, Häberle (2005, p. 131-135) propõe uma reflexão no sentido de que “o fundamento do Estado constitucional é duplo: soberania popular e dignidade humana”. Desse modo, o povo é o conjunto de homens dotados de dignidade própria conectada com seus direitos políticos de participação democrática. Logo, inafastável a possibilidade de participação no processo político da noção de dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, ao tratar do respeito à dignidade, Maurer (2005, p. 80-81) afirma, em Kant, que a exigência de respeito é uma via de mão dupla, na medida em que se revela no direito de respeito à sua própria dignidade e no dever de respeitar a do outro. Assim, destaca a dignidade de todos os homens, que se funda em sua igualdade. Nesse contexto, não se pode visualizar a igualdade divorciada da noção dignidade da pessoa humana.

Assim, o *status* legal e social de uma pessoa compõe um aspecto elementar da sua dignidade, com o que deve se preocupar uma república democrática. Como medida de ordem pública, este *status* deveria ser objeto de proteção quanto à violação por algumas formas de descrédito (WALDRON, 2010, p. 1605). Uma dessas formas seria precisamente as manifestações de ódio ou intolerância em face de grupos determinados pela sua origem étnica, gênero, religião, etc., por meio do *hate speech*.

As normas que o vedam seriam, portanto, estabelecidas para vindicar a ordem pública, esvaziando a possibilidade de violência, e também para proteger de violações uma noção, compar-

tilhada entre todos, dos elementos mais básicos do *status*, dignidade e reputação de uma pessoa enquanto cidadão ou membro de uma sociedade, em especial, de ataques direcionados às características de um grupo social em particular.

Nesse aspecto, a dignidade não seria somente uma concepção filosófica kantiana do valor imensurável dos seres humanos considerados como agentes morais, mas também uma questão do *status* de alguém enquanto membro de uma sociedade, que valida a sua posição legal de igualdade com os demais e gera uma demanda por reconhecimento e tratamento de acordo com esse *status*.

Discutindo algumas premissas da fundamentação e conteúdo filosófico da dignidade da pessoa humana a partir de Hegel, Seelman (2005, p. 48-59) aponta o reconhecimento do outro como pessoa, como uma auto-referência (identidade subjetiva), em igualdade com os demais. O reconhecimento recíproco seria, então, o fundamento da dignidade e a consequência da opção por um estado juridicamente ordenado.

A ideia de dignidade a partir do reconhecimento social, assim, é compatível com a noção de dimensões da dignidade da pessoa humana, sendo que essa análise se dá a partir de sua vinculação à complexidade das manifestações da personalidade humana.

Nesse passo, oportunas as lições de Sarlet (2005, p. 14-32), para quem uma noção ontológico-biológica, partindo de uma premissa kantiana, deve ser complementada por uma dimensão comunicativa (ou social) e relacional, como o reconhecimento pelo outro, visualizando as pessoas como iguais em dignidade e direitos no contexto de uma determinada comunidade onde convivem.

Corolário dessa dimensão social é a existência de deveres correlatos, que correspondem ao respeito e à proteção de que gozam os indivíduos no âmbito da comunidade humana, onde pode-se afirmar que se situam as restrições pelo Estado de manifestações que se enquadrem na categoria de *hate speech*. Não seria aceitável, assim, a indiferença legal pela divulgação de ofensas que ferem a dignidade desses grupos em nome da tolerância do dissenso político e religioso.

No contexto do novo paradigma informacional que rege, em especial, a sociedade pós-industrial ocidental, pode-se afirmar, portanto, que o ciberespaço representa um desafio para a tutela da dignidade da pessoa humana no que tange ao livre desenvolvimento da sua personalidade, por meio da proteção a seus direitos fundamentais. Isto porque, no atual estágio de transformação da sociedade, não somente o poder público pode atuar na vida pessoal do indivíduo, como também os próprios particulares surgem como potenciais ameaças.

### 3.1 O *HATE SPEECH* NO CIBERESPAÇO: O CASO MAYARA PETRUSO

As manifestações de ódio perpetradas no ciberespaço, por meio de suas características peculiares de disseminação das informações, atingem grande extensão e amplitude quanto a seus efeitos. A exclusão de fronteiras temporais e espaciais possibilitada pela Internet, permitindo o acesso aos dados inseridos na rede a qualquer pessoa que esteja conectada, além de sua característica de espaço cultural interativo, onde as informações podem ser apropriadas e republicadas inúmeras vezes, em curtíssimo espaço de tempo, amplia sobremaneira o “poder” do *hate speech*, em especial quanto à possibilidade de violação à dignidade de um número exponencialmente maior de vítimas, comparada até mesmo à mídia de radiodifusão e televisiva.

O primeiro *leading case* brasileiro de discurso do ódio proferido por meio da Internet foi o caso Mayara Petruso. Mayara, estudante de Direito, após a vitória de Dilma Rousseff sobre José

Serra nas eleições presidenciais, publicou, em 31 de outubro de 2010, em sua página na rede social Twitter, mensagem que foi considerada, segundo a sentença condenatória proferida pela juíza da 9ª Vara Federal Criminal em São Paulo (SÃO PAULO, 2012), “[...] de incitação à discriminação ou ao preconceito de procedência nacional”, o que se adequa ao tipo penal descrito no artigo 20, parágrafo 2º, da Lei n. 7.716/89. A referida publicação tinha o seguinte conteúdo: “Nordestista (sic) não é gente. Faça um favor a Sp: mate um nordestino afogado!”.<sup>2</sup>

A repercussão da manifestação de Mayara ecoou não somente dentro das fronteiras nacionais, sendo noticiada, inclusive, além do ambiente do ciberespaço, pois a imprensa deu grande notoriedade ao caso, mas também fora do Brasil, conforme publicação do jornal inglês *The Telegraph* (THE TELEGRAPH, 2010) e do *Huffingtonpost* (HUNFFINGTONPOST, 2010).

O caso Mayara Petruso é, dessa forma, um exemplo de como o *hate speech* no âmbito da rede mundial de computadores pode tomar dimensão global, ainda que esta não seja a intenção do emissor da mensagem, o que revela o seu grande potencial lesivo.

#### 4 CONCLUSÃO

No âmbito da noção de Sociedade da Informação e na esteira dos recentes eventos de violência, ocorridos na Europa neste início de 2015, o presente trabalho propôs-se a estudar o *hate speech* enquanto limitação à liberdade de expressão.

Tendo como uma de suas características primordiais o desenvolvimento de tecnologias que permitem a difusão e compartilhamento de informações em nível global, com a exclusão de fronteiras físicas e temporais entre as pessoas, a rede mundial de computadores surge como uma das formas mais importantes de comunicação e difusão de dados e ideias na atualidade.

A quase que imediata disseminação de ideias pela Internet traz um novo panorama participativo e interativo entre os indivíduos conectados, onde quer que estejam fisicamente, de modo que não se pode negar o aumento das oportunidades de participação cultural e de interação entre eles, o que amplia consideravelmente as possibilidades para uma cultura verdadeiramente democrática. Nesse viés, a liberdade de expressão cumpre um papel central.

Por outro lado, a ampliação da interação entre os indivíduos num espaço que desconhece fronteiras territoriais traz em si um verdadeiro potencial lesivo de direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o presente estudo propôs-se a analisar o papel da liberdade de expressão no ciberespaço, sua conexão com a democracia e com a exigência de igualdade no discurso público, num Estado Democrático de Direito que tem como vetor axiológico a dignidade da pessoa humana, investigando as possibilidades do estabelecimento de limitações estatais a este direito, correspondentes à vedação ao *hate speech* ou discurso do ódio.

O *hate speech*, como manifestação do pensamento que corresponde a desprezo ou intolerância em face de grupos determinados por características que os identifiquem, como origem étnica, religião, gênero, e outras, resulta em violação à dimensão social da dignidade da pessoa humana, impedindo que as suas vítimas participem do debate público em igualdade de condições com os demais.

---

<sup>2</sup> A sentença pode ser visualizada em Brasil (2012).

Tal situação acaba por macular a concepção de democracia que exija, além da noção de governo da maioria, a participação no processo político de todos os cidadãos em igualdade de condições, o que é indissociável da garantia de respeito à dignidade da pessoa humana, conforme se argumentou. Assim, não se pode considerar legítima uma estrutura de debates e discussões públicas que não vede nenhum tipo de manifestação, mesmo que degradante ou violadora da dignidade de outros.

A estrutura ideal para possibilitar a todos a oportunidade de se informarem e deliberarem sobre suas opções, em igualdade de condições no discurso público, será aquela em que o Estado venha a agir positivamente no sentido de garantir o respeito à dignidade dos seus cidadãos, o que legitima a vedação ao *hate speech* pelo Estado.

Destaca-se, todavia, que as tarefas designadas aos juízes em matéria de direitos fundamentais, como o são liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, serão, com frequência, delicadas e desafiadoras, envolvendo a necessidade de se balancear diferentes bens e valores. Assim, não obstante um Estado Democrático de Direito que tenha como vetor axiológico a dignidade da pessoa humana como o Brasil não se coadune com a noção de direitos absolutos, é importante destacar-se que quaisquer limitações às manifestações das pessoas no ambiente digital deve levar em conta a preservação do ciberespaço enquanto espaço participativo e interativo de produção cultural.

#### **THE HATE SPEECH AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE INFORMATION SOCIETY**

##### **ABSTRACT**

*In the Information Society, the investigation of possible limitations to individual autonomy established by the State to protect fundamental rights is relevant. In this context, the present study aims to investigate the hate speech legislation as a restriction on freedom of expression, due to the exclusion of such manifestations of the public debate as allegedly protecting the dignity of the human person.*

*Keywords: Information Society. Freedom of expression. Hate Speech.*

##### **REFERÊNCIAS**

BALKIN, Jack M. *The Future of Free Expression in a Digital Age*. Faculty Scholarship Series. Paper 223. New Haven: Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2009.

BALKIN, Jack M. Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society. *New York University Law Review*, New York, v. 79, n. 1, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. Poder Judiciário. Justiça Federal. *Autos n. 0012786-89.2010.403.61.81*. Ação Penal. São Paulo, 03 maio 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/nordestino.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FACCHINI, Eugênio Neto. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HEYMAN, Steven J. *Free Speech and Human Dignity*. New Haven: Yale University Press, 2008.

LEVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Editora 34, 1999.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 9, jul./dez. 2006a.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Internet y los derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid: Nueva Época, 2011. Disponível em: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/38107/36859>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância: A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÃO PAULO (Estado). Ministério Público Federal. *Processo n. 0012786-89.2010.403.61.8*. Juíza Federal Monica Aparecida Bonavina Camargo. Decisão em: 03 maio 2012. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/nordestino.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: O Caso Brasileiro. In: MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: The Visibility of Hate. 2009 Oliver Wendell Lectures. *Harvard Law Review*, Harvard, v. 123, n. 7, p. 1597-1559, May 2010.

WEINSTEIN, James. Extreme Speech, *Public Order, and Democracy*. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Ed.). *Extreme Speech and Democracy*. New York: Oxford University Press, 2009.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da informação*, Brasília, DF, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

YAPP, Robin. Brazilian law student faces jail for 'racist' Twitter election outburst. *The Telegraph*, 2010. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/southamerica/brazil/8111046/Brazilian-law-student-faces-jail-for-racist-Twitter-election-outburst.html>>. Acesso em: 14 nov. 2014.

YAPP, Robin. Mayara Petruso, Twitter User And Brazilian Law Student, Faces Jail For 'Racist' Twitter Election Outburst. *Hunffingtonspot*, 2010. Disponível em: <[http://www.huffingtonpost.com/2010/11/04/mayara-petruso-brazilian-\\_n\\_779162.html](http://www.huffingtonpost.com/2010/11/04/mayara-petruso-brazilian-_n_779162.html)>. Acesso em: 14 nov. 2014.



# A HORIZONTALIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS

Eraldo Concenço\*

## RESUMO

O presente artigo busca discutir a horizontalidade do direito fundamental à liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro e se a publicação de biografias não autorizadas contribui para o processo de materialização desse direito. A problemática centra-se na positivação da liberdade de expressão, tendo como base a Constituição de 1988, analisando a forma como é protegida pelas leis infraconstitucionais e se a produção da espécie literária biográfica contribui para a sua materialização. A abordagem inicia-se destacando aspectos conceituais, características fundamentais e a positivação dos direitos fundamentais. Após, aborda-se a liberdade de expressão como um dos pilares da Constituição brasileira e da própria democracia. Por fim, avaliam-se as biografias não autorizadas como meio de materialização da liberdade de expressão, apontando aspectos que contribuem para sua horizontalização no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Horizontalidade. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Liberdade de expressão. Biografias não autorizadas.

## 1 INTRODUÇÃO

Neste estudo, busca-se verificar se e em que nível as biografias não autorizadas contribuem para a horizontalização da liberdade de expressão, um dos princípios previstos na Constituição Federal de 1988, considerada por muitos juristas como o mais importante fundamento do Estado Democrático de Direito.

Para isso, esta pesquisa foi dividida em três partes. Na primeira, aborda-se a horizontalização dos direitos fundamentais, apresentando aspectos históricos e conceituais, características e positivação. Na segunda, discorre-se sobre a liberdade de expressão, surgimento, evolução histórica, positivação nas Cartas dos Direitos Humanos, sua recepção pela Constituição Federal de 1988 e os mecanismos dispostos nas leis infraconstitucionais que auxiliam na sua observância. Na terceira, apresentam-se as biografias não autorizadas, como gênero literário, e a materialização da liberdade de expressão através da sua publicação.

No decorrer da história, o ser humano sempre procurou meios de adquirir liberdade, igualdade e segurança. Direitos foram sendo conquistados, inclusive o de abster-se de certas obrigações impostas pelos detentores do poder. Nesse contexto, alguns direitos foram sendo concedidos, muitos transcritos em leis específicas ou códigos. Em determinado momento, várias dessas normas foram codificadas em um documento, cuja pretensão era torná-lo universal, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

---

\* Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera Uniderp; Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; Rua Deodoro, 226, Sala 1004, Centro, 88010-020, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil; econcenço@yahoo.com.br

Posteriormente, muitos dos direitos contidos nas Declarações foram recepcionados pelas constituições de diversos países e também observados na elaboração das leis internas. Passaram a denominar-se direitos fundamentais, os quais limitavam a atuação do governo no que tange a atos de preservação e garantia da dignidade humana de seus cidadãos. Todavia, em determinado momento, entendeu-se que os mencionados direitos não deveriam continuar restritos às relações Estado-particulares. Era necessário expandi-los às relações privadas. O sistema de materialização dos direitos fundamentais, que possuía somente eficácia vertical, tornou-se horizontalizado.

A liberdade de expressão é um dos direitos positivados na Constituição Federal de 1988. Existem diversas formas de materializar a liberdade de expressão e uma delas é a produção literária biográfica. Nesse tipo de obra, o escritor relata fatos da vida de uma pessoa de notoriedade pública, que julga serem relevantes. Muitos biografados não concordaram ou autorizaram a publicação de sua história, mas, mesmo assim, as obras foram editadas, surgindo, então, as denominadas biografias não autorizadas.

Nessa esteira, questiona-se se a produção de biografias não autorizadas constitui, ou não, uma das formas de horizontalização da liberdade de expressão.

Após analisar aspectos conceituais e históricos da horizontalidade dos direitos fundamentais, da liberdade de expressão e das biografias não autorizadas, o estudo será finalizado com argumentos que justificam se a referida espécie literária materializa ou não a liberdade de expressão. A pesquisa será bibliográfica e o método, indutivo.

## 2 HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para compreender a horizontalização dos direitos fundamentais, primeiramente, faz-se necessário entender, também, o que são direitos humanos e dignidade do homem.

No transcorrer da história, o ser humano sempre buscou vencer os sentimentos que o atormentam, como morte, angústia e insegurança. Os esforços empreendidos nesse sentido têm como objetivo promover a convivência harmônica em sociedade e assegurar a própria sobrevivência. Para isso, têm sido estabelecidas regras a serem cumpridas por toda a sociedade.

Inicialmente, essas normas eram propostas por sábios ou impostas pelos monarcas. Com o decorrer do tempo, esse processo foi sendo alterado gradativamente, chegando às leis políticas e civis. Mesmo obrigando, restringindo ou proibindo certas condutas, a finalidade das leis sempre foi acastelar as pessoas de uma mesma comunidade ou nação. Dessa forma, o objetivo principal não era a proteção do indivíduo, mas da coletividade (BOBBIO, 1992, p. 52).

Na busca por igualdade e melhores condições de vida, o homem passou a fazer exigências aos detentores do poder, os quais passaram a conceder alguns direitos que foram positivados, gradativamente, através de leis específicas. Nesse contexto, surgiram as consagradas declarações dos direitos humanos, cujo principal objetivo era evitar o desrespeito à vida, a escravidão e que o indivíduo fosse tratado como objeto.

Bobbio (1992, p. 77) define o direito como a linguagem através da qual uma norma é vinculada a situações possíveis, atribuindo uma forma obrigatória de proceder, frente a elas. Essa determinação de conduta pode ter dois sentidos diferentes, o de fazer e o de se abster.

Ainda segundo o autor, o homem é detentor de direitos naturais que ninguém pode subtrair, restringir ou alienar, nem mesmo o Estado. São direitos que possui simplesmente por per-

tencer à raça humana. Foi nesse contexto que, em 26 de agosto de 1789, surgiu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, considerada por muitos historiadores como o marco de uma nova era. O referido documento deveria ser precedente à construção de um país, ou seja, anteceder a própria Constituição, e ser por ela recepcionado, assegurando, assim, liberdade, igualdade e soberania popular (BOBBIO, 1992, p. 79-80).

Na obra intitulada “Direitos do homem”, publicada em 1791 e 1792, Thomas Paine foi um dos primeiros estudiosos a defender a mencionada Declaração. O filósofo justificou-a sob a ótica religiosa, afirmando a necessidade de transcender a história e chegar à origem do homem, quando emergiu das mãos do Criador (BOBBIO, 1992, p. 80-81).

Dessa forma, Baez (2011, p. 46) salienta que direitos humanos são aqueles que prevêm a liberdade e a igualdade e que se encontram positivados no plano internacional. Considerados como atributos universais, seu conteúdo não pode ser diminuído ou abolido, pois encontram-se intimamente ligados à dimensão básica da dignidade humana, condição intrínseca ao homem. Em suma, são os direitos mínimos que devem ser observados e respeitados, independente da nação ou sociedade em que o indivíduo se encontra.

No transcorrer da história, diversos outros documentos dessa natureza foram elaborados, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Carta Árabe dos Direitos Humanos, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos e dos Povos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos. Estados foram se comprometendo com os conteúdo ali contidos e passaram a inseri-los nas suas constituições. Quando os direitos humanos são inseridos na lei que constitui um estado político, adquirem o *status* de direitos fundamentais.

No Brasil, as mencionadas normas foram inseridas na Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, no título II e respectivos capítulos. São fundamentais os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º), os Direitos Sociais (arts. 6º-11º), da Nacionalidade (arts. 12º e 13º), os Políticos (arts. 14-16) e Partidos Políticos (art. 17). O *caput* do art. 5º diz que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988).

De todos os direitos elencados na Constitucional de 1988, a liberdade consiste em um dos mais fundamentais, práticos e objetivos. Bobbio (1992, p. 218) menciona que, em linhas gerais, a liberdade está associada a tudo o que é bom, desejável e almejado pelo homem. Entretanto, apesar de ser-lhe atribuída conotação positiva, ela pode ser utilizada também negativamente, como, por exemplo, quando alguém é induzido a fazer algo sob a justificativa de que naquela ação consiste a liberdade. Contudo, é imprescindível destacar que os direitos fundamentais positivados na CF/88 visam, primordialmente, assegurar a dignidade humana prevista no art. 1º, inc. III, que consiste em um de seus princípios fundamentais.

O desenvolvimento da dignidade humana se deu de forma assimétrica. Segundo Bobbio (1992, p. 18), muitos direitos, atualmente considerados fundamentais para uma determinada sociedade, no passado, podem não ter sido e não serão, necessariamente, no futuro. Peculiaridades sociais, econômicas, políticas e culturais influenciaram-na diretamente, fazendo com que os direitos ali dispostos não fossem produzidos uniformemente em diferentes países.

Ainda segundo Bobbio (1992, p. 38-39), alguns dos direitos fundamentais, devido à sua natureza, são observados e respeitados por todos, independentemente da cultura, como, por exemplo, a proteção contra o regime escravo. Universalmente aceito, sua aplicação não fica condicionada à imposição legal ou moral. Em contrapartida, há direitos que, para terem eficácia, necessitam, primeiro, de justificativa e positivação na legislação interna da nação (BOBBIO, 1992, p. 19-20). Assim, é correto afirmar que os direitos fundamentais são aqueles que se encontram positivados na Constituição de um determinado Estado, fundados na dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana está inserida na Constituição Federal de 1988, através do art. 1º, inc. III, como princípio, constituindo-se um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Alexy (2012, p. 121) afirma que os princípios são entendidos como garantias estabelecidas pelos direitos fundamentais.

A dignidade humana, assim como os direitos humanos, são fruto de longas lutas e conquistas. Na Roma antiga, adquiria dois sentidos: posição no cosmos e na vida pública. No primeiro caso, a dignidade humana deriva de sua posição na natureza, ou seja, é absoluta, porque não pode ser adquirida ou perdida. No segundo, sua posição é hierárquica social: o homem é o único ser racional com papel ativo na vida pública. Nesse caso, a dignidade é relativa, pois pode ser tanto adquirida quanto perdida. Assim, todo homem que abandona a razão dos sentidos, viola sua dignidade racional (BECCHI, 2007, p. 196-197).

Discorrendo sobre o tema, Comparato (2008, p. 21) menciona que muitos esforços têm sido empregados para conceituar a dignidade humana. No campo religioso, a Bíblia Sagrada diz que todos são iguais e que Deus não faz acepção de pessoas. A ciência difunde que o homem é o único ser racional, podendo, inclusive, interferir na evolução da espécie (teorias evolucionistas). A filosofia fala sobre a ética, atributo da única espécie capaz de pensar e agir. O primeiro postulado ético de Kant defende que somente os seres racionais têm vontade e são capazes de agir conforme leis e princípios.

Salienta ainda o autor que os objetos podem ser modificados, mas, os seres dotados de racionalidade possuem fins em si próprios, pois, têm livre arbítrio, dignidade e não podem ser objeto de mercantilização, isto é, não é possível atribuir-lhes preço (COMPARATO, 2008, p. 22). Para Dworkin (2003, p. 14), tendo ou não cometido crimes, mesmo que reprováveis ou cruéis, o ser humano continua detentor de dignidade e não pode ser coisificados, ainda que com a sua própria anuência. “A restrição aplicada se sustenta no fato de que a autonomia deve ser restringida sempre que se mostrar prejudicial à dignidade de quem a está exercendo ou para terceiros.” (ADORNO, 2009, p. 73).

Maurer (2005, p. 85) menciona que é obrigação do Estado e da sociedade reverenciar, resguardar e respeitar a dignidade humana perante situações que possam violá-la. Esse poder de controle social e estatal é decorrente de harmonia recíproca, aplicada como parâmetro de seu exercício.

Conforme se observa, os direitos fundamentais constituem princípios basilares da Magna Carta de 1988, que obrigam o Estado a adotar as medidas cabíveis para resguardá-los nas relações público-privadas. Inicialmente, essa obrigação era vertical, entre governo e governados, e os direitos eram conhecidos como “negativos”, pois visavam impedir que o Estado praticasse ações ofensivas à liberdade e à dignidade humana.

Posteriormente, constatou-se que tal proteção deveria ser estendida, também, às relações onde as partes fossem entes privados. Dessa forma, o Estado, por meio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, passou a agir para impedir que o ser humano tivesse a dignidade

desrespeitada. Uma das medidas adotadas foi empreender esforços para integrá-lo ao restante da sociedade, aquelas pessoas discriminadas devido à cor, raça, crença, estilo de vida, sexualidade, dentre outras (PEREIRA, 2008, p. 148). Nesse contexto, insere-se a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Discorrendo sobre o tema, Sarlet (2007, p. 402) apresenta seu entendimento, explicando que:

O ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, nas condições de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que a liberdade se encontra particularmente ameaçada.

A atuação pública para a horizontalização dos direitos fundamentais pode ocorrer de diversas formas, como a edição de leis constitucionais e infraconstitucionais pelo Poder Legislativo. Do Executivo, partem os atos administrativos e a fiscalização, e do Judiciário, a punição aos descumpridores das regras estabelecidas, bem como a determinação para que se faça ou deixe de fazer determinados atos (SARMENTO, 2008, p. 197-298).

É importante destacar a importância da legislação trabalhista no mencionado processo. Nessa linha de raciocínio, Dimoulis e Martins (2007, p. 109) afirmam que:

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer um de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado.

As relações de trabalho constituem uma das mais evidentes desigualdades nas relações entre particulares. De um lado, encontra-se o poder econômico das empresas, que decidem sobre como, onde e até quando se dará a prestação laboral, bem como o valor a ser pago ao obreiro. De outro, a fragilidade do empregado que, de modo geral, possui poder de negociação apenas quando representado por sindicatos ou associações. Assim, cabe ao Estado atuar por meio de lei infraconstitucional, como o Decreto-Lei n. 5.452/43, que traça parâmetros para que a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho atuem no sentido de evitar abusos de poder, punir o ofensor e compensar o ofendido nas relações laborais.

Outro dispositivo criado pelo Estado, que interfere nas relações entre particulares, é a Lei n. 8.078/93 (Código de Defesa do Consumidor). O art. 39 proíbe práticas abusivas de fornecedores de produtos e serviços, os arts. 43 e 44 estabelecem regras sobre os bancos de dados de cadastro de consumidores e fornecedores e ordenam a imediata correção de informações, sempre que necessário. Já, os arts. 72 e 73 estabelecem pena àqueles que descumprem as regras estabelecidas pela aludida lei.

O Código Civil é o mais abrangente instrumento regulamentador das relações privadas da legislação infraconstitucional brasileira. Nele, traçam-se parâmetros inerentes à locação de imóveis e móveis, empréstimos, fiança, penhor, contratos entre particulares, transportes, títulos de créditos, associação de pessoas para fins econômicos, casamento, dentre outros. Também estabelece obrigação de reparação dos prejuízos causados mediante atos ilícitos. Inclusive, o art. 1.638 prevê a perda do poder familiar ao pai ou à mãe que: “I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.” (BRASIL, 2002).

Da mesma forma, atuam a Leis n. 5.478/68, que dispõe sobre ações de alimentos, e n. 2.848/40, que estabelece o Código Penal. Esta última interfere nas relações entre particulares, prevendo punições àqueles que causarem atos danosos ao semelhante, como a violação de domicílio e correspondência, roubo, furto, agressão, crimes contra a vida, calúnia, difamação, injúria, estelionato, dentre outros.

Diante do exposto, constatou-se que a horizontalidade dos direitos fundamentais vincula os atos entre particulares, obrigando-os a respeitá-los. A atuação do Estado, através dos poderes constituídos é intensa. Assim, diversas leis infraconstitucionais foram criadas, destacando-se os códigos civil, penal e de defesa do consumidor, consolidação das leis do trabalho, dentre outras. Por isso, o referido processo assume importância no sentido de assegurar direitos individuais e sociais constitucionalmente previstos, dentre os quais, está a liberdade de expressão.

### 3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O ser humano sempre procurou formas de vencer medos e melhorar as condições de sobrevivência e bem-estar. Dentre suas pretensões, encontram-se a liberdade e a igualdade, atributos capazes de proporcionar à sociedade uma convivência harmônica. Almejando o fim pretendido, regras foram estabelecidas. No transcorrer da história, o homem produziu inúmeros documentos que concediam direitos relacionados à liberdade, igualdade e proteção social e individual, uns mais e outros menos relevantes. Em determinadas situações, tratavam-se de acordos amigáveis firmados entre governantes e governados, mas também podia ocorrer por imposição ou exigência de uma das partes.

Nesse contexto, a “Magna Carta” é considerada por muitos estudiosos como o mais importante documento já produzido. Foi escrito pelos vassallos da Inglaterra em 1215, depois que o Rei João desrespeitou costumes que vinham sendo observados e respeitados há décadas por aquela sociedade. Dos direitos ali reclamados, mais tarde, muitos foram inseridos nas cartas dos direitos do homem e também nas constituições de diversos Estados (GILISSEN, 2001, p. 424).

Atualmente, existem muitas Cartas dessa natureza, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, cujos direitos ali contidos fundam-se em valores éticos capazes de dig-

nificar o homem. Diversos países se comprometeram em observar e inserir os direitos ali contidos em suas constituições e também nas legislações internas, dentre os quais está o Brasil.

Muitas das normas positivadas nas declarações internacionais foram sendo recepcionadas pelas leis que constituem os países, bem como nas legislações internas, surgindo os denominados “direitos fundamentais”. No Brasil, a primeira constituição a abordar tais princípios, foi a de 1824, que em seu art. 179 previa, dentre outros, a liberdade de expressão (Inc. IV), a liberdade política e religiosa (Inc. V), a igualdade (Inc. XIII), a dignidade da pessoa humana e a integridade física (Inc. XXI) e a liberdade ao livre exercício profissional (inc. XXIV). Os mencionados princípios foram recepcionados pela CF/88.

Na Constituição brasileira em vigor, no art. art. 5º, foram inseridos os direitos fundamentais individuais. Nos artigos de art. 6º a 11º estão os direitos sociais. A liberdade de expressão está positivada no inciso IX do art. 5º, e diz que: “[...] é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” (BRASIL, 1988). O mencionado princípio permite ao cidadão expor seus pensamentos das mais variadas formas, podendo escolher onde, quando e de que forma realizá-lo. Em linhas gerais, é o direito de se pronunciar, quer seja na forma verbal, escrita ou ainda quaisquer outras, tais como a arte e a ciência. Juntamente com outras normas da Lei Maior, visa assegurar a dignidade da pessoa humana.

É correta a assertiva de que as constituições estabelecem garantias a inúmeros direitos sem, contudo, fundamentá-los. São as raízes das normas que as justificam e não a sua superfície. Por mais que o texto legal defina o alcance da liberdade de expressão, os argumentos filosóficos, sociológicos e históricos são capazes de determinar como será aplicada.

Diz-se que o cidadão é livre quando inexistem leis que o obriguem a praticar ou deixar de praticar certas condutas. Entretanto, essa afirmativa é questionável quando se analisa o inc. II do art. 5º, o qual diz que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (BRASIL, 1988). Segundo o mencionado dispositivo, tanto a constituição quanto as leis infraconstitucionais podem exigir ação ou omissão à prática de determinados atos. No silêncio da lei, o homem se permite uma gama infinita de ações.

Nas sociedades democráticas de direito, condicionar a liberdade apenas à vontade do legislador ordinário ou à ausência de leis não é tolerável. Aceitar tal situação seria o mesmo que concordar com o sistema de governo absolutista, pois, com a maioria parlamentar, o poder do governante sobre os governados seria ilimitado.

Martins Neto (2008, p. 26-27) acredita que para evitar essa forma antidemocrática de governar, a certas normas não é permitida a atuação legislativa, como ocorre com as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) da Constituição brasileira. Primeiro, devem imperar as permissões constitucionais e, em segundo plano, as proibições das leis inferiores, ou seja, enquanto uma funciona como regra, a outra é a exceção.

Nesse contexto, Melchior-Bonnet (2000, p. 107) acredita que a expressão é uma das mais importantes prerrogativas inerentes ao ser humano, pois permite-lhe comunicar, expor, seus pensamentos, crenças e questionar aquilo de que discorda. Essas atitudes lhe proporcionam certa liberdade. Talvez, por isso, Cerqueira (2006, p. 424) comenta que a liberdade de expressão foi um dos primeiros direitos fundamentais assegurados, tornando-se o propulsor para diversos outros, como o direito à integridade física, ao devido processo legal, à ampla defesa, à propriedade, dentre outros.

Ainda assevera Martins Neto (2008, p. 29) que a liberdade de expressão é um dos direitos mais abrangentes e irrestritos que o homem possui. Todavia, sempre encontrará limites impostos pelas leis infraconstitucionais. Como exemplos, citam-se os artigos 138, 139 e 140 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40). As penas ali previstas são aplicadas àqueles que, extrapolando os limites da sua liberdade de se expressar, proferirem ofensas a outrem (calúnia, injúria e difamação). Note-se que os referidos dispositivos não ferem o princípio estampado no inc. XI do art. 5º da CF/88, tão somente impõe-lhes limites.

Um ponto importante a ser destacado é que o direito à liberdade de expressão, tal quais os demais direitos, não é absoluto. Ele não protege o sujeito que se utiliza de uma expressão apenas para causar tumulto, como, por exemplo, gritar “bomba!” em um aeroporto lotado. Mesmo sendo uma palavra e, tecnicamente, o indivíduo estar se expressando, o objetivo seria exclusivamente causar desordem, e não, proteger as pessoas de uma possível explosão.

Por isso, o princípio constitucional não abrange tal atitude. Apesar da CF/88 não proibir expressamente tal prática, não impede que a limitação se dê através de lei ordinária (MARTINS NETO, 2008, p. 31). Note-se que, no caso, há restrição à liberdade de expressão frente à proteção à vida, direito previsto no *caput* do art. 5º, e também à integridade física. Trata-se de limitar um direito em favor de outro.

Não obstante, há situações que, mesmo parecendo ofensivas a determinadas pessoas ou grupos étnicos, o direito de expressão é resguardado. Para melhor compreensão, citam-se três situações hipotéticas distintas: alguém que se manifesta contrário ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, por julgá-lo uma aberração da natureza humana, e defende a obrigatoriedade do Estado corrigi-la; um homem que publicamente afirma nunca ter se relacionado com uma mulher negra por ter aversão a essa etnia; e um cientista que desenvolve uma tese e divulga nos meios de comunicação, inclusive publica um livro, afirmando que o resultado de sua pesquisa indica que os índios possuem QI (Quociente de Inteligência) inferior ao do homem branco. No primeiro caso, há um argumento moral contra o casamento entre homossexuais; no segundo, uma declaração pessoal de aversão a mulheres negras; e, na terceira, uma posição científica sobre o grau de inteligência de índios e brancos. Por mais absurdos ou contraditórios que pareçam, esses casos representam formas de expressão e devem ser permitidos.

Em uma sociedade democrática, enquanto uns têm a liberdade de argumentar favoravelmente, outros, igualmente, podem fazê-lo de modo contrário. Não se pode afirmar que este ou aquele é incorreto, pois depende do ponto de vista de cada pessoa. Deve-se permitir a divulgação de posicionamentos diferentes, mesmo quando considerados pela maioria como imorais, torpes, inúteis e contrários a entendimentos majoritários ou universais. “O Estado não é e nem deve ser dono ou juiz da verdade.” (MARTINS NETO, 2008, p. 79-81).

Dessa forma, não se pode estabelecer um padrão para a liberdade de expressão, visto que cada ato comunicativo possui suas peculiaridades. Como já citado, exclamar “bomba!” em alto volume, num ambiente fechado e cheio de pessoas, pode ter finalidades totalmente contrárias: prevenir de uma iminente explosão ou causar desordem, fazendo com que, na evacuação do recinto, pessoas sejam pisoteadas. No primeiro caso, objetiva-se proteger a vida e, no segundo, colocá-la em risco. Por isso, Martins Neto (2008, p. 45-46) lembra que, para constatar se a expressão é passível ou não de reprimenda, é necessário analisar os fatos concretos.

É importante destacar que os direitos fundamentais previstos no texto constitucional têm por finalidade evitar que seus patriotas sejam vítimas de tirania e opressão, bem como proporcionar-lhes bem-estar social e individual. Por isso, as normas que os envolvem podem se repetir, ou não, em diversas constituições (MARTINS NETO, 2008, p. 27).

Da mesma forma, salienta Martins Neto (2008, p. 49), a liberdade de expressão é valiosa para a democracia, pois, além de vincular o modelo de governo à soberania popular, atrela os atos administrativos ao interesse do povo. Nesse contexto, a vontade dos cidadãos pode se dar de forma direta ou indireta. No segundo caso, é através do voto que o cidadão escolhe aquele que irá representá-lo.

Portanto, a liberdade de expressão decorre de evoluções sociais e normativas. No transcorrer da história, foi requerida e defendida por revoltas, revoluções e, até mesmo, guerras civis. Insere-se no rol dos direitos humanos e fundamentais e institui uma das características do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, além de materializar e efetivar a dignidade humana.

#### **4 A HORIZONTALIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS BIOGRAFIAS NÃO AUTORIZADAS**

O termo biografia provém do vocábulo grego *bios*, que significa “vida”, e *graphein*, “escrever”. É a descrição escrita da vida de uma pessoa, geralmente de notoriedade pública, apresentando os principais fatos e trajetórias, através de informações precisas, como nomes, locais e datas. Ao procurar defini-lo, Vilas Boas menciona que este gênero literário consiste na “compilação de uma (ou várias) vida(s).

A biografia pode ser impressa em papel, mas, outros meios, como cinema, televisão e teatro podem acolhê-la bastante bem (VILAS BOAS, 2002, p. 18). É possível, também, que contenha fotos e documentos comprobatórios. Pertence ao gênero literário, narrativo e expositivo, sendo redigida na terceira pessoa.

Já, as autobiografias são narradas pelos próprios biografados, geralmente escritas na primeira pessoa. Segundo Eco (1995, p. 10), para definir se um texto ou obra é uma literatura, deve-se observar a presença da seguinte tríade: intenção do autor, intenção do próprio texto, e intenção do leitor. O linguista menciona que a natureza sistêmica do texto literário apresenta interligação entre os fatos, tendo na comunicação o seu objetivo, e pressupõe relações externas ao indivíduo. Assim, pode-se afirmar que a biografia possui requisitos necessários para classificá-la como obra literária.

Ao longo da história, as biografias têm sido bastante escritas. No passado, não eram tão completas quanto as publicações atuais, mas já existiam e chamavam a atenção dos leitores. Muitos escritos descrevendo a vida de reis e imperadores já foram encontrados por arqueólogos. A própria Bíblia, livro que representa o cristianismo, traz a biografia de diversas personalidades israelitas. Antes de se tornar reino, Israel era conduzido por juízes e o livro de mesmo nome relata

os fatos mais importantes da vida de cada juiz.<sup>1</sup> Já, os livros de I e II Samuel,<sup>2</sup> e I e II Reis<sup>3</sup> relatam os principais fatos do reinado de cada um dos reis de Israel.

Nos séculos XII e XIII d.C., os cavaleiros medievais eram admirados por sua coragem e vistos como heróis. Por isso, muitos tiveram suas trajetórias biografadas. Nesse período, dava-se destaque apenas aos aspectos positivos das lutas em que participavam (SILVA, 1993, p. 12). Em meados do século XVII, os valentes cavaleiros foram substituídos por pessoas que desenvolviam ações importantes e úteis na sociedade e os registros passaram a ser em forma de memoriais.

Ainda segundo Silva (1993, p. 13-15), no século XIX, a produção biográfica passou a relatar a vida de heróis, monarcas e fundadores dos países, com intuito de fortalecer o patriotismo. Nesse período, as obras eram produzidas a um alto custo e só a monarquia, a nobreza, o clero e os mais abastados dentre o povo podiam adquiri-las. Os biografados eram, quase sempre, pessoas que se preocupavam com o interesse público e faziam parte do poder estatal. Entre 1940 e 1950, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, as biografias ficaram desacreditadas por exaltarem políticos ligados ao poder militar.

A partir da década de cinquenta, Del Priore (2009, p. 9-10) comenta que esse tipo de literatura se aproximou do estilo científico e passou a relatar a veracidade da vida dos biografados, ou seja, tanto os fatos positivos quanto os negativos. A exemplo, citam-se as obras de Erasmo e Maria Antonieta, que muito se distanciaram dos romances e fábulas. Os escritores optavam, geralmente, por pessoas que contribuíam para o bem-estar da sociedade.

A produção de uma biografia possui alto teor de subjetividade. O autor pode escrever fatos inverídicos, capazes de gerar ofensas à honra, privacidade e imagem da pessoa cuja trajetória é narrada. Atualmente, essa espécie literária faz sucesso no Brasil e no mundo. Brasileiros como, os cantores Carmem Miranda e Tim Maia, os Ex-presidentes Juscelino Kubitschek e Getúlio Vargas, Edson Arantes do Nascimento (o rei Pelé) e o empresário Antônio Ermínio de Moraes são alguns exemplos de personalidades já biografadas. Da mesma forma, os imperadores do Brasil, Dom Pedro I e Dom Pedro II.

Inúmeras obras desse gênero foram escritas com autorização e cooperação dos biografados, que concordaram com a publicação. Entretanto, muitas outras foram publicadas, despidas de qualquer autorização da pessoa relatada, as quais se denominam “biografias não autorizadas”. Em diversas situações, ocorreram calorosas contendas judiciais, em que, sob a justificativa de que as informações feriam a privacidade e a intimidade, os biografados exigiram proibição à comercialização e, em alguns casos, o recolhimento da obra das livrarias. Dentre as literaturas questionadas judicialmente, destacam-se as de Manuel Francisco dos Santos (Garrincha), Raul Seixas, João Guimarães Rosa, Manuel Carneiro de Sousa Bandeira Filho, Agenor Miranda Araújo Neto (Cazuza), Anderson Spider da Silva, Washington Olivetto, Celso Lafer, Virgulino Ferreira da Silva (Lampião) e João Goulart (SETTI, 2013).

Apesar de inexistir lei que vincule a produção de biografias à prévia autorização, os biografados que se sentiram ofendidos embasaram seus pedidos no art. 5º, inc. X, da CF/88. Em

<sup>1</sup> Segundo dados históricos, o livro de Juízes foi escrito entre os séculos XIII e XI a.C. (BÍBLIA DE ESTUDOS ALMEIDA, 2006, p. 271).

<sup>2</sup> Escritos entre os séculos XI e X a.C. (BÍBLIA DE ESTUDOS ALMEIDA, 2006, p. 304).

<sup>3</sup> Escritos entre os anos de 970-586 a.C. (BÍBLIA DE ESTUDOS ALMEIDA, 2006, p. 370).

contrapartida, os escritores alegaram que apenas estavam exercendo sua liberdade de expressão, prevista no inc. XI do mesmo dispositivo constitucional. Assim, se, por um lado, as celebridades têm o direito à privacidade e intimidade, por outro, os autores têm a liberdade de se expressarem sobre as personalidades.

Nesse contexto, é importante destacar, ainda, outro direito previsto na carta constitucional brasileira, expresso no art. 5º, inc. “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Consubstanciando-se nessa assertiva, pode-se afirmar que tudo o que não está expressamente proibido, é permitido, argumento válido também quanto às leis ordinárias, pois, muitas delas visam regulamentar os direitos previstos na Constituição.

Já, o disposto no art. 220, da Magna Carta de 1988, diz que: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão restrição, observado o disposto nesta Constituição.”

Salienta-se, também, que o art. 1º, inc. III, da CF/88 coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da própria república e da democracia, ou seja, é um direito inquestionável. Nesse sentido, diversos dispositivos têm sido criados na legislação interna para assegurar o mencionado direito, dentre eles, o Código Civil e o Código Penal. O primeiro prevê ressarcimento pecuniário pelo causador do dano e o segundo, estabelece punições. Apesar de diferentes, ambas as leis têm por objetivo assegurar direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Vale lembrar que não há uma lei infraconstitucional específica que assegure a liberdade de expressão na produção biográfica. Todavia, por analogia e consubstanciando-se nos artigos 1º, inc. III; 5º, inc. II e IX; e 220 da CF/88, é correto afirmar que inexistente óbice para a produção biográfica. Muito pelo contrário, há farta previsão constitucional favorável à sua publicação. Ademais, como a lei infraconstitucional prevê, aquele que exceder os limites do seu direito estará sujeito às penalidades estabelecidas, dentre elas, o dever de indenizar os danos morais e materiais provocados. Assim, ao confirmar nas leis menores, o que está previsto na Lei Maior, verifica-se a horizontalização dos direitos fundamentais.

## 5 CONCLUSÃO

A horizontalização dos direitos fundamentais consiste na inserção de leis e normas que vinculam as relações entre particulares, observando e respeitando os direitos fundamentais, que constituem verdadeiros pilares da Constituição Federal de 1988. Os mencionados princípios vinculam as relações entre o Estado e os cidadãos, de forma vertical, obrigando àquele a tomar medidas que assegurem e proporcionem a dignidade humana. Para atingir o objetivo pretendido, o Estado o faz por meio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Entretanto, entendeu-se que a proteção dos direitos fundamentais não deveria ficar adstrita ao sistema vertical (governante-governados). Era necessária a sua expansão de forma horizontal, regulando também as relações entre particulares.

Dos diversos direitos existentes, a liberdade de expressão é uma das mais importantes e significativas conquistas do homem. Nesse contexto, inserem as biografias, que constituem uma das formas de expressão. Muitas obras biográficas têm sido questionadas judicialmente, sob a alegação de que as informações apresentadas invadem a intimidade e a privacidade dos biografados.

Prevista no art. 1º, inc. III, da CF/88, a dignidade da humana constitui fundamento da república e da democracia. Diversos dispositivos legais têm sido inseridos nas leis internas, visando assegurar direitos, como a dignidade e a liberdade de expressão, dentre os quais estão os Códigos Penal e Civil.

Em relação à materialização da liberdade de expressão e à horizontalização dos direitos fundamentais nas biografias não autorizadas, é importante destacar que, apesar de inexistir lei infraconstitucional específica, assegurando a sua publicação, diversos dispositivos constitucionais a permitem, como os artigos 1º, inc. III; 5º, inc. II e IX, e 220.

Assim, por analogia, pode-se afirmar que não há restrição alguma para a produção de biografias, mesmo as não autorizadas. Além do mais, havendo previsão legal para punir aqueles que excederem os limites da liberdade de expressão e causarem prejuízos a outrem, entende-se que, mesmo de forma não expressa, a lei permite tal espécie literária. Portanto, a liberdade de expressão, através da publicação das biografias não autorizadas, constitui uma das formas de horizontalização dos direitos fundamentais expressos na Magna Carta de 1988.

#### **THE HORIZONTALITY OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN THE UNAUTHORIZED BIOGRAPHIES**

##### **ABSTRACT**

*This article discusses the horizontality of the fundamental right to freedom of expression in the Brazilian legal system and the publication of unauthorized biographies contributes to the process of realization of this right. The issue focuses on assertiveness of freedom of expression based on the 1988 Constitution, analyzing how it is protected by infra laws and the production of biographical literary species contributes to its materialization. The approach starts highlighting conceptual aspects, fundamental characteristics and the assertiveness of fundamental rights. Then, approach to freedom of expression as a pillar of the Brazilian Constitution and of democracy itself. Finally, we evaluate the unauthorized biographies as a means of realization of freedom of expression, pointing out aspects that contribute to a flattening in the Brazilian legal system.*

*Keywords: Horizontality. Human rights. Fundamental rights. Freedom of expression. Unauthorized biographies.*

##### **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDORNO, Roberto. Liberdade e Dignidade da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na bioética. In: MARTINS-COSTA, J.; MÖLLER, L. L. (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos dependentes de fatores culturais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2011.

BECCHI, Paolo. O princípio da dignidade humana. Tradução Guilherme Genro. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RCEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 2, n. 7, p. 191-222, jun./set. 2008.

BÍBLIA DE ESTUDOS ALMEIDA. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2006.

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25 de março de 1824.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2014.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2014.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2014.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2014.
- CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na História*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recomposição da Nova Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.
- MARTINS NETO, João Paulo. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.
- MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MELCHIOR-BONNET, Jean Delumeau Sabine. *De religiões e de homens*. São Paulo: Loyola, 2000.
- PEREIRA, Jane dos Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SETTI, Ricardo. O que seria da História sem as biografias não autorizadas? Vejam os exemplos de Hitler, Stalin e Darwin, entre outros. *Veja*, 09 nov. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/tag/biografias-nao-autorizadas/>>. Acesso em: 02 jun. 2014.

SILVA, Maria Aparecida Oliveira. *Biografia como fonte histórica*. São Paulo: Ars Poética, 1993.

VILAS BOAS, Sergio. *Biografias e biógrafos: jornalismo sobre personagens*. São Paulo: Summus, 2002.

## RESUMO

O presente artigo pretende investigar a aplicação do direito ao esquecimento no âmbito das relações civis no Brasil numa perspectiva garantidora de direitos fundamentais e de realização da dignidade humana. Para tanto, desenvolveu-se uma pesquisa acadêmica qualitativa e teórica, na qual foi empregado o método analítico, com utilização de pesquisa bibliográfica. O trabalho foi desenvolvido em cinco tópicos: no primeiro, analisou-se o fenômeno da constitucionalização do direito; no segundo, procurou-se definir o que são direitos de personalidade e sua relação com o princípio da dignidade humana; no terceiro, conceituou-se o direito de expressão, analisando sua estreita relação com a democracia e o pluralismo político; no quarto, definiu-se o direito ao esquecimento e as recentes manifestações jurisprudenciais sobre o assunto; no quinto e último tópico desenvolveu-se a temática da resolução do conflito entre direito ao esquecimento e liberdade de expressão. Por fim, concluiu-se que o direito ao esquecimento é corolário de direitos de personalidade, mas seu exercício sofre limitações pela necessidade de garantia da liberdade de pensamento, necessária ao desenvolvimento pleno da democracia.

Palavras-chave: Constitucionalização do Direito. Direitos de Personalidade. Direito ao Esquecimento. Liberdade de Pensamento. Democracia.

## 1 INTRODUÇÃO

No final de 2014, o Supremo Tribunal Federal admitiu a repercussão geral no Recurso Extraordinário em Agravo (ARE) 833248/RJ. E, na VI Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado 531: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

O tema ganhou novo colorido com o desenvolvimento tecnológico da rede mundial de computadores, que permite eternizar opiniões e expressões, muitas vezes revelando um indesejado retorno ao passado e com a possibilidade de aplicação desse direito na esfera civil.

A questão denota a tensão entre direitos fundamentais na esfera privada, na medida em que a controvérsia gravita no conflito entre direitos de personalidade (imagem, intimidade e vida privada) e liberdade de expressão e direito à informação, que são também direitos fundamentais. O problema consiste em averiguar se o reconhecimento do direito ao esquecimento na esfera civil não fere o direito à liberdade de expressão e informação, fatores indispensáveis à democracia nas sociedades pluralistas.

Para tanto, o estudo parte da definição do movimento de constitucionalização do direito privado; a seguir, define-se o que são direitos de personalidade e em que consiste a liberdade de expressão e opinião; na sequência, procura-se estabelecer o conceito de direito ao esquecimento; para, por fim, definir se é possível harmonizar esse direito com a liberdade de expressão e com valores democráticos.

---

\* Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Servidora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; [sabrinafavero10@yahoo.com.br](mailto:sabrinafavero10@yahoo.com.br)

O trabalho constitui-se em pesquisa acadêmica qualitativa e teórica, para a qual será utilizado o método analítico, com a utilização de pesquisa bibliográfica.

## **2 DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

O fenômeno da constitucionalização do direito representa a irradiação dos valores constitucionais para todos os ramos do direito. Apesar de o direito privado ter se servido da codificação como garantia de generalidade, abstração e segurança jurídica, valores caros à burguesia liberal, a passagem do Estado Liberal para o Social fez com que se acentuasse a intervenção do Estado na sociedade, quando a Constituição, dotada de normatividade, passou a ocupar o papel fundamental de vértice do sistema jurídico como um todo (SARMENTO, 2006, p. 61-83).

Essa influência da Constituição sobre os demais ramos do direito deu-se, em grande medida, pelo reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, cujo ideário foi profundamente influenciado pela Revolução Francesa, que representou o marco histórico do fim de uma era e começo de outra.

A Revolução rompeu com o regime político (absolutista) e com a ordem social e trouxe uma concepção individualista que inverteu o pensamento político e representou o fundamento da democracia, não mais tida como o governo do povo, mas como o governo dos cidadãos. A partir de uma formulação hipotética de um estado natural, anterior à sociedade e ao Estado, em que os homens eram livres e iguais, justificou-se o predomínio do indivíduo em face do Estado - um novo pensamento político (BOBBIO, 2004, p. 49-51).

Essa inversão do pensamento político fez com que os direitos fundamentais adquirissem papel fundamental na constituição dos Estados. Aliado a esse fato, o trauma experimentado com a Segunda Guerra Mundial proporcionou um debate sobre a condição humana, desencadeando no reconhecimento universal de direitos humanos com a Declaração Universal de 1948, quando a pessoa humana, e não mais o indivíduo, passou a ocupar o papel mais importante da sociedade.

Embora a limitação do tema proposto para análise não permita uma investigação profunda acerca do conceito e fundamento de tais direitos, há que se pontuar, inicialmente, a existência de vários termos, muitas vezes utilizados como sinônimos para designar essa espécie de direitos, como “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos do homem”.

Sarlet (2015, p. 27-30) diferencia direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais a partir da perspectiva de positivação. Para ele, direitos fundamentais são direitos do homem reconhecidos e positivados pelas Constituições dos Estados. Direitos humanos são os referidos em documentos internacionais, atinentes ao ser humano independentemente da vinculação com determinado Estado e direitos do homem são direitos naturais, de viés jusnaturalista.

Nesse sentido também é o pensamento de Canotilho (2002, p. 111), para quem a Constituição Portuguesa, ao afirmar direitos e deveres individuais pretendeu “[...] converter os direitos do homem (situados no plano do direito natural) em direitos fundamentais, institucionalizados juridicamente e constituindo direito objetivamente vigente.”

Com base nesses argumentos, pode-se entender direitos fundamentais como aqueles reconhecidos e positivados na Constituição e cujo elemento nuclear é a dignidade da pessoa humana, erigido a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III da Constituição Federal).

O problema é que a expressão “dignidade humana” é vaga, polissêmica e de difícil conceituação, tanto que, apesar de fundamental, tem sido banalizada (TRAMONTINA; HAHN, 2013, p. 140).

Na lição de Steinmetz (2004, p. 114-117), no âmbito do direito, a definição de dignidade humana, influenciada pela ideia de Kant de que o homem é um fim em si mesmo, nunca um mero meio; tendo em vista sua racionalidade, o homem não pode ser tratado como coisa, objeto ou meio.

Analisando a noção kantiana da dignidade humana, Tramontina e Hahn (2013, p. 167) concluem que se trata de valor imanente ao ser humano porque oriundo de sua capacidade racional que lhe permite, de forma livre e autônoma, agir moralmente e, por essa razão, impede que sejam os homens tratados como meios. Nessa perspectiva, o homem “[...] é concebido como um fim em si mesmo e jamais como um meio, como já explicitava Kant.” (PIOVESAN, 2009, p. 455).

Para Sarlet (2005, p. 37), trata-se de

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

Canotilho (2002, p. 225) enfatiza que uma República fundamentada na dignidade humana é aquela que serve ao homem e não o contrário. A dignidade é, para ele, o “[...] *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastēs et factor*).”

Apesar das diferentes propostas de conceituação, é assente na doutrina que dignidade humana é um valor imanente ao homem, único ser dotado de racionalidade e, que por isso, sendo um fim em si mesmo, não pode ser tido como coisa; em outras palavras, a dignidade humana impede a “coisificação” do homem.

A necessária relação entre direitos fundamentais e dignidade humana está na proteção que aqueles conferem a esta.

O movimento de constitucionalização do Direito denota a mudança de pensamento político desencadeada pelo Iluminismo, em que o homem passou a ser fundamento do Estado. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais irradiam-se para além das relações verticais entre Estado e indivíduo para relações particulares, de indivíduos entre si.

A complexidade da relação entre direitos fundamentais e direito privado decorre da premissa de que o fundamento de cada espécie é diferente, na medida em que, de um lado está a autonomia privada e de outro, direitos inalienáveis e irrenunciáveis, tanto que, uma das mudanças de paradigma responsável pela constitucionalização do direito foi a constatação que a ameaça a direitos fundamentais não parte exclusivamente do Estado (relação vertical), como nas relações particulares em que ambas as partes são titulares de direitos fundamentais (SILVA, 2014, p. 50-53).

A constitucionalização do direito privado revela a tensão existente nas relações particulares, quando há choque entre direitos fundamentais, como liberdade de expressão e opinião e intimidade e vida privada.

### 3 DIREITOS DE PERSONALIDADE: DEFINIÇÃO, TIPOLOGIA E FUNÇÃO

Direitos de personalidade são aqueles que dizem respeito à pessoa humana e à sua dignidade e que têm relação com a integridade física, intelectual e moral. São prerrogativas da pessoa humana, aos poucos incorporadas ao ordenamento jurídicos, apoiadas na noção de que, além de direitos econômicos, a pessoa é titular de outros, inerentes à sua condição de humanidade e que a ela ficam ligados vitaliciamente (GONÇALVES, 2008, p. 153). No entender de Coelho (2012, p. 196) são tão ligados à pessoa que se tornam essenciais e impossíveis de serem destacados dela, como o direito de propriedade, por exemplo. Eles “[...] resguardam a dignidade humana.” (VENOSA, 2003, p. 152). Segundo Diniz (2011, p. 134), “[...] são direitos comuns da existência porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.”

Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). (CANOTILHO, 2002, p. 394).

Direitos de personalidade são as formas de proteção da pessoa humana no âmbito do Direito Privado. Surgiram na segunda metade do século XIX a partir de ideias jusnaturalistas e, numa definição clássica, representam um direito de abstenção. Apesar da ideia clássica de que os direitos de personalidade são uma abstenção, muitas vezes, eles demandam um comportamento comissivo dos agentes privados, isto é, a mera abstenção não é suficiente para proteger a personalidade humana na esfera privada (SARMENTO, 2006, p. 96-102).

O legislador conferiu aos direitos de personalidade características e intransmissibilidade e irrenunciabilidade, conforme disposição expressa do Código Civil, no art. 11, estabelece que: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Tartuce (2014, p. 88-90), inspirado na doutrina de Rubens Limongi França, elenca cinco ícones associados aos direitos de personalidade: (1) vida e integridade psíquica; (2) nome; (3) imagem; (4) honra; e (5) intimidade, os quais devem ser compreendidos a partir dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade, motivo pelo qual os direitos de personalidade previstos no Código Civil representam um rol meramente exemplificativo, pois certamente não abarcam todos os direitos necessários à proteção da pessoa humana.

Esse também é o pensamento de Tepedino (2003), para quem a proteção do Código Civil aos direitos de personalidade não é suficiente, nem mesmo em função da chamada cláusula geral de tutela da pessoa humana, já que os direitos de personalidade elencados na legislação privada devem ser interpretados sob um viés constitucional de proteção e realização da pessoa humana.

Dentre os direitos de personalidade estão a intimidade e a vida privada, indispensáveis à formação do indivíduo, e que, por essa razão constituem-se também direitos fundamentais.

Mendes e Branco (2014, p. 282) esclarecem que, em sentido estrito, o direito à privacidade “[...] conduz à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares expostas a terceiros ou ao público em geral.”

Apesar de serem absolutos, oponíveis *erga omnes*, vitalícios e imprescritíveis, os direitos de personalidade não são ilimitados, pois cedem espaço a outros direitos fundamentais (COELHO, 2012, p. 197).

Para Ferraz (2015, p. 121-122), o desenvolvimento livre da personalidade humana, a partir de uma visão antropocêntrica e sintetizadora da dignidade humana representa um marco civilizatório da sociedade, mas democracia, desenvolvimento e direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes e que se relacionam, motivo pelo qual não são absolutos, ou seja, podem conflitar entre si.

#### 4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA

A Constituição Federal (art. 5º, inciso IV) consagrou expressamente a liberdade de expressão no rol de direitos fundamentais, dispondo que “[...] é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”

A liberdade de expressão desdobra-se em diversas outras, como a de comunicação de pensamentos, de informações e a busca da verdade. O desenvolvimento da personalidade humana reclama meios de conhecimento da realidade, disponíveis quanto maior for o grau de liberdade de manifestação das ideias. Em função disso, a liberdade de expressão está ligada tanto à noção de dignidade humana, quanto à de democracia, pois a pluralidade de manifestações do pensamento é vital para as sociedades plurais (BRANCO, 2014, p. 263-264).

O princípio democrático deve ser entendido dentro de um contexto dinâmico de sociedades abertas e ativas, que permitam aos cidadãos o exercício de sua individualidade nos diversos aspectos da vida. Nesse contexto, o direito fundamental da liberdade de expressão tem função democrática (CANOTILHO, 2002, p. 289-290).

A liberdade de expressão e opinião está, pois, relacionada com o pleno desenvolvimento da pessoa humana, que além de ser, tem o direito de expressar o que é. Portanto, a liberdade de expressão possui dupla dimensão: uma objetiva (de manifestação do pensamento), e outra subjetiva (de formação do pensamento), e, em sendo assim, trata-se de elemento indispensável ao exercício da democracia (FERRAZ, 2015, p. 121-145).

Segundo Carvalho (2012, p. 509-542), é elemento de qualquer Estado Democrático o pluralismo político, concretizado não apenas nas disputas político-partidárias, mas também mediante o respeito das diferentes expressões culturais de uma sociedade e a cultura reclama liberdade. Para o autor:

A trínomia liberdade de expressão-direito à informação- cultura constitui uma unidade de dependência vital para se concretizar o patamar mais alto da civilidade. Retirando-se qualquer destas grandezas, o sistema democrático perde as suas coordenadas vitais e, por consequência lógica, restringe-se a um conceito sem ressonância prática, descambando para uma “democrática folha de papel”, numa paráfrase a Ferdinand Lassale. (CARVALHO, 2012, p. 521).

Do reconhecimento da pessoa humana como centro do sistema jurídico e como fundamento do Estado sucede a compreensão de que ela deve ser livre para formar sua individualidade e também manifestar publicamente sua opinião. Neste ponto, é precisa a lição de Bobbio (2004, p. 87-89) quando cita a existência de doutrinas teóricas que consideram que a verdade só pode ser alcançada mediante verdades parciais, ou seja, a verdade tem várias faces. Por isso, a tolerância entre diferentes crenças não é apenas um dever moral, mas uma condição para manifestação da verdade.

Importante, ainda, é o esclarecimento de Sarmiento (2006, p. 144-147) de que a moderna teoria constitucional busca equalizar as duas concepções diferentes de liberdade: a do cidadão (de participar da vontade do Estado) e a do burguês (autonomia privada). No entanto, uma não subsiste sem a outra. Não há autonomia privada sem democracia, assim como não pode haver democracia sem respeito às liberdades individuais.

A verdade depende, portanto, da livre manifestação do pensamento. Quanto maior o grau de civilidade de determinada sociedade, maiores serão as razões de tolerância.

A verdade percebida ou construída depende da livre manifestação do pensamento do seu povo, levando em consideração a época, os costumes, o conhecimento e tecnologia disponíveis. Quanto maior o grau de civilidade, maiores serão as razões de tolerância. A liberdade de pensamento tem relação intrínseca com o desenvolvimento civilizatório e o nível de aceitação (respeito) de que somos seres humanos livres e iguais.

## 5 DIREITO AO ESQUECIMENTO EM PAUTA NO STF

Recentemente, em 18/11/2014, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de Repercussão Geral no ARE 833248, no qual se discute o direito ao esquecimento na esfera civil. Consta do aresto:

*EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVOLABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. (BRASIL, 2014, grifo nosso).*

O caso em análise chegou ao Supremo Tribunal Federal depois de uma ação indenizatória, na qual os familiares de uma vítima de estupro pleiteavam ressarcimento pelo abalo moral sofrido em decorrência de programa televisivo sobre o crime, ser julgada improcedente.

Apesar de ainda não haver pronunciamento da Corte Constitucional, a jurisprudência brasileira já vem reconhecendo o direito ao esquecimento na esfera civil, como se percebe do julgamento do Recurso Especial n. 1334097/RJ, de relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, em que o Superior Tribunal de Justiça, apesar de reconhecer o vínculo entre liberdade de imprensa e democracia, restringiu aquela para privilegiar direitos de personalidade.

Além disso, em 2013, na VI Jornada de Direito Civil, o Conselho de Justiça Federal aprovou o Enunciado 531, segundo o qual: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.

No direito comparado, percebe-se o reconhecimento do direito ao esquecimento, como na Alemanha, no caso Lebach, narrado por Alexy (2012, p. 99-102):

[...] a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado “O assassinato de soldados em Lebach”. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada.

Ao final, Tribunal Constitucional alemão proibiu a veiculação de documentário envolvendo condenado de homicídio, utilizando-se de direitos fundamentais e do direito ao esquecimento.

Também é emblemático o caso envolvendo o advogado espanhol Mario Costeja González, que teve seu apartamento levado a leilão, fato noticiado pelo jornal *La Vanguardia*, em 1998, mas cuja venda não se concretizou porque ele havia quitado a dívida. Em 2009, ele solicitou ao jornal que seu nome não fosse mais associado ao fato em eventuais buscas realizadas, tendo, em 2010, solicitado tal providência também ao Google da Espanha. Diante das negativas, recorreu a diversos órgãos, até que, em 2010, uma autarquia espanhola rejeitou o pedido em relação ao jornal, mas acolheu-o em relação ao Google, que, inconformado, recorreu à Audiência Nacional (nome dado a um órgão judiciário espanhol e cujos julgamentos podem ser reapreciados em recurso para o Supremo Tribunal daquele país) que, por sua vez, submeteu a questão ao Tribunal de Justiça de União Europeia. Finalmente, em 13 de maio de 2014, referida corte examinou a matéria, acolhendo o pedido do espanhol (RODRIGUES JUNIOR, 2014).

O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1335153/RJ, de 10/09/2013, entendeu direito ao esquecimento como o direito de o indivíduo não ser submetido a lembranças desnecessárias de fatos passados que causem dor.

Martins Neto e Pinheiro (2014, p. 811) definem o direito ao esquecimento como

[...] o direito de não ser citado no corpo de um relato atual sobre eventos pretéritos de caráter público; é o direito de não ser lembrado, de não ter uma passagem ruim da vida - outrora legitimamente tornada pública por sua conexão com fatos terríveis - recontada agora, tantos anos depois, apesar da sua veracidade e desde que a evocação da história se mostre nociva à vida da pessoa implicada.

Trata-se de um direito oriundo da evolução do direito à intimidade, inicialmente cunhado apenas sob um aspecto negativo, para um positivo, a exigir uma prestação do Estado e que ganha grande destaque nessa era de “superinformacionismo” decorrente da enorme quantidade de informações que circulam na Internet por prazo indeterminado (RODEGHERI; RAMINELLI; OLIVEIRA, 2013, p. 883-887).

Das definições trazidas revela-se a colisão, em relações privadas, entre dois direitos fundamentais, pois de um lado está a vida privada de um indivíduo e, de outro a liberdade de expressão e opinião, assunto que, apesar de não ser inédito, ganhou novos contornos com o desen-

volvimento tecnológico que gera o armazenamento digital de dados, que certamente, eterniza a informação.

## 6 CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO

De todo o exposto, percebe-se que o reconhecimento da existência de um direito ao esquecimento conflita com a liberdade de expressão. Com efeito, admitir que determinados fatos (verídicos ou não) não possam ser objeto de discussão, além de cercear o direito de manifestação do pensamento, afeta também o valor democrático.

Apesar de Martins Neto e Pinheiro (2014, p. 833) diferenciarem esquecimento de isolamento e refutarem o direito ao esquecimento argumentando que é necessário diferenciar fatos passados e vida atual, não havendo violação no primeiro caso e que, no segundo, a vida atual do indivíduo deve ser resguardada, pois a pessoa tem direito ao isolamento, há que se admitir a tensão entre privacidade e liberdade de expressão.

A própria admissão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas leva à conclusão de que não há direitos ilimitados. Mas existem parâmetros seguros para estabelecerem-se limitações a direitos fundamentais? Ou, em outras palavras, no conflito entre direito ao esquecimento e liberdade de manifestação de pensamento, qual deles deve prevalecer?

Steinmetz (2001, p. 17-23), ao sustentar a inexistência de direitos fundamentais absolutos e ilimitados, quer pela sociabilidade humana, quer pelo fato de serem direitos históricos e positivados, aduz que o choque entre eles pode ser solucionado de três formas: “[...] a subsunção lógica da colisão a normas abstratamente formuladas, a teoria estrutural das normas aplicada ao direito constitucional (Müller) e o método da ponderação de bens, que se operacionaliza mediante o princípio da proporcionalidade.” (STEINMETZ, 2001, p. 21).

Mendes e Branco (2014, p. 192-211), ao admitirem a limitação a direitos fundamentais, alertam para a necessidade de definição do âmbito de proteção de tais direitos, que compreende além da definição do que deve ser protegido, a forma de proteção e eventual restrição. Aduzem que também há limites para a restrição de direitos fundamentais, que são a preservação do núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade.

O critério da proporcionalidade e a interpretação sistemática da Constituição são, conforme Dimoulis e Martins (2014, p. 171) as principais ferramentas para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais.

Reconhece-se, assim, que a aplicação do princípio da proporcionalidade é o meio a que tem recorrido doutrina e jurisprudência para equacionar o problema da colisão entre direitos fundamentais. “A teoria de base é a teoria dos princípios e a metodologia é aquela que se estrutura no princípio da proporcionalidade em sentido estrito - este último também chamado de ponderação de bens.” (STEINMETZ, 2004, p. 203).

Para Alexy (2014, p. 85-91), diferenciar regras e princípios é fundamental para a solução do problema de colisão entre direitos fundamentais. Ambos são espécie do gênero norma, porque determinam um dever-ser, mas princípios são mandamentos de otimização, que indicam que algo deva ser realizado na maior medida possível, enquanto que regras são normas, que podem ser satisfeitas ou não. Por isso, o conflito entre regras impõe ou uma cláusula de exceção ou uma

declaração de invalidade; enquanto que o conflito entre princípios envolve a precedência de um sobre outro, a depender do caso concreto (ALEXY, 2014, p. 85-96).

As normas de direitos fundamentais são do gênero princípios, e, por isso, reclamam a maior efetividade possível. Logo, a resolução de conflito entre direitos fundamentais requer, além da interpretação constitucional, a regra da ponderação de bens, “[...] método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão.” (STEINMETZ, 2001, p. 140). Essa ponderação é realizada mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Souza Neto e Sarmiento (2013, p. 465-480) esclarecem que a proporcionalidade não está expressa na Constituição Federal, mas é justificado na cláusula do devido processo legal, no Estado de Direito, nas garantias de direitos e na estrutura das normas de direitos fundamentais e que está baseada em três outros subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Adequação requer legitimidade de fins perseguidos e aptidão dos meios empregados; necessidade impõe a opção, dentre diversas medidas, da menos gravosa; e, por fim, proporcionalidade em sentido estrito significa que a restrição a um direito ou bem deve ser compensada pela promoção do direito preponderante.

Daí a conclusão de que, na colisão entre direitos de personalidade relativos ao reconhecimento do direito ao esquecimento e a liberdade de expressão deve-se adotar a solução que mais se adeque aos fins perseguidos, que seja a menos gravosa e a que compense de melhor forma a restrição daquele que for preterido

No caso, parece que o direito “de ser deixado em paz” não há de prevalecer frente à liberdade de expressão que ultrapassa a barreira individual para atingir o próprio valor democrático. Ainda que se reconheça o direito ao esquecimento, deve ele, ordinariamente, ceder frente à liberdade de expressão, que, no entanto, também não é um valor absoluto.

Como bem ressalta Ferraz (2015, p. 125), “A liberdade de expressão lastreia-se no binômio *liberdade-responsabilidade*, a exigir daquele que manifesta seu pensamento e/ou sentimento o respeito (responsabilidade) aos direitos fundamentais que co-existem no ordenamento normativo.” O autor, com grande perspicácia, pondera que uma coisa é indenizar os danos causados; outra, é proibir a veiculação (FERRAZ, 2015, p. 144)

Ao invés de impedir a manifestação do pensamento, o reconhecimento do direito ao esquecimento pode ser protegido mediante a responsabilização quando houver excesso e o direito de resposta, como expressamente prevê a Constituição Federal, no art. 5º, V: “[...] é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.” (BRASIL, 1988).

Ademais, o conhecimento e a revisitação de fatos históricos e sociais são a base do estudo da evolução humana, sendo necessário viabilizar que tais fatos, ainda que desagradáveis a famílias ou indivíduos identificados, sejam relatados, discutidos e questionados na mídia escrita ou digital. Desta forma, preserva-se o direito fundamental de expressão como coronário do Estado Democrático de Direito.

## 7 CONCLUSÃO

A polêmica em torno do reconhecimento de um “direito ao esquecimento” ganhou novos contornos com o desenvolvimento tecnológico, que possibilita a eternização de informações sobre os indivíduos. Decorrente do direito de privacidade trata-se do “direito de ser deixado em paz”, de não ver situações pretéritas, ainda que verídicas, para sempre veiculadas. No Brasil, apesar de decisões reconhecendo esse direito, o assunto aguarda pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

Essa problematização representa uma das faces da constitucionalização do direito, que significa a irradiação dos valores constitucionais para todas as demais esferas jurídicas, inclusive nas relações privadas.

O fato de direitos de personalidade (privacidade e liberdade de expressão) colidirem na esfera privada requer a aplicação de um juízo de ponderação, a partir do princípio da proporcionalidade. Sem que haja a invalidade ou derrogação, privilegia-se um direito fundamental em detrimento do outro, mediante juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A dignidade da pessoa humana, erigida a fundamento da República Federativa do Brasil é, obrigatoriamente, parâmetro nesse processo. Se, por um lado, a dignidade tem uma concepção negativa, de proteção da individualidade, por outro, ela reclama prestações positivas, de exercício dela, como a liberdade de manifestação de pensamento, que é, também, indispensável ao pluralismo político e valor caro à democracia.

Reconhecer a existência do direito ao esquecimento é uma coisa; proibir a liberdade democrática de expressão é outra. Por isso, entende-se que o direito ao esquecimento não pode prevalecer sobre a liberdade de expressão, que, no entanto, é limitada pelo respeito à dignidade humana subjetiva.

Na hipótese de abuso do direito de manifestação do pensamento em detrimento do direito ao esquecimento, a solução não pode ser a censura, mas sim os mecanismos já previstos na Constituição Federal, como o direito de resposta e a indenização, quando cabíveis.

### **THE RIGHT OF FORGETFULNESS, FREEDOM OF EXPRESSION AND DEMOCRACY**

#### **ABSTRACT**

*This article aims to investigate the implementation of the right of forgetfulness in the context of civil relations in Brazil in a guarantor perspective of fundamental rights and the accomplishment of the human dignity. Therefore, a qualitative and theoretical academic research was developed, in which, the analytical method using literature was made. The study was divided in five topics: in the first, the phenomenon of constitutionalizing of the right was analyzed; in the second, what personal rights and their relation to the principle of human dignity were tried to be defined; in the third, the right of expression was conceptualized, analyzing its close relationship with democracy and political pluralism; in the fourth, the right was defined to oblivion and recent jurisprudence demonstrations on the subject; the fifth and final topic developed the theme of resolving the conflict between the right of forgetfulness and freedom of expression. Finally, it was concluded that the right to oblivion is a corollary of personal rights, but its exercise suffers limitations by the need to guarantee the freedom of thought necessary to the full development of democracy. Keywords: Constitutionalising of law. Personality rights. Right to Oblivion. Freedom of Thought. Democracy.*

#### **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 maio 2015.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 12 maio 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.334.097/RJ*. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 28 maio 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201449107&dt\\_publicacao=10/09/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201449107&dt_publicacao=10/09/2013)>. Acesso em: 12 maio 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 833248 RG/RJ*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgamento em 11 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7810658>>. Acesso em: 12 maio 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO, Welinton. Direito fundamental de ser bem impressionado pelos meios de comunicação. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: Juspodvium, 2012.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VIJornadadireitocivil2013%20web.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2015.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRAZ, Sérgio Valladão. Restrições às restrições à liberdade de expressão. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodvm, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARTINS NETO, João dos Passos; PINHEIRO, Denise. Liberdade de informar e direito à memória - uma crítica à ideia do direito ao esquecimento. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 19, n. 3, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 11 maio 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. In: QUARESMA, Regina et al. (Coord). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODEGHERI, Letícia Bonadesi; RAMINELLI, Francieli Puntel; OLIVEIRA, Rafael Santos de. Dignidade da pessoa humana e intimidade na sociedade informacional: o direito ao esquecimento de dados pessoais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE: MÍDIAS E DIREITOS DA SOCIEDADE EM REDE, 2., 2013, Santa Maria. *Anais...* Santa maria, 2013. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/6-10.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Direito de apagar dados e a decisão do Tribunal Europeu no caso Google Espanha. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 11 maio 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e direitos da personalidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadex, ano 51, n. 309, jul. 2003.

TRAMONTINA, Robison; HAHN, Paulo. A noção kantiana de “dignidade humana”. In: ALEXY, Robert et al. *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

# SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO *VERSUS* INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DE DEPENDENTES QUÍMICOS

Germano Alves de Lima\*

## RESUMO

O presente artigo objetiva verificar os efeitos do atual estágio da sociedade de informação sobre a drogadição e a internação compulsória de dependentes químicos. Para tanto, realiza, inicialmente, breve abordagem histórico-social do uso de drogas e da dependência química, buscando identificar os principais fatores de risco que levam à dependência. Posteriormente, analisa o instituto da internação compulsória de dependentes químicos, abordando sua regulamentação e sua aplicabilidade prática. Por fim, aborda sucintamente a revolução tecnológica e o surgimento da sociedade da informação, examinando os efeitos do uso da informação sobre a dependência química e a internação compulsória, apontando os aspectos positivos e negativos do seu impacto. Palavras-chave: Dependência química. Sociedade da informação. Internação compulsória.

## 1 INTRODUÇÃO

O consumo de drogas, atualmente, no Brasil, vem sendo considerado um problema - grave e complexo - de saúde pública, que envolve as esferas sociais, econômicas e políticas, em vários e distintos aspectos, tais como as relações de poder e educação, a possibilidade de autorrealização do indivíduo, a autonomia da vontade, as normas de convivência social, a repressão e a discrepância entre o discurso oficial e a realidade.

Nessa perspectiva, a abordagem das questões relacionadas ao uso de drogas é delicada e exige muita reflexão, vez que os métodos e enfoques escolhidos podem não atingir o objetivo de eliminar ou amenizar a ameaça gerada pela drogadição, na medida em que imagens, símbolos e arquétipos transmitidos pelos meios de comunicação social, especialmente pela televisão, podem despertar no imaginário humano ideologias e utopias que estimulam o consumo, em vez de atuar como instrumento de conscientização e educação preventiva.

Considerando a expressiva influência da informação - em todas as suas formas de transmissão - sob o comportamento do ser humano, o presente estudo tem como objetivo verificar os efeitos do atual estágio da sociedade de informação sobre a drogadição e a internação compulsória de dependentes químicos.

Para tanto, realizar-se-á, inicialmente, breve abordagem histórico-social do consumo de drogas e da dependência química, buscando identificar os principais fatores de risco que levam à dependência.

Posteriormente, analisar-se-á o instituto da internação compulsória de dependentes químicos, abordando-se sua regulamentação e sua aplicabilidade prática.

Por fim, abordar-se-á, sucintamente a revolução tecnológica e o surgimento da sociedade da informação, a fim de se examinar os efeitos do uso da informação sobre a dependência química e a internação compulsória, apontando-se aspectos positivos e negativos do seu impacto.

---

\* Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Universidade Paranaense; Graduado em Direito pela Universidade Paranaense; Delegado de Polícia Civil no Rio Grande do Sul; Rua Flores da Cunha, 91, Dal Molin, 99700-000, Erechim, Rio Grande do Sul, Brasil; germanolima23@hotmail.com

## 2 DEPENDÊNCIA QUÍMICA: BREVE ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIAL

“O termo droga tem origem na palavra *drogg*, proveniente do holandês antigo, cujo significado é folha seca.” (BRASIL, 2007, p. 1). Tal definição decorre do fato de que, antigamente, quase todos os medicamentos utilizavam vegetais em sua composição.

Atualmente, em conformidade com as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), o termo abrange qualquer substância não produzida pelo organismo humano - seja ela lícita ou ilícita - que tenha a propriedade de atuar sobre um ou vários de seus sistemas, modificando o seu funcionamento (BRASIL, 2007). Com efeito, considera-se droga tanto a maconha quanto a aspirina; tanto o álcool quanto a cocaína; tanto o cigarro quanto o LSD, sendo o efeito psicotrópico encontrado na finalidade do uso, no modo como é empregada a substância e em como ela atua no organismo de cada indivíduo.

As drogas têm acompanhado o percurso da humanidade, variando em espécie de substância, forma de uso, padrões de consumo e interpretação, em conformidade com o contexto sociocultural de cada época.

Nessa perspectiva, Escohotado (2004) ensina que inicialmente a droga foi percebida como benéfica e interpretada como instrumento de contato com entidades divinas e conexão entre a realidade conhecida e a “vida prometida”. Em um segundo momento, passou a ser considerada objeto de consumo festivo, terapêutico e sacramental, para, depois, assumir, também, um caráter científico e uma dimensão criminosa - como objeto e como origem do crime -, consolidando-se sob diferentes interpretações e significados, a depender dos interesses econômicos, políticos, científicos e culturais que regem a sua observação.

No contexto internacional, a generalização do consumo de drogas teve início no século XIX, com o uso indiscriminado da morfina entre feridos em guerra e com a sintetização da cocaína - que passou a ser prescrita para o tratamento da ansiedade e da depressão e tornou-se “moda” ao entrar na composição de bebidas, a exemplo do tônico Vin Mariani e da Coca-Cola, adquirindo finalidade terapêutica com selo real ao ser ministrada à Rainha Vitória como mecanismo de alívio das dores menstruais (POIARES, 1999).

Contudo, o consumo de drogas assumiu contornos preocupantes a partir do século XX, com o início da comercialização de anfetaminas na II Guerra Mundial e a proliferação entre os jovens durante a expansão do movimento *hippie* na década de 1960, que - associada à produção de drogas sintéticas, laboratorialmente produzidas e quimicamente manipuláveis, distribuídas a baixo custo -, acabou por alargar a faixa de consumidores tanto em termos etários quanto em termos socioculturais (POIARES, 1999).

A dependência química, no entanto, vai além do mero consumo: trata-se de um fenômeno multifatorial e multidimensional que costuma se caracterizar pela associação do consumo de substâncias com propriedades farmacológicas a outros dois fatores: características pessoais do consumidor e natureza do contexto social em que se produz o consumo (FONSECA; LEMOS, 2011).

Diferenciando consumo e dependência, Perrenoud e Ribeiro (2011) ensinam que, apesar de os problemas relacionados ao consumo de substâncias psicoativas pela humanidade existirem há séculos - e estarem relatados nas obras de Aristóteles (no século 4 a.C.), em trechos bíblicos, na literatura médica de Hipócrates (por volta do ano 385 a.C.) e nas poesias de Geoffrey Chaucer

(no século XIV) -, o conceito de dependência química é extremamente recente e passou a ser objeto de estudo somente no século XVIII, quando surgiram os primeiros modelos etiológicos da dependência química, com o objetivo de entender e controlar o uso de substâncias psicoativas.

Segundo a Associação Humanidades (2013), hodiernamente, entende-se que a dependência consiste em um estado psíquico - e por vezes físico - caracterizado por comportamentos e respostas marcados pela compulsão e necessidade de consumo de forma contínua ou periódica, com o objetivo de evitar o desconforto da ausência ou experimentar efeitos físicos diversos ou confortantes, conceito este que vai ao encontro das orientações da OMS.

Para Marques e Ribeiro (2008, p. 4), o conceito atual de dependência química é descritivo, baseado em sinais e sintomas e vê a dependência como “[...] síndrome, determinada a partir da combinação de diversos fatores de risco, aparecendo de maneiras distintas em cada indivíduo.”

Fonseca e Lemos (2011) salientam que, na tríade da dependência, a droga deve ser capaz de causar euforia ou aliviar a dor - atuando no circuito do prazer e da recompensa, resultando na liberação de dopamina -, com efeito rápido - pois, do contrário, o indivíduo não associará o que sente à droga consumida -, possibilitando adaptações a longo prazo, que fazem com que o organismo exija o uso da substância em maior frequência e quantidade.

No que concerne às características pessoais do consumidor, pode-se afirmar que a problemática transita com maior relevância entre os jovens e geralmente está associada à curiosidade, ao desejo de viver outras experiências, à procura de prazer/diversão, ao desejo de transgredir regras, à fuga de problemas pessoais, ao desafio em relação a autoridades impostas, ao desejo de afirmação, à ausência de informação e à facilidade de acesso (ASSOCIAÇÃO HUMANIDADES, 2013).

Estes padrões foram confirmados no estudo qualitativo-descritivo realizado em um hospital geral do noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, cujos resultados foram discutidos por Kolankiewicz et al. (2011) e demonstram que, em síntese, os padrões de risco desenvolvidos pelo indivíduo relacionam-se à desestruturação familiar, o que confirma a tese desenvolvida pela Organização Mundial da Saúde de que tem menor risco de drogadição o indivíduo pertencente à família bem integrada, nela mesma e na sociedade.

Quanto à influência do contexto social, Abreu e Malvasi (2011) ensinam que a mesma é verificável em três formas distintas:

- a) toxicomania de massa ou povo, na qual a drogadição é considerada um instrumento de integração social acolhido por toda a sociedade, a exemplo do que ocorre com a ingestão alcoólica em festas, eventos sociais e *happy hours*;
- b) toxicomania de grupo ou comunitária, a qual se desenvolve em contextos sociais reduzidos, nos quais a absorção de substâncias constitui um veículo de integração do grupo, ainda que a prática de intoxicação seja considerada proibida e sujeita à repressão pela sociedade em geral;
- c) toxicomania solitária ou individual, que decorre da alienação do indivíduo em relação a seus pares e resulta no seu isolamento completo.

Cabe mencionar que o uso excessivo ou crônico de drogas pode levar à destruição de neurônios, causando danos irreversíveis ao cérebro, assim como lesões no fígado, nos rins, nos

nervos periféricos e na medula óssea, além de aumentar o risco de arritmias cardíacas, o que pode provocar morte súbita (LEITE, 1999).

Dessa forma a drogadição afeta não apenas a saúde dos usuários, mas também um ordenamento por completo, na medida em que arruína o desenvolvimento social dos dependentes, afastando os jovens dos meios educacionais e laborais, além de promover atividades criminosas pela narcotraficância (PRATTA; SANTOS, 2009).

Assim, em razão dos efeitos que produz sobre o indivíduo, a dependência química é tratada simultaneamente como “doença” psíquica e problema social, dando ensejo à elaboração de políticas públicas de tratamento e à intervenção estatal por meio da internação compulsória, conforme adiante se verá.

### 3 DA INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA

De acordo com o acima exposto, a dependência de substâncias psicoativas é uma síndrome cujo diagnóstico é realizado pela presença de uma variedade de sintomas, que não precisam estar presentes ao mesmo tempo e indicam que o indivíduo apresenta prejuízos e comprometimentos decorrentes da intoxicação.

Trata-se de doença que acompanha o indivíduo por toda sua vida e, como tal, seu tratamento é voltado para a redução dos sintomas que afetam não apenas o paciente, mas toda a comunidade ao seu redor. Em razão dessa característica, é comum que o drogadito, ainda depois de tratado, mantenha o consumo ou frequentemente retorne a este, uma vez que perde, parcial ou totalmente, a capacidade de controlar o uso da droga (LEITE, 1999).

A dependência química é classificada mundialmente entre os transtornos psiquiátricos, embora seus efeitos incidam sobre todas as áreas de funcionamento do indivíduo, inclusive aquelas não circunscritas à Medicina (social, psicológica, criminal, educacional, etc.), e, por apresentar-se de forma particular em cada indivíduo, implica em uma variedade de quadros clínicos e correspondente variedade de tratamentos (LEITE, 1999).

Sintetizando as premissas estabelecidas pelo *National Institute on Drug Abuse* (NIDA), dos Estados Unidos, Novaes (2014) adverte que o tratamento para dependência química, por si só, pouco modifica o consumo de drogas em longo prazo e, por esta razão, deve estar sempre disponível, a fim de que possa ser realizado quando o dependente sinalize estar pronto para tal. Além disso, o tratamento deve contemplar todas as necessidades da pessoa - problemas médicos, psicológicos, sociais, vocacionais e legais associados - e não somente o uso de drogas, devendo ser reavaliado continuamente e, se necessário, modificado, para que se assegure que o indivíduo permaneça em tratamento durante o período adequado ao seu caso concreto.

A preocupação com a questão das drogas na legislação brasileira inicia-se com a instituição das Ordenações Filipinas, que criminalizava o uso, porte e o comércio de substâncias entorpecentes, sendo que sua inserção no âmbito dos problemas de saúde pública ocorreu apenas com a edição do Código Penal de 1890, no qual vender ou ministrar substâncias “venenosas” sem autorização passou a ser considerado crime contra a saúde pública (CARVALHO, 2014).

A Consolidação das Leis Penais de 1932 trouxe maior densificação e complexidade das condutas contra a saúde pública, substituindo a expressão “venenosas” por “entorpecentes” e submetendo a venda e a subministração destas substâncias ao Departamento Nacional de Saúde

Pública (CARVALHO, 2014). Todavia, o Brasil somente passou a adotar uma política específica de saúde, em nível nacional, a respeito da questão das drogas, a partir de 1988 quando foram definidos os requisitos para a criação dos Centros Regionais de Referência em Prevenção e Tratamento ao uso abusivo de drogas lícitas e ilícitas (PRATTA; SANTOS, 2009).

Este modelo foi construído durante a Reforma Psiquiátrica, iniciada na década de 1960 com o movimento sanitário brasileiro, cujos objetivos consistiam em incorporar uma teoria médico-social preventiva para a análise de como as coisas se processam no campo da saúde no país e traçar uma distinção entre doente e delinquente, a fim de que cada um tivesse o encaminhamento adequado - para o primeiro, o tratamento; para o segundo, a punição (CARVALHO, 2014).

O principal objetivo da Reforma Psiquiátrica foi corrigir o modelo tradicional hospitalocêntrico, propondo uma nova concepção baseada na substituição do sistema manicomial da rede privada de saúde - que promovia o agravamento e cronificação das doenças mentais e a mercantilização da loucura - por uma política nacional de saúde mental com norte na cidadania e na equalização das prerrogativas sociais e assistenciais e no reconhecimento e garantia dos direitos do doente mental. Seu principal marco encontra-se na Lei n. 10.216/2001, que iniciou um processo de desinstitucionalização de pessoas longamente internadas e a construção de uma política de recursos humanos baseada na redução de danos (BRASIL, 2005).

O novo modelo exige que o tratamento esteja apoiado em um projeto terapêutico singular em conformidade com as premissas do *National Institute on Drug Abuse*, de modo a incluir, além dos aspectos médicos e biológicos, abordagens psicoterapêuticas e psicossociais em tratamento ambulatorial, visando sempre a reinserção social do indivíduo. Contudo, garante a internação sempre que se identificar no caso concreto a ausência de suporte social e familiar, bem como problemas psíquicos graves, desde que respeitados os preceitos da Organização Mundial da Saúde (OMS), dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) e, conseqüentemente, do Sistema Único de Saúde (SUS), ou seja, a internação deve ser realizada apenas em caso de surto ou para desintoxicação, por períodos curtos e sempre por meio de uma abordagem voluntária, baseada em técnicas de motivação (NOVAES, 2014).

Nessa perspectiva, vale consignar que a Lei n. 10.216/2001 diferencia três espécies de internação: voluntária, involuntária (por iniciativa do médico e dos familiares, se o paciente não tiver condições de decidir) e compulsória (por decisão judicial), condicionando todas elas à existência de laudo médico circunstanciado, de modo que a internação psiquiátrica, especialmente na modalidade compulsória, não deve ser encarada como regra, mas sim como medida de segurança do próprio dependente e da sociedade.

Esse modelo de atenção comunitária, antes da promulgação da Lei n. 10.216/2001, já havia sido inserido na Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 196, garante a todos o direito à saúde, obrigando o Estado a promovê-la, “[...] mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Como se vê, o caráter excepcional e emergencial da internação compulsória é evidenciado não só pelas exigências previstas pela Lei para a legitimação da internação, mas principalmente pela natureza reabilitacional do tratamento, que deve ser voltado à recuperação psíquica e à reinserção social do dependente químico internado.

## 4 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: TECNOLOGIA, INFORMAÇÃO E RISCOS SOCIAIS

Com a revolução tecnológica do final do segundo milênio da Era Cristã, as tecnologias da informação remodelaram a base material da sociedade em ritmo acelerado, de modo que economias do mundo inteiro passaram a manter interdependência global, alterando profundamente a relação entre a economia, o Estado e a sociedade (CASTELLS, 2011).

Durante o início deste processo, o capitalismo reestruturou-se, passando a apresentar maior flexibilidade de gerenciamento, descentralização das empresas e sua organização em rede, individualização e diversificação das relações de trabalho, intervenção estatal no mercado e aumento da concorrência econômica global dos mercados financeiros, dentre outras características. Tais mudanças trouxeram consigo a acentuação de um desenvolvimento desigual entre os vários segmentos de toda a sociedade (CASTELLS, 2011).

Simultaneamente, as atividades e organizações criminosas também se tornaram globais e informacionais, “[...] propiciando os meios para o encorajamento de hiperatividade mental e o desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana.” (CASTELLS, 2011, p. 40).

As novas tecnologias de informação fizeram surgir um novo sistema de comunicação, mediado por computadores, em uma língua universal digital. Deste novo sistema surgiram novas formas e canais de comunicação, dentre os quais se destacam as redes interativas, nas quais se propaga a integração global da produção e distribuição de palavra, sons e imagens culturais e personificam-se os gostos dos indivíduos (CASTELLS, 2011).

A tendência social e política da construção da ação social e das políticas em torno de identidades primárias característica da década de 1990 acompanhou os primeiros passos históricos das sociedades informacionais, mas deu espaço a uma maior fragmentação e exclusão social (CASTELLS, 2011).

Nesta linha, Bauman (2005) pontua que a expansão ocidental em escala mundial teve como dimensão mais influente a lenta e implacável globalização da produção de “lixo humano”, ou seja, produção de “pessoas rejeitadas” por não serem mais necessárias ao perfeito funcionamento do ciclo econômico e, em consequência, não “acomodáveis” na estrutura social compatível com a economia capitalista.

A fragmentação do tecido social implicou na criação de uma demanda por liberdade de expressão também para estes grupos segregados, com vistas à proteção das diversidades e à inclusão social (CASTRO; FREITAS, 2012).

É nesse contexto que se insere a preocupação relativa à propagação de informação, uma vez que, embora a Constituição Federal assegure a todos a liberdade de expressão, o discurso baseado em rejeição ou ódio a minorias repercute como expressão de pensamento e passa a gerar efeitos nocivos que poderão perdurar por longo tempo, de acordo com o veículo de transmissão utilizado (CASTRO; FREITAS, 2012).

Acerca da transmissão de informações e sua relação com a formação de opinião, Pezzella (2004, p. 62) observa que “[...] o mundo contemporâneo tem experimentado uma forma diferenciada de formação de opinião, pois no passado seu alcance era restrito e de propagação lenta, não indo além da voz de um orador” enquanto, atualmente, este processo torna-se cada vez mais amplo e acelerado pela intervenção da imprensa (jornal, cinema, rádio, televisão, internet), que leva a informação simultaneamente a milhões de pessoas.

Discorrendo acerca da influência da propaganda sobre o comportamento das pessoas, a autora analisa as ponderações de Roger Money-Kyrle, para quem somente quem esteja vivendo em uma ilha deserta pode viver sem a influência das informações transmitidas por meio da propaganda. Nesse rumo, destaca que o homem é um animal crédulo, facilmente sugestionável e influenciável pela oratória, aceitando qualquer coisa que seja dita com suficiente força e autoridade e que esta vulnerabilidade somente pode ser afastada pela educação e pela paz interior experimentada pelo indivíduo, circunstâncias estas que possibilitam que a pessoa construa seu próprio caráter, de forma independente (PEZZELLA, 2004).

Segundo Pezzella (2004), outro fator que atribui grande perigo ao uso e transmissão da informação é a credibilidade da fonte, que permite (ou não) a aceitação da informação por um determinado público. Neste sentido, argumenta a autora que a credibilidade está vinculada à autoridade exercida por uma determinada fonte na qual o indivíduo procura “proteção” contra um inimigo interno -os medos e as fantasias interiores de cada pessoa - e costuma fazer com que, inconscientemente, o indivíduo rejeite toda e qualquer informação em sentido diverso àquela transmitida por sua “fonte confiável”.

Desse modo, a propaganda pode ser vista tanto como favorável quanto como desfavorável: no aspecto desfavorável, consiste em método para induzir uma série de psicoses temporárias; no aspecto favorável, pode ter um efeito curativo, trazendo o receptor ao equilíbrio. Nessa perspectiva, as propagandas criam nas pessoas a consciência acerca da existência de um grupo de pessoas bem-sucedidas e um grupo inferior, “vendendo” a ideia de que a participação no grupo de pessoas especiais e bem-sucedidas depende da adoção de determinados hábitos, que, caso não praticados, geram a exclusão do indivíduo. Assim, “[...] fazer parte do grupo de pessoas especiais desencadeia o desejo de querer participar deste grupo, e os excluídos dele temem os efeitos desta exclusão.” (PEZZELLA, 2004, p. 66-67).

Nesse aspecto, assevera Pezzella (2004, p. 67):

Despertar o medo real existente em cada indivíduo ou fazer despertar o medo inconsciente é o primeiro passo para a propaganda atingir seu público-alvo. [...] A mensagem atinge o público porque atua sobre um desejo ou um medo que já existe consciente ou inconscientemente e os aflora, conferindo-lhes proporções bem maiores do que as reais, trabalhando com a emoção. Aflora a emoção e depois manipula-a, como numa brincadeira de fantoches movidos por cordas [...]

Consoante Pezzella (2004), o padrão de sucesso, bem-estar e felicidade torna-se uma fórmula mágica, vendida em “pílulas” por um grupo de informações que chegam por todos os veículos de comunicação, gerando em todos os mesmos objetivos, independente de sexo, idade, raça e padrão social.

## **5 DOS EFEITOS DO USO DA INFORMAÇÃO SOBRE A DEPENDÊNCIA QUÍMICA E A INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA**

Dadas as proporções assumidas pela dependência química nas últimas décadas, suas formas de prevenção e tratamento vêm recebendo crescente atenção, mobilizando tanto o sistema de saúde quanto a sociedade de uma forma geral, e ganhando crescente visibilidade em diversos meios de comunicação e no âmbito de várias instituições.

O fenômeno da drogadição é complexo e multifatorial, uma vez que tratar a questão do uso abusivo de substâncias psicoativas e da possível dependência que pode emergir em alguns casos implica discutir, além das questões orgânicas e psicológicas envolvidas, os aspectos sociais, políticos, econômicos, legais e culturais inerentes a esse fenômeno, bem como suas consequências físicas, psíquicas e sociais (PRATTA; SANTOS, 2009).

Dessa forma, consideradas as duas faces da informação - o aspecto indutivo e o aspecto curativo -, a abordagem realizada em campanhas de prevenção às drogas pode gerar o efeito contrário, provocando o consumo. Neste sentido, Meneguim (2002) afirma que, ao se separar o usuário do marginal (traficante) revela-se uma faceta nefasta do problema: a droga é um objeto de consumo, de modo que a ética mercantilista, desqualificada de qualquer quadro objetivo de valores, favorece a criação da necessidade do uso de drogas na população, criando um mercado de consumidores, movidos pela oferta livre e pela publicidade.

Exemplificando a criação da necessidade pela droga na população, vale mencionar alguns dos resultados obtidos em um estudo sobre o papel da informação como medida preventiva ao uso de drogas entre jovens em situação de risco, desenvolvido por Sanchez et al. (2010): a informação - coleção de conhecimentos sobre o tema drogas, especialmente no que concerne a seus efeitos, consequências de uso, abuso e dependência - é citada como fator preponderante na decisão entre o consumo ou não da droga tanto pelos jovens não usuários quanto pelos jovens usuários; a diferença encontra-se na forma como foi transmitida.

Consoante Sanchez et al. (2010), o conhecimento transmitido aos usuários geralmente é parcial e normalmente ressalta os aspectos positivos da droga, tais como as “viagens” e os “baratos” proporcionados ao usuário, de modo que os aspectos negativos resumem-se ao “faz mal”, de forma vaga, despertando a curiosidade e conseqüente experimentação e uso/abuso.

Nesse rumo, é possível afirmar que, “[...] quando a informação recebida é parcial e tendenciosa, ela passa a estar mais associada a um risco para o início do consumo” (SANCHEZ et al., 2010, p. 703), de modo que a abordagem dos efeitos negativos das drogas não deve ser realizada de maneira isolada e fantasiosa, mas sim associada a meios de promoção de saúde e integração social, a fim de construir-se contornos reais às implicações físicas e sociais do consumo, capazes de, através do amedrontamento, afastar dos jovens as drogas e os riscos a elas associados.

As conclusões do estudo, para Sanchez et al. (2010), vão ao encontro da reflexão sobre a origem do conhecimento que determina o comportamento do adolescente proposta por Paulo Freire: para ter eficácia, a transferência de conhecimentos deve estar alicerçada em um movimento de conscientização e testemunhos de vida.

No que concerne ao tratamento da drogadição, a legislação vigente enuncia a preferência por um tratamento ambulatorial, apoiado em um projeto terapêutico no qual, além dos aspectos médicos e biológicos, realizam-se abordagens psicoterapêuticas e psicossociais, visando à reinserção social do indivíduo à sociedade. Contudo, prevê a possibilidade de internação sempre que se identificar no caso concreto a ausência de suporte social e familiar, bem como problemas psíquicos graves.

A internação é abordada legalmente como medida de caráter excepcional e, ainda assim, é aplicada, preferencialmente, com o consentimento do paciente. Todavia, nos casos em que o paciente não possui condições de decidir, por iniciativa do médico e dos familiares, é possível a internação involuntária. Da mesma forma, é possível a internação por decisão judicial e compulsória como medida de segurança do próprio dependente e da sociedade.

Ocorre que a mídia, ao noticiar diariamente o uso de drogas, retrata uma suposta situação de epidemia, extremamente grave e perigosa, exigindo que sejam adotadas ações rápidas e enérgicas, sob pena de o país ser dominado por drogaditos (MOTTA; WURDIG, 2014).

Para Motta e Wurdig (2014), o “encarceramento” dos dependentes químicos para tratamento consiste em uma forma de exclusão social, influenciada por resquícios de uma ideologia religiosa acerca da loucura, que tem como principais fundamentos o “resgate” - no sentido de “salvação” - das pessoas, “compaixão social” e piedade.

Analisando o discurso midiático sobre a internação compulsória, Motta e Wurdig (2014) asseveram que a ideologia religiosa vem representada em estratégias para manipular a percepção do tema, tirando proveito da situação para reproduzir uma relação de dominação, em que uma classe dominante - aqui representada por aqueles que não fazem uso de drogas e emanam concepções influenciadas religiosamente para uma vida correta - detém o poder do certo - entendendo-se assim a vida regrada e livre de vícios.

Nessa concepção, tem-se apenas um modelo como possibilidade de vida: somente com a internação compulsória os usuários de droga podem ser resgatados, tendo compaixão da sociedade.

Consoante Motta e Wurdig (2014), é possível identificar nas manifestações midiáticas acerca da internação compulsória, também, um *status* de desrazão - correspondente à transgressão da moral racional -, associado à periculosidade - representada como o “não-controle”, a ameaça e o perigo.

Nessa segunda concepção, o usuário representa “[...] a sua verdadeira desrazão e desqualificação de qualquer desejo ou consciência daquilo que faz”, sendo incapaz de decidir por si próprio, não possuindo qualquer consciência de seus atos (MOTTA; WURDIG, 2014, p. 438).

A “ameaça” gerada pelos dependentes químicos é materializada na criminalização do uso de drogas e direciona as ações sociais para a restrição do direito de ir e vir do “infrator”, na medida em que os drogaditos, em sua maioria, assaltam e cometem crimes, o que justificaria uma intervenção penal (MOTTA; WURDIG, 2014).

Outro aspecto relevante encontrado no discurso midiático é a estigmatização do usuário de drogas, comumente caracterizado como alguém que vive na rua, alimenta-se de lixo, não tem bens, muito menos família ou quem intervenha por ele. A criação de estereótipos representa a expropriação dos poderes inerentes ao indivíduo, por meio da sua incapacitação (MOTTA; WURDIG, 2014).

A propagação de qualquer desses posicionamentos acerca da internação compulsória cria nos receptores da informação a ideia de que a única forma de tratamento da drogadição é a internação compulsória, como se o usuário de drogas estivesse impossibilitado de, por si só, fazer algo para mudar sua situação, pois esse indivíduo vive para o seu vício (MOTTA; WURDIG, 2014).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As drogas têm acompanhado a humanidade ao longo do tempo, variando em espécie de substância, forma de uso, padrões de consumo e interpretação, em conformidade com o contexto sociocultural de cada época.

Atualmente, em conformidade com as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), o termo abrange qualquer substância não produzida pelo organismo humano que tenha a propriedade de atuar sobre um ou vários de seus sistemas, modificando o seu funcionamento, sen-

do o efeito psicotrópico encontrado na finalidade do uso, no modo como é empregada a substância e em como ela atua no organismo do indivíduo.

O consumo de drogas assumiu contornos preocupantes a partir do século XX, com o alargamento da faixa de consumidores em face da comercialização de anfetaminas na II Guerra Mundial, da proliferação entre os jovens durante a expansão do movimento *hippie* na década de 1960, e da produção de drogas sintéticas distribuídas a baixo custo.

Contudo, a drogadição somente se firmou como problema social e doença psíquica, dando ensejo à elaboração de políticas públicas de tratamento e à intervenção estatal, no decorrer do século XX, quando constatado o crescimento do número de dependentes químicos e os efeitos que produz sobre o indivíduo.

Nesse rumo, a dependência química, passou a ser tratada como um fenômeno multifatorial e multidimensional caracterizado pela associação do consumo de substâncias com propriedades farmacológicas às características pessoais do consumidor e à natureza do contexto social em que se produz o consumo.

De acordo com as orientações da Organização Mundial de Saúde, a dependência química deve ser tratada simultaneamente como doença crônica e como problema social, de forma que, além de identificar e tratar os sintomas, faz-se necessário identificar as consequências e os motivos que levam à drogadição, pensando o indivíduo em sua totalidade, para que se possa oferecer outros referenciais e subsídios que gerem mudanças de comportamento em relação à questão da droga, atuando de maneira preventiva sobre o comportamento da sociedade em relação a esta problemática.

Nas últimas décadas, em face das proporções assumidas pela dependência química, a prevenção e o tratamento da drogadição vêm ganhando crescente visibilidade em diversos meios de comunicação, situação que acaba por desencadear outro problema: a manipulação da opinião social sobre o assunto. Isso porque a propagação da informação pode ser vista tanto como favorável quanto como desfavorável, na medida em que pode levar ao receptor o equilíbrio ou induzi-lo a uma série de psicoses temporárias, formando esterótipos e gerando exclusão social.

Assim, consideradas as duas faces da informação - o aspecto indutivo e o aspecto curativo -, a abordagem das questões relativas à prevenção ao consumo de drogas deve associar informações sobre efeitos e consequências de uso, abuso e dependência, aos meios de promoção de saúde e integração social, a fim de construir-se, com o auxílio de testemunhos de vida, contornos reais às implicações físicas e sociais do consumo, capazes de, através do amedrontamento, afastar dos jovens as drogas e os riscos a elas associados.

Quanto ao tratamento, a abordagem midiática deve ser livre de qualquer vinculação de caráter moralista, restringindo-se à informação dos métodos existentes e à sua aplicabilidade conforme a legislação pertinente, uma vez que elevar a internação compulsória à “salvação” do drogadito apenas aumenta a sua marginalização frente à sociedade, reduzindo ainda mais as chances de sucesso do tratamento, na medida em que o próprio usuário passa a acreditar ser incapaz de reagir e lutar contra o vício.

#### ***INFORMATION SOCIETY VERSUS HOSPITALIZATION COMPULSORY OF DEPENDENT CHEMICAL***

#### ***ABSTRACT***

*This article aims to verify the effects of the current stage of the information society on drug addiction and compulsory hospitalization of drug addicts. To so much, performs, initially, brief historical-social approach*

to drug use and addiction in order to identify the main risk factors that lead to addiction. Then, analyzes the institute the compulsory hospitalization of drug addicts, addressing their regulation and its practical applicability. Finally, succinctly addresses the technological revolution and the emergence of information society, examining the effects of the use of information about addiction and compulsory hospitalization, pointing out the positive and negative aspects of their impact.

Keywords: Chemical dependency. Information society. Compulsory hospitalization.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Carolina de Camargo; MALVASI, Paulo Artur. Aspectos transculturais, sociais e ritualísticos da dependência química. In: DIEHL, Alessandra et al. *Dependência química: prevenção, tratamento e políticas públicas*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

ASSOCIAÇÃO HUMANIDADES. *Manual de prevenção do uso de drogas para mediadores*. Revisão técnica: Margarida Soares e Paula Caetano. Lisboa: Humanus, 2013. Disponível em: <[www.humanus.pt/download.php?id=13](http://www.humanus.pt/download.php?id=13)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevista a Benedetto Vecchi*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.216, de 06 de agosto de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas Portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. *Diário Oficial União*, Brasília, DF, 09 abr. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10216.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10216.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas. *Informações sobre drogas: definição e histórico*. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <[http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id\\_conteudo=11250&rastr=INFORMAÇÕES+SOBRE+DROGAS/Definição+e+histórico](http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/conteudo/index.php?id_conteudo=11250&rastr=INFORMAÇÕES+SOBRE+DROGAS/Definição+e+histórico)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, DF, nov. 2005. Disponível em: <[http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicações/Relatorio15\\_anos\\_Caracas.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicações/Relatorio15_anos_Caracas.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2014.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução Roneide Venancio Majer. Atualização para 6ª edição: Jussara Simões. 6. ed. 14. reimp. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1).

CASTRO, Matheus Felipe; FREITAS, Riva Sobrado de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

ESCOHOTADO, Antonio. *História elementar das drogas*. Lisboa: Antígona, 2004.

FONSECA, Vilma Aparecida da Silva; LEMOS, Tadeu. Farmacologia na dependência química. In: DIEHL, Alessandra et al. *Dependência química: prevenção, tratamento e políticas públicas*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

GALDURÓZ, José Carlos F.; SANCHEZ, Zila van der Meer; NOTO, Ana Regina. Epidemiologia do uso, do abuso e da dependência de substâncias psicoativas. In: DIEHL, Alessandra et al. *Dependência química: prevenção, tratamento e políticas públicas*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

KOLANKIEWICZ, Adriane Cristina Bernat et al. Uso de drogas ilícitas sob o olhar da equipe de enfermagem. *Revista Contexto & Saúde*, Ijuí, v. 10, n. 20, p. 1399-1404, jan./jun. 2011.

LEITE, Marcos da Costa. *Aspectos básicos do tratamento da síndrome de dependência de substâncias psicoativas*. [S.l.]: SENAD, 1999.

MARQUES, Ana Cecília Petta Roseli; RIBEIRO, Marcelo. *Abordagem geral do usuário de substância com potencial de abuso. Projeto Diretrizes*. Associação Médica Brasileira, Conselho Federal de Medicina e Associação Brasileira de Psiquiatria, 2008. Disponível em: <[http://www.projetodiretrizes.org.br/projeto\\_diretrizes/001.pdf](http://www.projetodiretrizes.org.br/projeto_diretrizes/001.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

MENEGUIN, Ana Marusia P. Lima. O imaginário da drogadição: uma análise das campanhas anti-drogas. INTERCOM - Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares de Comunicação. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 25., 2002, Salvador. *Anais eletrônicos...* Salvador, 2002. Disponível em: <<http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/148839893382682353284371261036142475549.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2014.

MOTTA, Roberta Fin; WURDIG, Karolina Kuhn. Representações midiáticas da internação compulsória de usuários de drogas. *Temas em psicologia*, Ribeirão Preto, v. 22, n. 2, p. 433-444, dez. 2014.

NOVAES, Priscila Simara. O tratamento da dependência química e o ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Latino-americana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 342-356, jun. 2014.

PERRENOUD, Luciane Ogata; RIBEIRO, Marcelo. Etiologia dos transtornos relacionados ao uso de substâncias psicoativas. In: DIEHL, Alessandra et al. *Dependência química: prevenção, tratamento e políticas públicas*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A eficácia jurídica na defesa do consumidor: o poder do jogo na publicidade - um estudo de caso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

POIARES, Carlos Alberto. Contribuição para uma análise histórica da droga. *Revista Toxicodependências*, v. 5, n. 1, p. 3-11, 1999.

PRATTA, Elisângela Maria Machado; SANTOS, Manoel Antônio dos. O processo saúde-doença e a dependência química: interfaces e evolução. *Psicologia: teoria e pesquisa*, v. 25, n. 2, p. 203-211, abr./jun. 2009.

SANCHEZ, Zila van der Meer et al. O papel da informação como medida preventiva ao uso de drogas entre jovens em situação de risco. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 3, p. 699-708, 2010.

## RESUMEN

El concepto de dignidad humana entró recientemente en el Derecho de la Unión gracias en particular a la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (“Carta”). Al mismo tiempo y en paralelo fue usada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tanto para orientar algunas políticas públicas de los Estados miembros como para regular algunas libertades y derechos económicos de la Unión Europea. Nuestro estudio pretende mostrar cómo el concepto de dignidad humana adquirió en esta doble dinámica (“Carta” y TJUE) no tanto (o sólo) una mayor relevancia moral sino una mejor operatividad jurídica y política.

Palabras-Claves: Dignidad humana. Derecho de la Unión. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

## 1 INTRODUCCIÓN

En este estudio, proponemos realizar una primera aproximación entre la noción de dignidad humana y el derecho de la Unión. Por un lado, este esfuerzo podría sorprender por la falta de originalidad (aparente) en la medida que la noción de dignidad humana aparece como un concepto ampliamente discutido y controvertido (ANSUÁTEGUI, 2011, p. 11 y ss.; GARZÓN VALDÉS, 2011, p. 37). Por otro lado, existen varios estudios de la doctrina sobre la dignidad humana y el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* de 1950 (a continuación como “Convenio”), teniendo en cuenta sus protocolos adicionales y otras decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos (MAURER, 1999; GREWE, 2014). Sin embargo, conviene recordar que el “Convenio” (junto con sus instituciones) son anteriores y diferentes del derecho de la Unión, y debemos por lo tanto volver a distinguir aquellos dos regímenes jurídicos y políticos. El “Convenio” se interesa particularmente a los derechos humanos, mientras que el derecho de la Unión se refiere al proceso de regulación y armonización de la Unión Europea, a través de sus instituciones específicas. Pensar la dignidad humana en el Derecho de la Unión es por tanto un tema nuevo que necesita desarrollos más profundos y no hace el objeto en la actualidad de desarrollos suficientes.

Teniendo en cuenta este panorama general, pretendemos partir principalmente de la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, que debido a sus referencias a la dignidad humana, introdujo dicha noción en el mismo derecho de la Unión. En una primera parte, veremos como este valor fue consagrado como un valor fundante del orden jurídico europeo tanto en la “Carta” como en el Tratado de Lisboa que regula actualmente las instituciones europeas. Este planteamiento nos permitirá abordar brevemente de qué maneras este valor fue construido histórica y filosóficamente dentro de un supuesto “patrimonio cultural europeo”. En una segunda parte, veremos de qué manera el concepto de dignidad humana fue establecido jurídicamente y

---

\* Pos-doctor por la University of Chicago; Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III, de Madrid, España; Profesor de Derecho, con énfasis en Derechos Humanos, Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III, de Madrid; Avenida de la Universidad, 30, 28911, Leganés, Madrid, España; antonio.pele.rj@gmail.com

articulado con otros derechos específicos en el corpus mismo de la “Carta”. Por fin, en una tercera y última parte estudiaremos algunas sentencias del Tribunal Europeo de la Unión Europea, donde el juez recurre al concepto de dignidad humana para, junto con otros elementos, motivar su decisión.

## 2 EL IDEAL DE DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR FUNDANTE

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE) fue adoptada en 2000 y constituyó durante un tiempo el Capítulo II del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* de 2004. En la medida que el proyecto de Constitución para Europa fue abandonado (rechazado por los referéndums de Francia y de los Países-Bajos de 2005), la “Carta” adquirió un valor vinculante solamente algunos años después con el Tratado de Lisboa de 2007 (en vigor desde 2009) y “consolidado” en 2012. Así, el artículo 6 (1) del Tratado de Lisboa (2007) dispone que:

[...] la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

También, conviene subrayar que la “Carta” se impone a los Estados miembros de la UE solamente cuando aquellos aplican y desarrollan el derecho de la Unión. La alusión a la dignidad humana está ya presente en el preámbulo de la “Carta”, en donde se afirma:

Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes. Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la *dignidad humana*, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación. (CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, 2000).

También, y de forma paralela y complementaria, el preámbulo del Tratado de Lisboa hace referencia a una “[...] herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho.” (Tratado de Lisboa de La Unión Europea, 2007). Este mismo texto inserta un artículo 1 bis) que hace una referencia explícita al valor que nos interesa:

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la *dignidad humana*, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. (TRATADO DE LISBOA DE LA UNIÓN EUROPEA, 2007).

La dignidad humana aparece por tanto como un “valor común” fundamental a partir del cual se estructurarían ideal y políticamente los Estados miembros de la UE. Junto con los demás

valores y principios, su respeto representaría una señal de identidad de la herencia cultural europea, aunque este mismo continente haya sido también marcado por una tradición de exclusiones y violencias (BRAUDEL, 1987, p. 177-204). El objetivo fundamental de la Unión consiste en la convivencia pacífica entre los países europeos y, teniendo en cuenta “la diversidad de cultura y tradiciones de los pueblos de Europa”, la “unidad en la diversidad”, la Unión tiene como objetivo garantizar este “porvenir pacífico” y el bienestar de los europeos, defendiendo y fomentando valores y principios comunes. La expresión “patrimonio espiritual y moral” (preámbulo de la “Carta”), reformula con términos más generales la idea de “herencia religiosa y humanista” de Europa (preámbulo del Tratado de Lisboa). De este patrimonio, marca de una supuesta identidad cultural y política europea, derivarían unos valores “indivisibles y universales”, que serían la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad. El hecho de contemplar unos valores fundantes (entre los cuales la dignidad humana) que derivarían de un supuesto patrimonio moral y que necesitarían ser plasmados jurídicamente, parece dar la razón a Habermas cuando estudió recientemente el concepto de dignidad humana. En efecto, - y entre las varias características y funciones que atribuye a este valor- subraya la de ser un concepto “híbrido” entre la moral y el derecho, extrayendo más precisamente del ámbito moral dos dimensiones, que importaría para la esfera jurídica, y que son la “igualdad” y la “universalidad” (HABERMAS, 2010, p. 469). Con otras palabras, la dignidad humana realizaría un puente entre la moral y el derecho, articulando y desarrollando, ideas de igualdad y universalidad de los derechos. Por su parte, y volviendo al campo jurídico europeo, la Democracia y el Estado de Derecho, serían dos principios jurídicos y políticos, resultados también de este patrimonio, y que permitirían defender y desarrollar aquellos valores. Además, se insiste en que la Unión considera al ser humano como el “centro de su actuación” con lo que reitera, de manera implícita, la idea de dignidad humana.

Al final del preámbulo de la “Carta”, se considera que el fomento y la protección de esos valores comunes justifican la elaboración del presente texto, cuyo objetivo consiste también en defender más eficazmente los derechos fundamentales, teniendo en cuenta la evolución de la sociedad, el progreso social y los avances científicos y tecnológicos. El mismo preámbulo concluye recordando que la presente Carta reafirma los derechos definidos en otros textos internacionales y europeos (en particular el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*), y desarrollados por las otras jurisdicciones europeas. El Tratado de Lisboa (art. 62) considera igualmente que la Unión adherirá a este Convenio, que como indicábamos más arriba, no forma(ba) del derecho de la Unión. El final del preámbulo de la “Carta” se fecha, señalando que el disfrute de esos derechos fundamentales conlleva igualmente unos deberes en relación con los demás, con la comunidad humana en general e incluso con las generaciones futuras, abriendo por tanto los derechos fundamentales “clásicos” de la primera (derechos civiles y políticos) y segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales) a los derechos de la llamada “tercera generación” (derecho al medio ambiente, derecho a la paz, derecho de las futuras generaciones, etc.). En este sentido, se contempla al ser humano en su pertenencia presente y futura a la familia humana.

Aunque no se trate del objetivo principal de nuestro trabajo, conviene volver sobre esta aseveración según la cual, la idea de dignidad humana formaría parte de un supuesto patrimonio espiritual y humanista de la cultura europea. Peter Sloterdijk indica por ejemplo que “[...] el derecho de Europa, es su grande declaración sobre el ser humano” (SLOTERDIJK, 1994, p. 89-91) y Morin

(1990, p. 152) considera que la cultura humanista europea desarrolló una “racionalidad crítica” que reconoció la “[...] plenitud de la cualidad de hombre a todo humano, sean cuales sean su raza, su continente, su cultura.” Si volvemos a la historia, podemos en efecto identificar una herencia humanista europea, donde se estructuraron unas premisas importantes a la idea moderna de dignidad humana. Basta recordar por ejemplo pensadores como Giovanni Pico della Mirandola, Lorenzo Valla, y Giannazzo Mannetti que, durante el Renacimiento, escribieron tratados sobre la llamada *dignitas hominis* (PELE, 2012). Algunos precedentes pueden encontrarse en la Edad Media e incluso en la época clásica (PELE, 2009 y 2010), pero será a partir de la modernidad que el concepto de dignidad humana empezará a obtener en el ámbito moral sus dimensiones más relevantes, a partir de una concepción del ser humano como un ser “centrado” y “centro” del mundo (PECES-BARBA, 2004). Es posible indicar que el ideal de dignidad humana ha estado presente en la cultura europea y que esto ha provocado que exista una manera de entenderla que se proyecta en una forma de concebir a los derechos. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea parece cristalizar simbólicamente y jurídicamente esta *supuesta* tradición.

Desde el punto de vista de la filosofía del derecho y la historia del pensamiento, lo relevante para nosotros consiste en subrayar que los conceptos anteriores de “dignidad” no justificaban derechos, mas exclusivamente deberes (morales y sociales) en relación con la sociedad, su rango, e incluso en relación consigo mismo (SENSEN, 2011, p. 75). Es solamente a partir del siglo XX (con por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y algunos precedentes) que la dignidad humana irá transformarse en un principio fundamentando y justificando unos derechos iguales e universales. La “Carta” que estudiamos forma parte de este movimiento jurídico y político que transformó la dignidad humana: de un principio filosófico, moral y a veces espiritual y que generaba solamente deberes, se ha vuelto un principio jurídico, que fundamenta derechos (universales e iguales para todos) y que vertebraba “idealmente” la organización de un Estado de Derecho.

Sin embargo, podemos con Marine Durand por ejemplo subrayar una contradicción (DURAND MERCEREAU, 2011): si la dignidad humana forma parte de este supuesto patrimonio cultural europeo, porque hemos tenido que esperar los años 2000, con en particular la “Carta”, para ver una referencia a este valor y porqué este valor no apareció en los textos y tratados “europeos” fundadores anteriores (ni el tratado de Roma de 1957, ni el tratado de Maastricht de 1992, mencionan la dignidad humana). La explicación principal deriva del hecho de que la Unión Europea fue y sigue siendo una “construcción” de orden económica. Por tanto, la inscripción de la dignidad humana como valor fundamental de la UE, es un fenómeno nuevo que por un lado, vendría simbólicamente “ponderar” el trasfondo exclusivamente económico y supuestamente “liberal” de la UE, pero que, y por otro lado, deriva tanto de la presencia de este valor en el patrimonio social y político de la cultura europea, como de su uso por ciertos operadores jurídicos (jueces, abogados generales, etc.) en este mismo nivel del derecho de la Unión. Con otras palabras, la referencia a la dignidad humana tanto en el tratado de Lisboa como en la “Carta” puede ser visto “idealmente” como el resultado tanto de una herencia cultural europea, como y también de una utilización *previa* de este concepto por ciertos operadores jurídicos en el marco del derecho de la Unión. Seguramente podríamos notar la influencia del Convenio de 1950 en este aspecto, con relaciones indirectas entre ambos ordenamientos que remontan ya hace algunos años (DE SCHUTTER, 1994). No queremos decir por supuesto con esto, que la dignidad humana es y debe orientar la organi-

zación político-jurídica de la UE, sino que su recién reconocimiento jurídico debe ser entendido como un fenómeno importante del cual no podemos ni exagerar ni tampoco reducir el alcance. A continuación, veremos como la “Carta” estructura en su texto mismo la dignidad humana y de qué manera se articula con otros derechos básicos.

### 3 LA DIGNIDAD HUMANA EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El concepto de dignidad humana aparece como el valor básico que pretende desarrollar y defender la “Carta”. El título I, llamado “Dignidad” se dedica a esta cuestión y se divide en cinco artículos. El primero, titulado “dignidad humana”, no consiste en una definición. En efecto afirma lo siguiente: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida.” Este artículo proclama así la inviolabilidad, respeto y protección de la dignidad humana. A diferencia, por ejemplo de la Declaración Universal de Derechos Humanos que insiste en el carácter inherente de la dignidad humana (el preámbulo del texto define por ejemplo la dignidad como “intrínseca”), la “Carta” no parece adoptar una concepción esencialista de esta noción, evitando de buscar un fundamento en una supuesta naturaleza humana. No señala el carácter intrínseco de la dignidad humana y adopta directamente una postura política que consiste en identificar los medios para defender y desarrollar este valor. Se trata de un planteamiento ingenioso que permite eliminar cualquier polémica sobre la fundamentación de este concepto (WALDRON, 2009, p. 211-216). Parte del carácter inviolable de la dignidad humana, es decir, de su invulnerabilidad, para justificar tanto su respeto como su protección. En este sentido, las explicaciones actualizadas de la Carta (2007/C 303/02) relativas al precepto que comentamos, comienzan afirmando: “La dignidad de la persona humana no sólo es en sí un derecho fundamental, sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales.” De esta forma, los derechos fundamentales tienen su fundamento en la dignidad humana y en el desarrollo de una vida humana conforme a ella, esto es, de una vida humana digna. Los derechos parten así de la idea de dignidad y se presentan como instrumentos para el logro de una existencia humana decente.

La inviolabilidad implica, según estas mismas explicaciones de la Carta (2007/C 303/02), que

[...] ninguno de los derechos inscritos en la presente Carta podrá utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas y que la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia de los derechos inscritos en la presente Carta. Por lo tanto, no podrá atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho. (CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, 2010).

Por su parte, el respeto implica que las instituciones de la UE deben actuar sin menoscabar la dignidad, obligación que se extiende a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión. Por último, el artículo se refiere a la protección de la dignidad humana. Ciertamente, en este punto cabe preguntarse por quien es el garante de la dignidad humana, lo que nos traslada al problema de la garantía de los derechos fundamentales en el contexto europeo (aspecto que supera los límites de este estudio). Pero más allá de lo anterior existen disposiciones sobre protección de derechos que se relacionan con la dignidad (sobre todo en materia de no discriminación), sobre políticas de cooperación entre los miembros, sobre política exterior y otras competencias en

materia de desarrollo, de cooperación con terceros países, de aproximación de las legislaciones de países miembros (SOBRINO HEREDIA, 2008).

Los derechos desempeñan en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, dos grandes funciones: la objetiva y la subjetiva. Pues bien, estas son también las dos grandes funciones desempeñadas por la dignidad humana, al estar ésta concebida en la Carta como principio y como derecho. El gran mérito de la “Carta” consiste en haber identificado y desarrollado precisamente cuatro derechos básicos y más cercanos a este valor de dignidad humana. Es esta dimensión la que está desarrollada en los siguientes cuatro artículos incluidos en este título I de la Carta: el derecho a la vida, el derecho a la integridad de la persona, la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado. Estos aparecen como unos derechos básicos que tienen como rasgo común una referencia implícita a la vulnerabilidad y la capacidad de sufrimiento de todo ser humano.

En relación con los dos primeros derechos (vida e integridad), se reconoce, en un primer momento, un principio vinculado a la dignidad humana y luego se tipifica el modo de respetarlo. Así, se reconoce primero el derecho a la vida de toda persona (art. 2) lo que tiene una consecuencia relativa al derecho penal y que consiste en la prohibición de la pena de muerte. Del mismo modo, se reconoce el derecho a la integridad física y psíquica (art. 3), derecho que tiene cuatro consecuencias particulares, pero esta vez en el ámbito científico: respeto del libre consentimiento del paciente, prohibición del eugenismo, indisponibilidad del cuerpo humano para fines económicos, interdicción de la clonación humana. Me gustaría insistir brevemente sobre las explicaciones de la “Carta” en relación con este artículo relativo a la integridad de la persona, en la medida que ilustra, entre otros, tres fuentes políticas y jurídicas que inspiraron este artículo, y las maneras como debemos entender este texto. Primero, se estipula que “el derecho fundamental a la integridad de la persona forma parte del Derecho de la Unión y comprende, en el ámbito de la medicina y de la biología, el consentimiento prestado libremente y con conocimiento de causa por el donante y el receptor”. Esta explicación hace directamente referencia a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 9 de octubre de 2001 (asunto C-377/98, Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo). Segundo, las explicaciones declaran que “[...] los principios que contiene el artículo 3 de la Carta figuran ya en el Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa.” (STE 164 y Protocolo adicional STE 168). La presente Carta no pretende apartarse de dichos principios y, en consecuencia, prohíbe únicamente la clonación reproductiva. Ni autoriza ni prohíbe las demás formas de clonación. Por lo tanto, no impide al legislador prohibir otras formas de clonación. En referencia con el Convenio del Consejo de Europa, que mencionamos más arriba, la “Carta” defiende una postura liberal, con el tema de la clonación, prohibiendo exclusivamente la clonación reproductiva, y dejando la puerta abierta a la clonación “terapéutica” y ello, a pesar de que ambos tipos de clonación sean difíciles de distinguir en la práctica. Por fin, y como tercer punto,

[...] la referencia a las prácticas eugenésicas, en particular a las destinadas a la selección de las personas, se refiere a aquellos casos en que se hubieran organizado y aplicado programas de selección, que incluyesen, por ejemplo, campañas de esterilización, embarazos forzados, matrimonios obligatorios según criterios étnicos, etc., actos todos ellos que se consideran crímenes internacionales con

arreglo al Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998 (véase letra g) del apartado 1 del artículo 7 de dicho Estatuto).

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Consejo de Europa, Corte Penal Internacional, vemos como aquellas explicaciones cruzadas de la “Carta”, contribuyen explícitamente a este diálogo entre instituciones europeas, internacionales, (y nacionales) lo que Delmas-Marty definió de “pluralismo ordenado”, a través, en este caso, de una “coregulación” entre instituciones, es decir, de forma resumida, gracias a un “juego” de referencias cruzadas entre jurisdicciones e instituciones nacionales e internacionales (las otras dos técnicas, participando de este pluralismo, siendo la hibridación y la armonización) (DELMAS-MARTY, 2006, p. 43)

Volviendo al texto de la “Carta”, y en cuanto a los dos últimos derechos, estos prohíben directamente dos prácticas contrarias al respeto de la dignidad humana: primero, la prohibición de la tortura y de los tratos degradantes e inhumanos (art. 4) y, segundo, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la interdicción del trabajo forzado y obligatorio así que la trata de los seres humanos (art. 5). Interesante notar que en junio 2012 el juez italiano aplicó el artículo 4 de la Carta para censurar los procedimientos de las autoridades públicas italianas en materia de asilo (CURIA, 2013, p. 7).

Por otro lado, el valor de la dignidad humana reaparece en ciertos artículos relativos a los otros valores reconocidos por la “Carta” y particularmente en la libertad (Título II), la igualdad (Título III) y la solidaridad (Título IV). En este sentido, y en relación con el valor libertad, se estipula que “[...] nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.” En cuanto al valor igualdad, se reconoce el derecho de las personas mayores a “llevar una vida digna e independiente”. Por fin, en el apartado relativo al valor de solidaridad, aparecen dos referencias explícitas a la dignidad humana. Por un lado, se reconoce el derecho del trabajador a trabajar “en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad”. Por otro, se reconoce el derecho a recibir una ayuda social y una vivienda con el fin de “garantizar una existencia digna”. Podemos constatar un cambio de significado del valor dignidad cuando éste se relaciona con los valores de igualdad y de solidaridad. En efecto, en estos casos no se trata de defender el valor del ser humano en sí, sino de promover unas condiciones sociales y mínimas de una vida humana digna, que permitan dar un sentido pleno a la libertad social, política y jurídica de la persona humana (PECES-BARBA, 1999, p. 231). A continuación, analizaremos algunos ejemplos donde el Juez europeo acudió al concepto de dignidad humana, no tanto para demostrar la relevancia moral de este concepto, sino su operatividad, cuando adquiere un peso *relativo* entre los factores que motivaron el resultado de la sentencia rendida. Con otras palabras, queremos mostrar que la utilización de la dignidad humana por parte del juez europeo puede también ser visto como una técnica permitiendo defender ciertos intereses y ciertas políticas públicas en juego.

#### 4 EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA DIGNIDAD HUMANA: TRES CASOS

Es interesante notar que el concepto de dignidad humana se ha acoplado, a nivel europeo, pero no sólo, con la noción de “orden público” para limitar y sancionar actividades tanto privadas como públicas. Esta función de la dignidad humana, como limitadora de ciertas activida-

des generó ciertas críticas a nivel académico, subrayando la posibilidad de utilizar este concepto para legitimar, por ejemplo, posturas conservadoras (HENNETTE-VAUCHEZ, 2011, p. 43). Se insiste entonces en una contradicción: mientras que la dignidad humana fue reconocida legal, nacional e internacionalmente como el fundamento de los derechos humanos, el juez (nacional o europeo) la utiliza a menudo para limitar el ejercicio de ciertos derechos, imponiendo determinadas obligaciones. El famoso caso del “lanzamiento de enano” en Francia iría en este sentido por ejemplo (Consejo de Estado francés, *décision “Morsang sur Orge”*, 1995). En este asunto, se utilizó en efecto la dignidad humana para limitar el ejercicio de una actividad laboral. Ahora bien, e sin entrar frontalmente en discusión con aquellas propuestas críticas con el concepto de dignidad humana, podemos subrayar dos elementos. Primero elemento: siguiendo y volviendo el análisis histórico-genealógico que ha propuesto Habermas sobre esta cuestión, la dignidad humana es un concepto que, sentado entre la moral y el derecho, realizó (y sigue realizando) lo que él llama de “función mediadora”, entre por un lado, ciertos deberes morales (en relación consigo mismo y con los demás) y, por otro, la consolidación de los derechos subjetivos (HABERMAS, 2010, p. 470 y ss.). Con otras palabras, la indeterminación de este concepto (moral/derecho, deberes/derechos) es intrínseca a su construcción conceptual, pero no consideramos que dicha indeterminación sea suficientemente “grave” para descartar su legitimidad jurídica y política. Segundo elemento: si se utiliza el concepto de dignidad humana para limitar el ejercicio de ciertas actividades, sería tal vez porque éstas pueden amenazar una de las (supuestas) y principales propiedades performativas de la dignidad humana, a saber la consideración del ser humano, como un valor absoluto. No descartamos la posibilidad del uso de la dignidad para fines conservadores (PINKER, 2008), pero rechazamos su opuesto, es decir, la idea según la cual, recurrir a este concepto sería siempre un uso excesivo e injustificado, tapando por ejemplo, una carencia de argumentos jurídicos sólidos por parte de los operadores jurídicos.

A continuación, veremos tres ejemplos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde este concepto aparece como uno de los motivos que permiten resolver el caso. Lo interesante es ver como en el ámbito judicial europeo, e incluso en fechas anteriores a la “Carta”, el juez utilizó el concepto de dignidad humana para, por un lado, limitar y regular ciertas actividades económicas en el seno de la UE, y por otro lado, lo hizo, conectando este valor con otras nociones, como por ejemplo, el mantenimiento del orden público.

En su sentencia del 14 de octubre de 2004, C-36/02, *Omega*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea limitó la libertad de prestación de servicios y la libre circulación de mercancías en base al respeto de la dignidad humana, entendida como componente del orden público. En este caso, una sociedad alemana (*Omega*) pretendía desarrollar una actividad de diversión que consistía en un laserdromo: los jugadores disponían de pistolas infra-rojos y debían acertar a los receptores colocados en los chalecos de otros jugadores. Todo el equipamiento había sido además importado y suministrado por un sociedad inglesa. Las autoridades públicas alemanas prohibieron esta actividad en la medida en que, según sus palabras, “jugar a matar” sería un “riesgo para el orden público, dado que los homicidios simulados y la banalización de la violencia a la que conducen, vulneran los valores fundamentales preponderantes en la opinión pública” alemana. Más precisamente, “jugar a matar” sería una vulneración de la dignidad humana, principio reconocido constitucionalmente por el derecho alemán. El asunto fue elevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y éste consideró que, “[...] proteger la dignidad humana es compatible con el derecho

comunitario y es irrelevante [...] que, en Alemania, el principio de respeto de la dignidad humana goce de un régimen particular como derecho fundamental autónomo.” Importante subrayar que en 2004 el principio de dignidad humana no formaba parte del derecho de la Unión “comunitario” (como es el caso ahora con la “Carta”). Es más, “[...] no es necesario que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido.” Con otras palabras, para restringir la libertad de servicios, se puede acudir a unos motivos de orden público cuya legitimidad no depende de que sea compartida por todos los Estados miembros de la Unión. Cada país tiene su propia conciencia colectiva que influye, en este caso, en su sensibilidad hacia el respeto de la dignidad humana. Se puede sospechar en este caso que el juez alemán, sensible al pasado del Holocausto, consideró que “jugar a matar” consistía en una violación de la dignidad humana. Por tanto, puede existir entre las naciones europeas un patrimonio del cual se ha construido filosófica y espiritualmente una noción de dignidad humana, pero pueden existir discrepancias en cuanto a la practicidad y el alcance de este valor. Mejor aun, aquellas diferencias no son suficientes para no reconocer al concepto de dignidad humana en sí, la legitimidad de ser utilizado para regular y limitar el ejercicio de uno o varios derechos. Con otras palabras, y de forma resumida, la posible y supuesta “vaguedad” conceptual de la dignidad humana, no influye en su operatividad como principio capaz de ponderar intereses y objetivos políticos y jurídicos. Volviendo brevemente a Habermas, este caso *Omega*, parece ilustrar otras dos funciones que él reconoce al concepto de dignidad humana. Primero, hacer referencia a la dignidad humana permite superar algunas diferencias (culturales) y llegar a un consenso político. Todos y todas pueden aceptar la importancia de la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos (y como parte de la herencia cultural europea), las diferencias aparecerán en relación con el *cómo* y el *porqué*. En nuestro caso, la dignidad humana podía ser compatible con el ordenamiento jurídico europeo, y puede representar *hoy* un elemento de su “patrimonio espiritual y humanista”, las diferencias entre naciones (europeas) seguirán existiendo sobre las razones de su relevancia jurídica y sobre las formas de construir y defender este concepto. A pesar de esto, la dignidad humana cumpliría, siguiendo Habermas, esta función de consenso y compromiso entre las partes (HABERMAS, 2010, p. 467). Segundo, y analizando el uso de la dignidad humana por parte del juez, esta noción podría ser contemplada como un “sismógrafo” que registraría los derechos y los valores más importantes para definir los contornos de una sociedad democrática determinada. En efecto, según Habermas, el juez suele recurrir a esta noción en los llamados *hard cases*, porque debido a la carga axiológica de este concepto, le permitiría dar una razón casi absoluta a una de las partes en conflicto (HABERMAS, 2010, p. 469). Volviendo al asunto *Omega*, el concepto de dignidad humana aparece bien como un valor central que el juez alemán usa y carga axiológicamente para regular e incluso prohibir una actividad comercial, actividad que en otros Estados europeos sería totalmente lícita. No obstante, el nudo de la cuestión no se encuentra sólo en el significado y en el alcance de la dignidad humana. Lo relevante consiste en mostrar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea da una cierta operatividad al concepto de dignidad humana porque dejó una amplia “margen de apreciación” al juez nacional alemán para limitar una actividad comercial, de acuerdo con su propia concepción del orden público (acudiendo en este caso a la dignidad humana). Existe en este sentido un reconocimiento de la soberanía

del juez nacional para decidir sobre este asunto particular, dimensión política que se yuxtapone o incluso trasciende el debate sobre el significado moral de la dignidad humana.

Siguiendo en esta dirección, me gustaría resaltar otra sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde el juez *parece* intentar (a diferencia de la anterior sentencia Omega) consolidar y armonizar una misma concepción de la dignidad humana a nivel europeo. En la sentencia *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV* (asunto C-34/10) del 18 de octubre de 2011, considera que la utilización de embriones humanos con fines investigación científica no puede ser patentable, haciendo referencia entre los motivos, pero no exclusivamente, a la idea de dignidad humana. En este caso, y a petición de Greenpeace, el Tribunal federal de patentes de Alemania había declarado la nulidad de una patente del Sr. Brüstle sobre células progenitoras neuronales producidas a partir de células madre embrionarias humanas. El científico recurrió la decisión ante el tribunal supremo alemán que decidió, a su vez, llevar el caso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, preguntando sobre el estatuto de embrión humano, concepto que no está definido en la *Directiva 98/44/CE* relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. El artículo 6.1.c) de esta Directiva se limita en efecto a decir que la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales quedarán excluidas de la patentabilidad. Por un lado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea va realizar sorprendentemente una interpretación amplia de la definición de “embrión” al considerar que todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un “embrión humano” en el sentido y a los efectos de la aplicación de la Directiva (Véase el fundamento 35 de la sentencia). Por otro, señala que el derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas y que aquellos procedimientos cuya aplicación suponga una violación de la dignidad humana deben también quedar excluidos de la patentabilidad. En caso contrario, se vulneraría el orden público y la moralidad (fundamentos 32, 33 y 38). Reafirma en este sentido que:

[...] el Derecho de patentes se ha de ejercer respetando los principios fundamentales que garantizan la dignidad y la integridad de las personas, que es preciso reafirmar el principio según el cual el cuerpo humano, en todos los estadios de su constitución y de su desarrollo, incluidas las células germinales, así como el simple descubrimiento de uno de sus elementos o de uno de sus productos, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen humano, no son patentables; que estos principios concuerdan con los criterios de patentabilidad previstos por el Derecho de patentes, en virtud de los cuales un simple descubrimiento no puede ser objeto de una patente (Considerando 16).

El juez europeo parece utilizar en este sentido el concepto de dignidad humana para impedir cualquier tipo de explotación directa del material biológico derivado de lo humano. Sin embargo, el motivo verdadero consiste en evitar de que se crease “[...] el riesgo de que los autores de determinadas invenciones biotecnológicas se vieran tentados de solicitar una patente en los Estados miembros que tengan la concepción más estricta del concepto de embrión humano [es decir, que no incluya la noción de ovulo, fecundado o no fecundado]” (fundamento 28). Con otras palabras, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quiere blindar el “buen funcionamiento del mercado interior” (fundamento 28) a partir de una definición amplia del embrión humano que recibe por tanto la protección del valor de la dignidad humana. Se trata aquí de punto que queremos descartar: el juez es obviamente sensible a cuestiones bioéticas, pero lo interesante es ver

cómo utiliza el valor de dignidad humana (junto con otros motivos que no detallamos aquí) para fines de regulación científica y económica en el seno de la UE. A diferencia de la sentencia *Omega*, donde el juez europeo daba la razón a un juez nacional para prohibir una actividad comercial en su territorio (nacional), en esta última sentencia, se recurre también a la vulneración de la dignidad humana (junto con otros motivos más técnicos) para esta vez regular (y no prohibir) en el territorio de la UE una actividad comercial de carácter científico. En la sentencia *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV* de 2011, el juez no menciona curiosamente la “Carta” que ya estaba en vigor desde 2009, y que, como vimos, prevé en su artículo 3 la indisponibilidad del cuerpo humano para fines económicos. Lo relevante es constatar que la dignidad humana es usada como un principio que le permite mantener la regulación el mercado europeo de patentes e evitar *freeriders* que hubieran podido aprovecharse de algunas fallas en esta armonización jurídica europea.

Algunos años más tarde, en sus sentencias del 7 de noviembre de 2013 y del 2 de diciembre de 2014 (asuntos acumulados C-148/13 a C-150/1), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se pronunció en relación con el derecho de asilo, si y cómo el estatuto de refugiado podía ser reconocido a personas debido a su orientación sexual. Como recuerda en sus conclusiones Eleanor Sharpston, abogada general, esta petición de decisión prejudicial planteaba una amplia cuestión sobre si el Derecho de la Unión limitaba la actuación de los Estados miembros a la hora de evaluar la solicitud de asilo presentada por un solicitante que teme ser perseguido en su país de origen por razón de su orientación sexual. Dicha cuestión suscitaba en efecto temas difíciles en relación, por un lado, con derechos de los particulares tales como la identidad personal y los derechos fundamentales y, por otro, con la posición de los Estados miembros cuando aplican medidas de armonización mínima, en la recogida y apreciación de pruebas relativas a las solicitudes de asilo. Al abordar estos temas, surgen más cuestiones, según Sharpston:

¿Deben aceptar los Estados miembros la declaración de la orientación sexual de un solicitante? ¿Debe permitir el Derecho de la Unión que las autoridades competentes de los Estados miembros examinen una declaración de orientación sexual y cómo debe desarrollarse tal procedimiento de modo que sea compatible con los derechos fundamentales? ¿Son distintas las solicitudes de asilo basadas en la orientación sexual de las presentadas por otros motivos y deben aplicarse normas especiales cuando los Estados miembros examinen tales solicitudes?” (SHARPSTON, 2014, punto 1).

El Tribunal debía evaluar en particular la posibilidad de considerar y definir las personas homosexuales como un grupo social determinado, de acuerdo y según el amparo de la directiva europea 2004/83/CE que regula estos asuntos y por tanto, obtener la condición de refugiados por las persecuciones que podrían sufrir debido a su orientación sexual. El Tribunal ya se había pronunciado sobre esta directiva, en sentencias anteriores ( por ejemplo: 17 de febrero de 2007, asunto *Elgafaji/Staatssecretaris van Justitie*, C-465/07; 5 septiembre de 2012, asuntos *Alemania/Y. et Z.*, C-71/11 et C -99/11), pero era la primera vez cuando consideró que la “pertenencia a un determinado grupo social” (artículo 21 de la Directiva citada) consistía un motivo de persecución susceptible de reconocer un estatuto de refugiado y estipuló formalmente que las personas homosexuales podían formar este grupo social. En relación con la dignidad humana, el Tribunal menciona este valor tal como es reconocido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, a diferencia de los casos anteriores, contempla este texto como una fuente del derecho

de la Unión (punto 5). Recurre igualmente a la dignidad humana para prohibir métodos de apreciación de las autoridades competentes que podrían menoscabar con la vida privada e íntimas de los demandantes, como exigirles que demostrasen su homosexualidad (puntos 53 y 65). En un sentido parecido, en sus conclusiones, Sharpston, reconoce que si bien la Directiva relativa al asunto no especifique cómo las autoridades competentes pueden establecer y presentar las pruebas que acompañan una solicitud de asilo,

[...] la prueba debe ser recabada respetando los derechos fundamentales de los solicitantes. Métodos degradantes o contrarios a la *dignidad humana*, tales como pruebas pseudomédicas o una evaluación basada en estereotipos, conculcan tanto la Directiva de reconocimiento como la Carta. (SHARPSTON, 2014, punto 55).

El concepto de dignidad humana tal como fue reconocido jurídicamente por la “Carta” aparece así en esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en las conclusiones de la abogada general, pero no constituye en absoluto el principio fundamental a partir del cual se estructura la argumentación jurídica de ambos. Al contrario, es usada con parsimonia y se combina con otras demostraciones legales más sofisticadas del derecho de la Unión. Es este elemento que queríamos subrayar: a diferencia de lo que se piensa (o pensaba), el juez (europeo) no recurre de forma inflacionista a la noción de dignidad humana, ni aparece como un principio que debido a su dimensión axiológica, le permitiría ahorrarse un esfuerzo argumentativo.

## 5 CONCLUSIONES

El concepto de dignidad humana ha integrado de forma original el Derecho de la Unión. Consagrado por la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, ha adquirido en este texto una dimensión jurídica vinculante y más precisa debido al reconocimiento de unos derechos básicos que vendrían proteger específicamente este valor. Al mismo tiempo, con su uso por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la dignidad humana no sólo continuó siendo un valor justificando la protección de los derechos fundamentales, sino que empezó a penetrar simultáneamente el ámbito de las libertades y de los derechos económicos, y as veces contribuir a orientar algunas políticas públicas de los Estados miembros (régimen de asilo como vimos). Estas experiencias del derecho de la Unión, hace aparecer es verdad un concepto de dignidad humana complejo, pero también dinámico y no necesariamente indefinido o diametralmente opuesto a las esferas políticas y económicas. Todo el interés consiste en revelar en este sentido las posibles complementariedades, afinidades y matices entre ambas esferas, con el fin seguir protegiendo con realismo los derechos fundamentales en función de los intereses y retos que están en juego.

### ***HUMAN DIGNITY AND EUROPEAN UNION LAW: FIRST APPROACHES***

#### ***ABSTRACT***

*The concept of human dignity has been recently recognized by the European Union Law thanks to in particular the European Charter of Fundamental rights (“Charter”). At the same time, the Court of Justice of the European Union (“CURIA”) has frequently used this notion in order to regulate certain European Union members’ policies and other economical rights and liberties of the European Union. Our paper aims to show how through this double dynamic (“Charter” and “CURIA”), the idea of human dignity has been embedded not (only) with greater moral significance, but better political and judicial operability.*  
*Keywords: Human dignity. European Union Law. Court of Justice of the European Union.*

## REFERENCIAS

- ANSUÁTEGUI, Javier. Derechos Fundamentales y dignidad humana. *Papeles el Tiempo de los Derechos*, Universidad Carlos III de Madrid, IDHBC, n. 10, 2011.
- BRAUDEL, Fernand. *L'Europe*. Paris: Ed. Arts et Métiers Graphiques, 1987.
- CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 2000. Disponible en: <<http://bit.ly/CARTADFUE>>. Acceso en: 22 fev. 2015.
- CONCLUSIONES de la abogada general Sra. Eleanor SHARPSTON presentadas el 17 de julio de 2014. Disponible en: <<http://bit.ly/conclusiones2014>>. Acceso en: 20 mar. 2015.
- CURIA (Direction Générale de la Bibliothèque, Recherche et Documentation), *Reflets*, n. 1, 2013.
- DE SCHUTTER, Olivier. “L’adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l’homme”. *Courrier hebdomadaire du CRISP*, v. 15, n. 1440, p. 1-40, 1994.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit. t. 2. Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006.
- DURAND-MERCEREAU, Marine. *La dignité de la personne humaine en droit de l’Union européenne*. De la genèse aux fonctions du concept, thèse doctorale. Université Paris X - Nanterre, 2011.
- EXPLICACIONES DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. EUR-LEX Access to European Union law. 2007. Disponible en: <<http://bit.ly/ExplicacionesCarta>>. Acceso en: 15 fev. 2015
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Propuestas*. Madrid: Trotta, 2011.
- GREWE, Constance. La dignité humaine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme. *Revue générale du droit*, n. 18323, 2014. Disponible en: <<http://www.revuegeneraledudroit.eu>>. Acceso en: 20 fev. 2015
- HABERMAS, Jürgen. The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. *Metaphilosophy*, v. 41. n. 4, p. 464-480, jul. 2010.
- HENNETTE-VAUCHEZ, Véronique. A human *dignitas*? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence. *I.CON, Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 9, n. 1, p. 32-57, 2011.
- MAURER, Béatrice. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme*. Paris: La documentation française, 1999.
- MORIN, Edgard. *Penser l’Europe*. Paris: Gallimard, Folio Actuel, 1990.
- PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 98/44/CE*. Relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas. 6 jul. 1998. Disponible en: <<http://bit.ly/DirectivaBioTec>>. Acceso en: 15 fev. 2015.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III, BOE, 1999.

PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2004.

PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad humana: sus orígenes en el pensamiento clásico*. Madrid: Dykinson, 2010.

PECES-BARBA, Gregorio. *El discurso de la “dignitas hominis” en el humanismo del Renacimiento*. Madrid: Dykinson, 2012.

PELE, Antonio. Modelos de la dignidad del ser humano en la Edad Media. *Derechos & Libertades*, n. 21, p. 149-185, jun. 2009.

PINKER, Steven. The Stupidity of Dignity. *The New Republic*, May 28, 2008. Disponible en: <<http://bit.ly/DignityPinker>>. Acceso en: 21 fev. 2015.

SENSEN, Oliver. Human dignity in historical perspective: the contemporary and traditional paradigms. *European Journal of Political Theory*, v. 10, n. 1, p. 71-91, 2011.

SLOTEDIJK, Peter. *Si l'Europe s'éveille*. Tradução O. Mannoni. Paris: Mille et Une Nuits, 1994.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel. Artículo 1. Dignidad Humana. In: MANGAS, Martin A. *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Bilbao: Fundación BBVA, 2008.

TRATADO DE LISBOA DE LA UNIÓN EUROPEA. EUR-LEX Access to European Union law. 2007. Disponible en: <<http://bit.ly/LISBOA2007>>. Acceso en: 20 fev. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. InfoCuria - Jurisprudência do Tribunal de Justiça. Sentencia *Omega*, 14 oct. 2004. Disponible en: <<http://bit.ly/OmegaECJ>>. Acceso en: 18 fev 2015.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. InfoCuria - Jurisprudência do Tribunal de Justiça. Sentencia *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*, 18 oct. 2011. Disponible en: <<http://bit.ly/TJUE2011>>. Acceso en: 19 fev. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. InfoCuria -Jurisprudência do Tribunal de Justiça Sentencia *Asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13*, 02 dic. 2014. Disponible en: <<http://bit.ly/TJUEAsilo>>. Acceso en: 29 mar. 2015.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank, *The Tanner Lectures of Human Values*. University of California Berkeley, 2009.

## **Capítulo II**

*Fraternidade, Religiosidade e Igualdade*



# INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA: A FRATERNIDADE COMO DIRETRIZ NA GESTÃO DE CONFLITOS

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira\*  
Deisemara Turatti Langoski\*\*

## RESUMO

As transformações políticas e os novos processos constituintes nos países latino-americanos marcam a importância da soberania popular, com ênfase no pluralismo, na diversidade sociocultural e na emancipação humana. Estes valores, com aporte nas experiências multiculturais e interétnicas dos direitos humanos e da cidadania, possuem o condão de gerar alterações na gestão pública. O constitucionalismo tradicional de modelo liberal-estatista não se sustenta mais na contemporaneidade, em face da necessidade premente de mudanças político-sociais, bem como da caracterização dos novos processos constituintes frente aos anseios emergenciais da população. As transformações constitucionais nos Estados latino-americanos advêm de processos constituintes cuja participação social é efetiva. As alterações ocorridas na América Latina se evidenciaram, na Constituição Brasileira de 1988, na Constituição Colombiana de 1991, na Constituição Venezuelana de 1999 com o constitucionalismo popular e participativo e nas Constituições Equatoriana e Boliviana, de 2008 e 2009. Esses textos representam um constitucionalismo plurinacional comunitário, fruto de reivindicações sociais e interculturais e práticas de pluralismo igualitário. O presente estudo pretende fazer uma reflexão sob a perspectiva contemporânea da integração de processos constituintes latino-americanos e o fundamento que sustenta e diferencia as Constituições analisadas, alicerçado nos estudos e teorias da fraternidade, a fim de averiguar a probabilidade do aperfeiçoamento de mecanismos para a humanização do direito e a gestão dos conflitos jurídicos, de forma horizontal, como condição para a interlocução entre os povos latino-americanos. Palavras-chave: Integração latino-americana. Pluralismo. Gestão de conflitos. Humanização do Direito. Fraternidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Em razão das mudanças políticas e dos novos processos constituintes com suas caracterizações nos países da América Latina, propõe-se, com fundamentação nos estudos e teorias da fraternidade voltados para a gestão pública, verificar sob o olhar humanizado do direito, a possibilidade de aperfeiçoar mecanismos que promovam a horizontalização na gestão dos conflitos jurídicos, como condição para o desenvolvimento e integração dos povos latino-americanos.

As experiências em processos constituintes de alguns países da América Latina caracterizam-se como produto de reivindicações sociais, com destaque ao pluralismo jurídico, componente que

---

\* Pós-doutora em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Málaga (Espanha); Doutora em Direitos Sociais pela Universidade do México; Professora Titular do Departamento de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina; Professora Permanente nos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Santa Catarina; Campus Reitor David Ferreira Lima, s/n, Trindade, 88040-900, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil; olga.oliveira@ufsc.br

\*\* Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná; Doutoranda em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina; Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa “Direito e Fraternidade” do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina; Advogada do Centro de Referência em Direitos Humanos Marcelino Chiarello; deiselangoski@gmail.com

reconhece a importância das diferenças, da autonomia e da emancipação da pessoa nas relações. Estes valores encontram-se ancorados nos ensaios multiculturais e interétnicos dos direitos humanos e da cidadania, que têm o condão de promover mudanças em políticas públicas de acesso à justiça.

O trabalho divide-se em três partes, distribuídos desta forma: inicialmente, analisam-se os fundamentos constitucionais de países latino-americanos, cuja dimensão dos princípios se coaduna com elementos da fraternidade; em sequência, abordam-se, em específico, os estudos da fraternidade, seus embasamentos e a conexão com a ideia de um direito com diretriz humana e equitativa; por fim, sopesam-se os distintos ideais de países latino-americanos, que se destacam na valorização da diversidade social e cultural com a integração dos povos e que favorecem o pluralismo jurídico, como condição de transformação no que diz respeito à gestão dos conflitos, a partir da inserção de elementos da fraternidade.

Com o intuito de alcançar o objetivo proposto, a pesquisa utilizará o método de abordagem indutivo, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

A pesquisa pretende fornecer uma reflexão sobre as perspectivas contemporâneas da integração latino-americana, haja vista que a fraternidade produz uma verdadeira e sólida mutação relacional, pois incide em novas maneiras de agir e pensar, que devem ser adotadas frente à gestão pública para o adequado desenvolvimento e transformação da realidade sociocultural dos povos.

## 2 A INSERÇÃO DA FRATERNIDADE NAS CONSTITUIÇÕES DA AMÉRICA LATINA

Neste componente apresenta-se a compreensão da fraternidade situada no aspecto político-jurídico e ético contemporaneamente. Em seguida, destacam-se as características nas constitucionais de países latino-americanos, tais como, Brasil, Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador, cuja dimensão dos princípios e diretrizes se coaduna com a teoria da fraternidade.

### 2.1 A CONCEPÇÃO DE FRATERNIDADE

Para a compreensão da fraternidade, o marco histórico válido a ser levado em consideração são os ideais iluministas e a Revolução Francesa de 1789, eis que no transcorrer da história, estas ideias foram inscritas em numerosas constituições, inclusive no continente americano. O Iluminismo ou “[...] fenômeno do Esclarecimento é apresentado como um sistema de valores que deu origem ao mundo moderno, para o bem e para o mal, estando na base das grandes transformações políticas, econômicas e sociais a partir do século XVIII.” (ELIAS, 2014, p. 17).

As ideias circulavam rapidamente pela Europa e em 1789, ano da Revolução, Kant se entusiasmou pelo movimento, pois para ele esta agitação da população significava o progresso moral da humanidade. Esclarece Kawauche (2014, p. 30) que: “Muito antes do *Liberté, Egalité, Fraternité* - um lema a serviço da retórica política do momento - os filósofos iluministas se dedicavam a complexas discussões para dar novos sentidos à humanidade em suas relações sociais.”

Na Revolução Francesa, o emblema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” representou a renúncia ao antigo regime e a rejeição à tradição cristã que dominava a época. Com a Revolução, o lema vinculava a fraternidade com a liberdade e a igualdade, sendo que incumbia à fraternidade a função de direção, quer dizer, por meio da sua força unia e tinha a obrigação de efetivar a liberdade política e a igualdade dos cidadãos (SÁ, 2008, p. 34).

A partir de 1789, a liberdade e a igualdade tornaram-se categorias políticas, inclusive estando de forma expressa em textos constitucionais, sendo que o mesmo destino não teve a fraternidade. Vale lembrar que, previamente ao ano revolucionário, já se praticava largamente a fraternidade, mas era uma ideia ligada ao cristianismo.<sup>1</sup>

O conceito de fraternidade apresentado pela Revolução Francesa estabelece um referencial histórico significativo, pois durante o seu desenvolvimento e pela primeira vez na modernidade foi interpretada como sendo um princípio que deve reger as relações humanas. Este valor, culturalmente radicado na tradição ocidental, por conta da vida cristã, passa, além de categoria religiosa, a ocupar um espaço destacado na teoria, na política e no direito. Para ilustrar, sob o ideário da fraternidade, setores da sociedade se agregaram, desenvolveu-se a concepção de sufrágio universal, ampliou-se a noção de povo, expandiu o conceito de cidadania e apoiou o progresso de democratização (BAGGIO, 2008, p. 31-32).

Hodiernamente, o ressurgimento da fraternidade vem possibilitar uma mudança de paradigmas, com vistas a nortear as relações humanas e sociais. A fraternidade produz a ideia de inclusão e pertencimento, considera os direitos fundamentais e sua acessibilidade universal, compreendendo a natureza e as formas de vida (RESTA, 2004, p. 135).

A fraternidade, a igualdade e a liberdade compõem realidades indispensáveis do ser humano e necessitam dia a dia ser conquistadas, “[...] porque esses homens que são irmãos, livres e iguais, vivem na história e re-criam e re-moldam continuamente as próprias condições de sua existência.” (BAGGIO, 2009b, p. 128).

Como elementos da fraternidade encontram-se: a humanidade, no sentido máximo da dignidade humana; a tolerância; o respeito às diferenças sociais e culturais; o diálogo; a construção de uma nova relacionalidade. A estes, acrescenta Aquini (2008, p. 137): “[...] uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo ‘uns em relação aos outros’, o que implica também a dimensão da reciprocidade.”

A dimensão da fraternidade requer o olhar diferenciado em relação ao outro. Nesta direção, Chopra e Mlodinow (2012, p. 186) enfatizam: “Nossas esperanças para um futuro melhor passam pelo desenvolvimento de valores que estimulem o cuidado de uns com os outros, fomentando o conhecimento e o aprendizado [...]”

Reforçando esta ideia, Andrade (2010, p. 95) afirma: “[...] é por meio da fraternidade que o homem termina por conquistar sua liberdade e compreende, afinal, sua igualdade em relação aos outros homens.” Essa forma em reconhecer o outro como sujeito, reconhecendo a si mesmo, estabelece uma relação de cidadania universal, que se harmoniza com os elementos da fraternidade.

## 2.2 DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS DE PAÍSES LATINO-AMERICANOS

No século XXI, países da América Latina, em especial, Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela são expoentes de uma nova visão do direito constitucional. Aspecto marcante desta trans-

<sup>1</sup> Esclarece Baggio (2009a, p. 10): “Ao longo da história antes de 1789, a fraternidade cristã já fora vivida, praticara hospitalidade, construía hospitais e asilos para os pobres e os idosos, escolas para os meninos pobres”, ou seja, e esta é a questão principal: “[...] antes que a liberdade e a igualdade se afirmassem como princípios e desse início a era dos direitos do cidadão, a fraternidade havia sido vivida no lugar da liberdade e da igualdade, que ainda não tinham ganhado o espaço público.”

formação consiste no protagonismo popular antes e após o processo constituinte, o que o diferencia do constitucionalismo tradicional em que o poder constituído se distancia da participação dos cidadãos.

O constitucionalismo latino-americano almeja (re) fundar as instituições políticas e jurídicas com ideias antagônicas ao modelo liberal-individualista de matriz eurocêntrica, atomizado em singularidades. Esse constitucionalismo tem como contribuição o patrimônio cultural diversificado, as tradições das comunidades, superando o modelo de política exclusivista, o qual se encontra a serviço das elites dominantes e do capital estrangeiro (DALMAU, 2009).

Esse arquétipo pressupõe que a Constituição deve ter como pilar a participação popular, legitimando-a, quer dizer, a proposta da Constituição deve ser elaborada por uma Assembleia Constituinte eleita com a tarefa de receber propostas, manifestar-se e regular as funções do Estado: “[...] a melhor distribuição da riqueza, a busca por igualdade de oportunidades, a integração das classes marginalizadas.” (DALMAU, 2008).

Bolívia, Colômbia e Equador já incorporaram formalmente o pluralismo jurídico e a interculturalidade dos direitos humanos em suas constituições, ou seja, é participativa na questão econômica e busca a efetividade dos direitos de todos os cidadãos. Preveem instituições paralelas de controle com suporte na participação popular, como no Equador, o “Poder Cidadão” ou “Quinto Poder” que objetiva recompor a distribuição do poder público e fortalecer a organização popular.

A Constituição equatoriana (2008) é de ampla significância para o projeto plurinacional, uma vez que “[...] reconheceu e incorporou no seio político as culturas e comunidades historicamente excluídas”<sup>2</sup> e constituiu os alicerces para a concretização de uma sociedade multicultural e democrática, ou seja, houve a inclusão dos povos indígenas e grupos originários ao projeto constituinte (AFONSO; MAGALHÃES, 2011).

Nesta perspectiva, no Estado plurinacional e intercultural, a diversidade cultural é um dos pontos centrais a serem enfrentados, haja vista que deve envolver, no processo de formação do Estado, atores sociais, políticos, institucionais e técnico-jurídicos, para o efetivo reconhecimento e conquista de espaços nas esferas institucionais e políticas estatais. Neste diapasão, assevera Grijalva (2009, p. 117): “O constitucionalismo plurinacional é ou deve ser um tipo de constitucionalismo novo, baseado em relações interculturais igualitárias que redefinam e reinterpretem os direitos constitucionais, reestruturando a institucionalidade advinda do Estado nacional.” Reforça esta ideia a leitura de Afonso e Magalhães (2011):

A institucionalização de um constitucionalismo plurinacional demanda um engajamento profundamente intercultural. Tal constitucionalismo, para ser apto a romper com as bases uniformizadoras do Estado-nação (em suas várias vertentes), deve ser dialógico, uma vez que demanda uma abertura comunicativa e deliberativa permanente para alcançar o melhor entendimento com o outro, o diferente. Deve ser concretizante, pois se compromete com a busca de soluções específicas e ao mesmo tempo consistentes para situações individuais e complexas; tal fato requer do intérprete constitucional uma abordagem interdisciplinar e intercultural. E, por fim, o constitucionalismo em sua vertente plurinacional não dispensa uma

---

<sup>2</sup> Consta nos artigos 10 e 11 da Constituição do Equador (2008): “Os povos e as pessoas indígenas têm direito a pertencer a uma comunidade ou nação indígena, de conformidade com as tradições e costumes da comunidade ou nação que se trate. Não pode haver nenhuma discriminação [...] ao exercício deste direito.”

postura garantista, porque trabalha diretamente para a construção de sentidos e significados para o rol de direitos fundamentais.

A Constituição da Bolívia (2009) atravessa um processo de mudanças político emancipatórias, no sentido de criar um direito a partir da realidade do povo. O artigo 1º da Constituição define a nova organização territorial, estrutura as formas de economia no aspecto político e elege o ser humano como prioridade, na sua dimensão individual e coletiva. De acordo com Afonso e Magalhães (2011):

Na multicultural sociedade boliviana, os povos originários foram finalmente incorporados no plano político a partir da constituição de 2008. Dos 411 artigos que compõem a Carta Fundamental boliviana, 80 são destinados à questão indígena. A equivalência da justiça indígena à justiça institucionalizada; a garantia de representação dos povos originários no parlamento; a reorganização territorial do país, o que garante autonomia às frações territoriais (departamental, regional, municipal e indígena), cada uma delas podendo organizar suas eleições e administrar os recursos econômicos; e o reconhecimento dos direitos de família e propriedade de cada povo originário, são alguns dos pontos essenciais do novo projeto constitucional.

De acordo com Chivi Vargas (2009, p. 160), a constitucionalização da realidade ocorre nos cenários políticos da seguinte forma: no cenário plurinacional, com a constitucionalização de formas de governo próprias, suas economias, sistemas jurídicos, medicina, educação e cultura originária dos povos indígenas; no cenário comunitário, com a redistribuição da riqueza social do país, visando a construção de uma sociedade igualitária e justa (Bem Viver); a descolonização como fim fundamental do Estado em economia, política e sociedade; por fim, a democracia igualitária, com vista à democracia participativa. A redistribuição da riqueza social entre os indivíduos que fazem parte da sociedade, a descolonização do Estado e da Sociedade, com base em uma democracia igualitária são eixos elementares que formam a Constituição da Bolívia.

A Constituição da Colômbia (1991) inova quanto: a extensão da carta, a rigidez constitucional (art. 337), a estipulação de vínculos orçamentários em matéria de direitos sociais (arts. 336 e 359), a inserção do Ministério Público para a defesa dos direitos fundamentais (art. 227) e instituições de garantias dos direitos políticos (art. 228) (CADEMARTORI, 2012).

Na Constituição Venezuelana (1999) destaca-se a presença da soberania popular. É o que esclarece Viciano e Martinez (2008): “[...] O bom critério dos constituintes venezuelanos de 1999 eliminou o suposto poder constituinte constituído ou poder de reforma constitucional. Portanto, na Venezuela uma reforma constitucional só pode ocorrer se o povo assim o deseje.”

O texto constitucional venezuelano apresenta um conteúdo original no que diz respeito a uma nova divisão de poderes (art. 136), a extensão - típica do novo constitucionalismo - a presença forte da rigidez constitucional (arts. 342 e 350), o estabelecimento de vínculos orçamentários em matéria de direitos sociais (arts. 85, 86 e 103), o controle de constitucionalidade por omissão (arts. 336 e 94), a presença do Ministério Público instituído para a defesa dos direitos fundamentais (art. 280), a Defesa Pública ao lado da acusação pública (art. 253), observando-se as instituições de garantia dos direitos políticos (art. 292) (CADEMARTORI, 2012).

Quanto à Constituição Brasileira (1988), conhecida como Constituição cidadã, incorpora um rol significativo (e não exaustivo) de direitos humanos e introduz novas formas de participação

da sociedade na formulação e gestão de políticas sociais. Opta pelo Estado Democrático de Direito, estabelecendo a inclusão social, por meio da ampliação do rol de direitos e deveres dos cidadãos, que se exprimem em desafios a serem superados diante da complexidade à sua efetivação.

Além disso, a Constituição faz referência ao princípio da igualdade entre homens e mulheres como um valor supremo de uma sociedade fraterna e pluralista, fundada na harmonia social que tem por objetivo a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do “Bem de Todos” sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, introduzindo também o princípio de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade como fundamento da República Federativa do Brasil.

Na sociedade pós-moderna observa-se o prenúncio de uma mudança sociocultural expressiva, eis que as relações transpuseram os limites geográficos. Este é o desafio para o Estado, proporcionar uma abordagem diferenciada das relações, o que torna imperativo a (re)interpretação do constitucionalismo, com evidências para os valores humanidade e fraternidade.

Reconhece-se que as reformas constitucionais ocorridas na América Latina, a partir da década de 80 e 90, introduziram cláusulas de reconhecimento dos direitos dos povos, fator que propiciou movimentos na maioria desses países, introduzindo mudanças que correspondessem às demandas de proteção dos direitos da diversidade social e cultural da população que faz parte do seu território.

Em razão disso, as Constituições latino-americanas da Colômbia, Bolívia, Equador, Venezuela e Brasil introduziram em seus textos constitucionais alterações no que se refere aos aspectos do reconhecimento do caráter pluricultural da Nação e do Estado, tais como a oficialização de idiomas, a educação bilíngue, a proteção do meio ambiente, enfim, o reconhecimento e ampliação dos direitos culturais dos povos, respeitando e ampliando a questão da diversidade.

## 2.3 NOÇÕES SUMÁRIAS DA FRATERNIDADE NAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

O princípio da fraternidade, esquecido após o término da Revolução Francesa, agora reaparece com a intenção de apresentar uma nova relacionalidade baseada no humanismo comunitário, em que o bem-estar de toda a vida existente na terra seja respeitado, do mesmo modo permitindo a cooperação e a convivência entre os homens, para que reine a tolerância, o respeito e a dignidade entre os povos.

O marco na consagração dos direitos humanos aconteceu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consequente da Revolução Francesa, uma vez que os revolucionários de 1789 consideravam-se apóstolos de um novo mundo, documento que passou a ser divulgado para todos os povos em todo o mundo (COMPARATO, 2003, p. 130).

Os resultados mais significativos deste período se consubstanciaram no fortalecimento do constitucionalismo, com a formação da doutrina do poder constituinte. Esta ideia é reforçada pela lição de Oliveira (2011, p. 101):

Portanto, pode-se afirmar que as ideias dos pensadores iluministas, os movimentos revolucionários, as declarações de direitos e posteriormente as Constituições de todas as nações ocidentais contribuíram para o surgimento do constitucionalismo moderno-contemporâneo e dos direitos humanos, em busca incessante da humanidade pela concretização de direitos com base nos princípios da Liberdade, da Igualdade e da Fraternidade, como garantidores da dignidade Humana de todos os povos e nações.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consta em seu artigo 1º: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Consagrou também que os direitos individuais e coletivos dos seres humanos são universais, ou seja, os direitos são considerados válidos e exigíveis a qualquer tempo e lugar, pois advêm da própria natureza do homem.

Contudo, foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, que ocorreu o reconhecimento universal e a responsabilização de todos para a realização dos direitos humanos. Seu artigo 1º dispõe: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns aos outros com espírito de fraternidade”. E, o artigo 29, item um, apresenta que: “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”. Estes dispositivos revelam e apregoam a liberdade, a igualdade e a fraternidade que deve existir entre os homens na humanidade.

Com a afirmação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os processos constituintes dos Estados que subscreveram referido documento, devem incorporar estes tratados à ordem jurídica vigente, para a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Observa-se que, a partir da segunda metade do século XX e início deste século XXI, os direitos humanos estão no cerne dos debates jurídicos e sociais, percebendo-se a probabilidade efetiva na garantia da dignidade da pessoa humana coletivamente.

Afirma Dalmau (2009) que os movimentos de processos constituintes sobrevividos dos países latino-americanos, demonstram o progresso do sistema constitucional, confrontados às constituições europeias, agregando elementos inéditos e que simbolizam as conquistas dos povos da Bolívia, Equador e Venezuela. Diante desta justificativa,

*Trata-se, recolhendo a evolução do constitucionalismo desde a sua aparição, no século 18, e em particular os avanços no constitucionalismo europeu depois da Segunda Guerra Mundial, de avançar em âmbitos nos quais o constitucionalismo europeu ficou paralisado: a democracia participativa, a vigência dos direitos sociais e dos demais direitos, a busca de um novo papel da sociedade no Estado e a integração das minorias até agora marginalizadas. Estamos diante de Constituições que, por um lado, são originais e próprias de cada país, na medida em que tentam solucionar os problemas de cada uma das sociedades onde serão implantadas. Mas, por outro lado, estamos diante de denominadores comuns óbvios, principalmente no campo da participação, da economia de uma vigência efetiva dos direitos para todos. (DALMAU, 2009, grifo nosso).*

A participação do povo, desde a eleição da Assembleia Constituinte até a elaboração de propostas, dá legitimidade ao processo de elaboração da constituição, “Em resumo, uma Constituição que busque o ‘Sumak kamaña’ ou o ‘Sumak kawsay’, como aduzem as Constituições boliviana e equatoriana: o ‘viver bem’ (em quéchua) da população.” (DALMAU, 2009).

Compreende-se que estas noções de “integração das minorias”, “direitos para todos”, “democracia participativa”, “participação”, “bem viver”, são elementos que se coadunam com a teoria da fraternidade e por consequência do humanismo, que consiste na essência dos direitos fundamentais. De tal modo, se o Estado tem por base a preservação destes direitos, não seria diferente para a fraternidade, como preceito reconhecido de forma universal.

A dignidade estabelece relações humanas em que permeia o respeito às diferenças em face da igualdade e da liberdade, favorecendo a participação, a cooperação e a convivência em sociedade, além de situar-se na perspectiva constitucional dos direitos fundamentais.

Vieira e Camargo (2013, p. 124) aduzem que “[...] o texto constitucional não cria uma sociedade fraterna, mas reconhece a fraternidade como uma dimensão ética e valorativa, a ser buscada no solo fértil de um Estado de Direito.”

“Conclui-se que para que a sociedade se mantenha ou progrida no sentido da fraternidade, há a necessidade das garantias dadas pelo Direito, o que revela uma conexão fundamental entre Direito e Fraternidade.” (VIEIRA; CAMARGO, 2013, p. 124). Quer dizer, não é o direito que gera os direitos humanos ou fraternos, compete-lhe unicamente reconhecê-los, para que sua efetiva aplicação atinja os interesses e o cerne de sua concepção.

E o que fica claro é que a essencialidade desse princípio envolve o interesse na construção e manutenção de uma sociedade fraterna, em que Estado e indivíduos estejam voltados para a construção de uma sociedade em [que] pensemos a partir de um *nós* no lugar de um *eu e os outros*. (VIEIRA; CAMARGO, 2013, p. 126, grifo dos autores).

O constitucionalismo latino-americano caracteriza-se com a preocupação primordial da legitimidade popular, a construção democrática e participativa, o envolvimento e comprometimento com as demandas sociais que impulsionaram os novos textos constitucionais e o redimensionamento jurídico em favor das populações historicamente relegadas nas necessidades fundamentais.

Barreneche (2011, p. 6), ao estudar o populismo sob o ponto de vista da fraternidade, afirma que, desde as fases mais antigas até os governos atuais, o Estado mantém a função de ser “[...] como ferramenta de transformação política, social, econômica e cultural.” Por conseguinte, “[...] o caráter socialmente inclusivo do populismo latino-americano, impulsionado a partir do Estado, pôde e agora também pode tornar-se um estreitamento do pluralismo. Pluralismo que é essencial à democracia, [...]” Esclarece a importância do papel da fraternidade, como instrumento para equilibrar a inclusão social, a diversidade, as políticas públicas em face do populismo latino-americano:

É por isso que *a fraternidade, combinando a inclusão social com o respeito pela diversidade como fundamento das políticas públicas, pode servir de critério de balanço* diante do avanço excessivo do Estado populista. E se a inclusão das pessoas menos favorecidas pelo sistema econômico e político se formula com uma lógica vertical a partir das agências estatais populistas *vinculadas ao desenvolvimento e à igualdade social, a horizontalidade de tais programas e práticas que propõe a perspectiva da fraternidade serve para dimensionar equilibradamente essa intervenção*. (BARRENECHE, 2011, p. 6, grifo nosso).

De tal modo, os elementos: “pluralismo”, “inclusão social”, “respeito pela diversidade”, “igualdade social”, “equilíbrio”, “horizontalidade”, são também conhecimentos que fazem parte do grande contexto da teoria da fraternidade.

Os textos constitucionais latino-americanos que estão repletos de expressões, em face da interpretação das noções sumárias da fraternidade, estão em consonância e integradas ao projeto universal de respeito à diversidade social e cultural dos povos.

### 3 A VALORIZAÇÃO DA DIVERSIDADE SOCIAL E CULTURAL LATINO-AMERICANA E SUA CONEXÃO COM A FRATERNIDADE

Neste item, busca-se fazer uma reflexão sobre a diversidade social e cultural, ponto de destaque que tem sido levantado por estudiosos como motivo para a integração entre os povos latino-americanos, em conexão com a fraternidade como ideia de um direito equitativo.

#### 3.1 A QUESTÃO DA DIVERSIDADE SOCIAL E CULTURAL NA AMÉRICA LATINA

A tendência contemporânea consiste na articulação entre culturas e no respeito às diferenças sociais. O Estado constrói-se com base no reconhecimento e se afirma na diversidade de culturas por meio do diálogo, como enfatizam Wolkmer e Fagundes (2011, p. 393):

No processo de refundação plurinacional do Estado, vale ter presente a condição de pluriculturalidade existente, negada e encoberta pelo processo de colonização, forjada no seio dos interesses patrimoniais das elites dirigentes, em que a fundamentação violenta reformulava-se no tempo para seguir hegemônica.

Nesse contexto é essencial o diálogo humanitário e a interculturalidade como os principais instrumentos desse processo. Não pode existir a sobreposição de culturas, mas deve estar presente o empoderamento popular, o pluralismo e o reconhecimento das diversidades culturais e sociais que compõem o espaço político-jurídico do Estado.

O modelo que se propõe, conforme Wolkmer e Fagundes (2011, p. 399), é o pluralismo jurídico do tipo comunitário participativo, direcionado às necessidades emancipatórias dos povos. Elenca como características do pluralismo jurídico:

- a) legitimação de novos sujeitos sociais;
- b) fundamentação na justa satisfação das necessidades humanas;
- c) democratização e descentralização de um espaço público participativo;
- d) defesa pedagógica em favor da ética da alteridade;
- e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória.

Essas características explicam-se a partir da legitimação dos novos atores sociais, da exigência de políticas que atendam às necessidades fundamentais do ser humano, bens materiais e imateriais que auxiliem a sobrevivência, bem como a ética da fraternidade comprometida com a dignidade do outro, com a tolerância, com o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre grupos com base em regras advindas do espírito de indulgência e pela prática da moderação com o respeito às diversidades de instituições sociais.

Desta forma, o pluralismo abre espaço para a produção e aplicação normativa com foco na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poder, advindos da sociedade, que é composta de atores, grupos sociais, coletividade e propõe-se a ser um constitucionalismo pluralista, emancipador e intercultural.

A questão da interculturalidade tem como premissa,

[...] indicar um conjunto de propostas de convivência democrática entre diferentes culturas, buscando a integração entre elas sem anular sua diversidade, ao contrário, fomentando o potencial criativo e vital resultante das relações entre diferentes agentes e seus respectivos contextos. (FLEURI, 2005 apud VASCONCELOS, 2013).

As pessoas estão interagindo mais umas com as outras e, em face desta aproximação, existe a necessidade de ampliar e adequar a forma de comunicação e convivência entre os homens, favorecendo o respeito, a integração, o diálogo e assertividades nas relações. Com o reconhecimento das diversidades socioculturais criam-se espaços para que haja a adaptação e integração na convivência, isto pressupõe a igualdade entre todos, em que a tolerância seja o embasamento das relações humanas e, em que os direitos dos cidadãos sejam redimensionados.

Para Lucas (2009, p. 101), os direitos humanos são considerados “patrimônio comum da humanidade” e esta qualidade é condição para a constituição de um diálogo intercultural e interétnico, em que as diferenças sobrevivam, produzindo o sentimento de pertencimento e de respeito às identidades, para a edificação de propostas de emancipação social.

Na América Latina, pelas características interculturais e multiétnicas dos povos, já existe a preocupação em certos Estados (como visto) de contemplar nas Constituições os direitos às diversidades socioculturais, inserindo no texto expressões culturais dos povos, resta legitimar o reconhecimento das identidades e promover a integração entre as Nações. Neste sentido, esclarece Duprat (2007), quando afirma que “[...] o Estado Nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem esse marco como referência impossível de se afastar.”

Ocorre que a comunidade nacional é formada por grupos com identidades específicas e compete ao direito assegurar-lhes o desenvolvimento e a cultura (línguas, religiões, costumes), bem como fortalecer as instituições e entidades no contexto dos Estados. Deste modo, o art. 4º da Declaração Universal da Diversidade Cultural<sup>3</sup> versa que a defesa desta compete aos Estados Nacionais, como “[...] um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana.”

A Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural faz constar, em seu preâmbulo, que:

[...] a cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças; a cultura se encontra no centro dos debates contemporâneos sobre a identidade, a coesão social e o desenvolvimento de uma cultura fundada no saber; que o respeito à diversidade das culturas, à tolerância, ao diálogo e à cooperação, em um clima de confiança e de entendimento mútuos, estão entre as melhores garantias da paz e da segurança internacional.

A Convenção 169, da OIT, já apresentava um rol de direitos específicos a todos os grupos “[...] cujas condições sociais, econômicas e culturais os distingue (em) de outros setores da coletividade nacional.”<sup>4</sup> De acordo com Duprat (2007), é necessário considerar que:

<sup>3</sup> A Declaração Universal da Unesco sobre a Diversidade Cultural, aprovada por 185 Estados-Membros em 2001, representa o primeiro instrumento de definição de padrão internacional destinado a preservar e promover a diversidade cultural e o diálogo intercultural.

<sup>4</sup> A Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovada em 1989, durante sua 76ª Conferência adotada em Genebra, em 27 de junho de

(1) todo esse acervo jurídico existente pode e deve ser mobilizado para assegurar o exercício pleno e imediato de direitos étnicos e culturais; (2) há que se eleger o instrumento de mais ampla e rápida eficácia e adaptá-lo às especificidades desses direitos; e (3) a aplicação do direito nacional, em demandas que envolvam esses grupos e/ou seus membros, requer leitura que leve em conta as suas diferenças.

Ensina Häberle (2003, p. 56) que a humanidade constitui-se como uma multicultural, possuindo proteção universal e acrescenta: “Vislumbramos uma sociedade mundial multicolorida dos estados culturais, uma política cultural nacional e internacional, com intenções cosmopolitas.”

A fraternidade fomenta uma nova cultura relacional, visando fornecer subsídios para a integração dos povos latino-americanos e tem o condão de formar uma comunidade universal. Esclarece Baggio (2008, p. 53): “A fraternidade é capaz de dar fundamento a ideia de uma comunidade universal, de uma unidade de diferentes, no qual povos vivam em paz entre si, sem o jugo de um tirano, mas no respeito das próprias identidades.”

De acordo com Barreneche (2011, p. 8), “[...] a fraternidade coloca e vê em pé de igualdade todas as nações latino-americanas.” O critério fraternal de igualdade consiste no ponto de equilíbrio e entendimento para poder considerar os avanços nos campos educacionais e culturais para os projetos de integração entre os povos latino-americanos.

A cooperação mútua entre os povos latino-americanos é condição essencial para que todos possam coexistir em harmonia, com liberdade, igualdade e fraternidade, no aprimoramento de uma nova cultura relacional.

#### **4 A GESTÃO DE CONFLITOS PELA E PARA A FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE INTEGRAÇÃO ENTRE OS POVOS LATINO-AMERICANOS**

Neste último item ponderam-se os distintos ideais dos países latino-americanos, a diversidade social e cultural, a integração dos povos favorecida pelo pluralismo jurídico e que consiste em importante categoria a partir dos elementos da fraternidade, como ferramenta para a transformação da gestão dos conflitos.

##### **4.1 A FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE CONFLITOS PARA A INTERLOCUÇÃO ENTRE OS POVOS LATINO-AMERICANOS**

Entre os distintos ideais dos países latino-americanos destacam-se a valorização da diversidade sociocultural para concretizar a integração dos povos; o pluralismo jurídico como representação da soberania popular, a prática humanista voltada para a construção de uma nova relação humana e a forma de gerir os conflitos com a inserção das noções sumárias da fraternidade.

Resgatando os elementos da fraternidade, encontram-se a humanidade, a tolerância, o respeito à diversidade sociocultural, o diálogo, a convivência harmônica, a relacionalidade, a reciprocidade, a cooperação, a participação.

---

1989, durante sua 76ª Conferência, é o instrumento internacional vinculante mais antigo que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais no mundo.

A fraternidade, pois, ressurgiu com a perspectiva das exigências da vida relacional, no sentido máximo de cidadania e dignidade. É o que afirma Bouche de Fer (apud BAGGIO, 2008, p. 31, grifo do autor): “A fraternidade introduziu uma idéia mais ampla de cidadania [...] de caráter universal [...]”

Esta ideia ampliada e atualizada de cidadania condiz com a mudança paradigmática em abordar as relações humanas e a vida em comunidade, reconhecendo e resguardando as diversidades e restabelecendo a comunicação entre as culturas. Nesta direção teoriza Touraine (1998, p. 64-65) que é necessário possibilitar o diálogo entre as culturas, que

[...] cada indivíduo se constitua desde logo como ator e como sujeito, articulando suas práticas e seus valores; e, no que diz respeito a todos, trata-se de estender, de aprofundar e de generalizar [...] a defesa, em situações sociais concretas, do direito de cada indivíduo e de cada coletividade de agir em conformidade com sua própria liberdade e no respeito à liberdade dos outros.

A integração latino-americana acontece em meio a questionamentos sobre o modelo de desenvolvimento capitalista e irrompe barreiras colocadas pelos procedimentos de conservação do status existente. O ambiente da integração é conflituoso, assinalado por respostas às intervenções realizadas pelos organismos internacionais, seja pelos governantes ou pelos movimentos sociais.

Diante desta conjuntura, verificam-se conflitos de norte a sul na América Latina, sendo a diversidade étnica e cultural, a inclusão da gestão social aos processos decisórios e a concretização da ascensão social, evidências que caracterizam a influência e o alcance dos projetos de integração (PINHEIRO, 2014). Citado autor explana, além disso, que,

[...] reconhecer o significado de Estado em sua totalidade e criar formas que dêem vazão à manifestação da sociedade em sua totalidade. Porém acreditar no consenso é negar a própria complexidade da vida, a qual só pode ser suportada num caminho totalmente diferente, com outras bases epistemológicas, do trilhado até então pelo padrão civilizado, tradicionalmente almejado como sinônimo de modernização. (PINHEIRO, 2014).

A representação por atores/sujeitos e organizações sociais, como elementos que estruturam os processos decisórios nesta conjuntura dos processos constituintes latino-americanos, remete a uma quebra paradigmática que reconheça a extensão da realidade social para sua efetiva ressignificação, a fim de servir como meio de interlocução e ajude a consolidação da herança cultural e a história comum.

Asseveram Silva e Fabríz (2013, p. 19) que

A percepção trazida pelo novo constitucionalismo latino-americano poderá se tornar mais um desses modos de ver ou, ao contrário, poderá ser o início de uma retomada aos anseios da revolução francesa - igualdade, liberdade e fraternidade -, mas com uma peculiaridade, ser um recomeço a partir do Sul, a partir de países, sociedades, Estados, e culturas marginalizadas, que passam a mostrar que também podem ser vistos como sujeitos de valor no cenário político.

Para a sensibilização das pessoas às questões humanitárias, é fundamental reforçar o ideal de fraternidade como direção eficaz para a constituição da sociedade que se aspira para a coexistência, ou seja,

[...] *a ideia do outro reconhecido em mim e a conseqüente ideia do dever de respeito à alteridade. Compreender isto torna-se vital para a difusão da corresponsabilidade com o outro e seu destino, fatos estes que estabelecem a “essência do ideal de fraternidade e que, ao final de tudo, deve ser guardada como pressuposto primeiro para que tudo o mais seja possível.”* (CAMARGO BAGGIO, 2010, p. 142, grifo do autor).

A fraternidade coloca em evidência a relacionalidade, em face das novas compreensões dos ideais esboçados pelas ordens constitucionais como direção para as sociedades. Oliveira e Veronese (2011, p. 11) afirmam:

Cada vez mais torna-se evidente que ante os mais variados conflitos que flagela a nossa contemporaneidade, a vivência da fraternidade é a que tornará possível a transformação das estruturas sociais, contribuirá para a formação de uma nova cultura que coloque em relevo a riqueza das relações humanas, de modo que possamos compreender que neste século XXI o grande bem a ser agregado aos demais se trata do bem relacional, o qual pode ser apreendido como um meio capaz de reavivar na humanidade a completude de sua existência.

A dimensão fraternal propicia a emancipação da pessoa e sua capacidade de autogestão, fazendo com que se responsabilize por sua vida, suas decisões e obrigações, bem como com a vida do outro e das relações que estabelece. Destarte, ter atitudes fraternas consiste em estabelecer espaços para convivências compartilhadas, em que se convençione valores da vida, tais como o respeito às diferenças, à identidade cultural e social, à justiça igualitária, à liberdade e igualdade equânimes e à preocupação com o futuro das gerações.

A fraternidade contribui para edificar uma nova relacionalidade, que tem por desígnio basilar a cultura de alteridade, de tolerância, de não violência, de racionalidade, com o fortalecimento dos valores humanitários. “Reconhecer o outro como a mim mesmo significa superar uma dialética puramente negativa da alteridade, para alcançar o reconhecimento comum de pertença, que é parte da nossa condição humana.” (TOSI, 2009, p. 63).

Para Britto (2007, p. 98),

A fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da liberdade, de um lado e, de outro, da igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida.

Nesta concepção, Baggio (2009b, p. 15) afirma que a fraternidade precisa de (re) conhecimento como um princípio universal de caráter político e seu espaço público precisa ser restabelecido nas comunidades, nas instituições, nas relações pessoais e sociais, como ferramenta de gestão de conflitos adequada para a cultura da paz.

Aquini (2008, p. 138-139) enfatiza que:

A fraternidade compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação de Direitos Fundamentais de forma que, não, necessariamente, dependam, todas, da ação da autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional.

A fraternidade consiste em uma “categoria cosmo (política)”, quer dizer, consubstancia-se em um método que indica meios para a cultura relacional em que prevaleça o respeito pelo outro em suas diferenças e limitações. Afirma Baggio (2008, p. 54):

No entanto, a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor. A fraternidade poderia ajudar na realização do projeto da modernidade. Esta última, de fato, não deve ser negada; ao contrário, seu projeto deve ser retomado, adequando-o, porém, à plenitude de conteúdo dos valores que ele proclama.

Significa que a fraternidade traz em seu âmago a concretização do projeto da modernidade, ou seja, efetivar a dignidade e a autonomia racional e moral, resgatar os valores humanos, redimensionar os significados da liberdade e a igualdade como respostas aos conflitos existentes na sociedade contemporânea.

Fatos estes que motivaram comentadores a pensar acerca do direito de forma genérica, com a perspectiva de “[...] analisar como a cultura que desabrocha da forte necessidade de comunhão inerente à pessoa humana pode dar uma contribuição positiva à atividade jurídica e à promoção da justiça.” (OLIVEIRA; VERONESE, 2011, p. 23-24).

Ao tempo em que se deve resgatar integralmente o ideal de fraternidade para a interlocução entre os povos latino-americanos, fazendo das diversidades socioculturais o meio de integração para a coexistência, de forma dinâmica, a concretização dos ideais constitucionais deve superar os conflitos, geri-los por meio das noções sumárias da fraternidade, mantendo o pluralismo jurídico, amparado na busca da construção de uma convivência possível entre os homens.

## 5 CONCLUSÃO

O constitucionalismo latino-americano insere uma nova concepção de espaço público a partir das necessidades das minorias, costumeiramente desconsideradas historicamente dos processos decisórios. Essas constituições são uma quebra de paradigma, rompem com o modelo eurocêntrico de pensar o Direito e o Estado para o continente, seu olhar volta-se para a reconfiguração das instituições, das ideias e dos instrumentos jurídicos em favor das culturas escondidas da sua própria história.

Nas últimas décadas o movimento político-jurídico nos países latino-americanos é considerado transformador, inovador, insurgente, popular e participativo, que introduz e consolida princípios pontuados no pluralismo, na emancipação, na interculturalidade, no bem viver com dignidade e na fraternidade para a integração dos povos.

O constitucionalismo da América Latina é fruto das assembleias constituintes comprometidas com processos de reconfiguração político-social e aponta para o paradigma de Constituição, com força original e vinculante, com participação direta da população.

A sociedade do século XXI, do mundo globalizado, está desafiada a repensar as grandes transformações havidas nos últimos tempos. Há um processo de desenvolvimento social que não atenta às necessidades de reflexão crítica dado ao perplexo envolvimento dos sujeitos à estrutura do mercado de produtos e concepções altamente influenciáveis por uma cultura hegemônica.

Esse contexto está sinalizando para transformações contemporâneas, eis que são desafios que os homens precisam superar para que a sociedade seja mais humanitária: da sua avocação identitária e conhecimento de si, da comunicação no sentido de conviver, do respeito das diversidades sociais e culturais. Requer atitudes dos homens com outros homens e pressupõe a importância da dimensão intercultural dos direitos humanitários a fim de resgatar a condição humana, estabelecer relações harmônicas de convivência com o outro e com a comunidade, acolhendo a diversidade cultural e social dos homens e das comunidades que vivem em seus territórios.

O momento histórico vivenciado pela humanidade, com destaque para a América Latina, desafia a construção de uma nova ordem jurídico política, não necessariamente estatal, quiçá inter ou transconstitucional, dada a perspectiva de intensificação dos movimentos de integração regional, que reconheça a interculturalidade como elemento constitutivo da cena pública onde se explicitam, debatem e instituem direitos, mediante regras de um jogo de democracia real (e não meramente formal) onde liberdade e justiça possam ser valores conciliáveis através da vivência da fraternidade.

Constata-se que o modelo constitucional latino-americano é inovador, pois reconhece o papel dos atores nas lutas sociais, para a conquista de direitos na construção da cidadania e das identidades culturais. Este posicionamento proporciona a interlocução dos direitos humanos, e poderá ser alcançada por intermédio de uma nova postura a ser adotada nas relações sociais através do diálogo intercultural, eliminando as barreiras e diferenças entre os homens e estabelecendo uma nova relacionalidade, que seja emancipatória, cidadã, pluralista e fraterna.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O estado plurinacional da Bolívia e do Equador: matrizes para uma releitura do direito internacional moderno. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 17, p. 266-276, jan./jul. 2011. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Almedina, 2010.

AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria. A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. In: BAGGIO, Antonio Maria. (Org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria. A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009a.

BAGGIO, Antonio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009b.

BARRENECHE, Osvaldo. Fraternidade e populismo na história da América Latina. Ideias, debates, perspectivas. *Revista da faculdade de direito de caruaru/ASCES*, v. 1, n. 43, p. 1-11, 2011. Disponível em: <[http://www.asc.es.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/Barreneche\\_-\\_Final-PORTUGUES.pdf](http://www.asc.es.edu.br/publicacoes/revistadireito/edicoes/2011-1/Barreneche_-_Final-PORTUGUES.pdf)>. Acesso em: 08 ago. 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política I*. Tradução Carmen C. Varriale et al. 11. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998.

BOUDON, Raymond et al. *Dicionário de sociologia*. Tradução António J. Pinto Ribeiro. Lisboa: Publicações Dom Quixote Lisboa, 1990.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. *O novo constitucionalismo latino-americano: desafios da sustentabilidade*. Palestra apresentada no XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Rio de Janeiro: UFF, 2012.

CAMARGO BAGGIO, Moacir. *Da tolerância*. Direito e conflito sob o signo da tolerância: por uma jurisdição constitucional comprometida com a fraternidade. São Paulo: LTR, 2010.

CHIVI VARGAS, Idón Moisés. *Constitucionalismo emancipatorio y desarrollo normativo* (desafíos de La Asamblea Legislativa Plurinacional). Bolívia, 2011.

CHIVI VARGAS, Idón Moisés. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília, DF: Inesp, 2009.

CHOPRA, Deepak; MLODINOW, Leonard. *Ciência x espiritualidade: dois pensadores, duas visões de mundo*. Tradução Cláudio Carina. Rio de Janeiro: Sextante, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. *El nuevo constitucionalismo em América Latina*. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

DALMAU, Rubén Martínez. *Refundar o Estado: o Novo Constitucionalismo Latino-Americano*. São Paulo, 01 mar. 2009. Entrevista concedida à Folha de São Paulo. In: VIEIRA, José Ribas. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/24243799/UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

DALMAU, Rubén Martínez. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. *Tempo Exterior*, n. 17, jul./dic. 2008.

DALMAU, Rubén Martínez. El proyecto de Constitución de Ecuador como último ejemplo del constitucionalismo latinoamericano. *Revista del grupo democracia y desarrollo local Quito-Ecuador*, n. 15, p. 67-71, agosto/sept. 2008.

DUPRAT, Deborah. O Direito sob o marco da pluriethnicidade /multiculturalidade. In: DUPRAT, Deborah (Org.). *Pareceres Jurídicos - Direito dos povos e das comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.

ELIAS, Rodrigo. Essa luz. In: ELIAS, Rodrigo. Dossiê iluminismo: à prova de razão. *Revista de história da biblioteca nacional*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 104, p. 15-21, maio 2014.

GRIJALVA, Agustín. O Estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília, DF: Inesp, 2009.

GURZA LAVALLE, Adrián. Cidadania, igualdade e diferença. *Lua Nova*, São Paulo, v. 59, n. 59, p. 75-94, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade*. Tradução Claudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Landy, 2003.

INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. *Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes da organização internacional do trabalho (OIT)*. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

KAWAUCHE, Thomaz. Nem tão livres, nem tão iguais. In: ELIAS, Rodrigo. Dossiê iluminismo: À prova de razão. *Revista de história da biblioteca nacional*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 104, p. 15-21, maio 2014.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Santo Ângelo, 2011.

LUCAS, Douglas Cesar. Multiculturalismo e o debate entre liberais e comunitaristas: em defesa da interculturalidade dos direitos humanos. *Revista sequência*, Florianópolis, n. 58, p. 101-130, jul. 2009.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry. Introdução. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org.). *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry. O princípio da fraternidade no âmbito das revoluções moderna e contemporânea. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org.). *Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

ONU. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris, 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2014.

PINHEIRO, Bruno. *Interlocução para a complexidade cultural na integração latino-americana*. Mídia social. Disponível em: <<http://midiasocial.rebea.org.br/>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR - Revista internacional de direitos humanos*, São Paulo, n. 1, 2004.

- RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.
- SAES, Décio Azevedo Marques de. *Cidadania e capitalismo: uma crítica à concepção liberal de cidadania*. Instituto de Estudos Avançados - USP, São Paulo, 2000.
- SÁ, Fernando de Almeida. *Senso moral e política: uma história da idéia de fraternidade/humanidade nos liberalismos dos séculos XVIII e XIX*. 2008. 297 p. Tese (Doutorado em História)-Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <[http://www.livrosgratis.com.br/arquivos\\_livros/cp072351.pdf](http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cp072351.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2014.
- SILVA, Heleno Florindo; FABRIZ, Daury César. “O GIGANTE ACORDOU”: Uma análise da democracia à luz do novo Constitucionalismo latino-americano. *Derecho y Cambio Social*, 2013. Disponível em: <[http://www.derechocambiosocial.com/revista035/o\\_gigante\\_acordou\\_novo\\_constitucionalismo.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista035/o_gigante_acordou_novo_constitucionalismo.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2014.
- TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009.
- TOURAINÉ, Alain. *Igualdade e diversidade: o sujeito democrático*. Tradução Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998.
- UNESCO. *Declaração da diversidade cultural*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2014.
- VASCONCELOS, Luciana Machado de. Interculturalidade. In: ALMEIDA, Maria Cândida Ferreira de Almeida. *Mais definições em trânsito*. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/maisdefinicoes/interculturalidade.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2013.
- VICIANO, Roberto; MARTÍNEZ, Ruben. Necesidad y oportunidad en el proyecto venezolano de reforma constitucional (2007). *Revista venezolana de economía y ciencias sociales*, Caracas, v. 14, n. 2, p. 102-132, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.org.ve/pdf/rvecs/v14n2/art07.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2014.
- VIEIRA, Claudia Maria Carvalho do Amaral; CAMARGO, Lucas Amaral Cunha. A construção de uma sociedade fraterna como interesse tutelado pelo direito. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org.). *Direito e fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. *Pensar - Revista de ciências jurídicas*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.
- WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. *Revista sequência*, Florianópolis, n. 53, p. 113-128, dez. 2006.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

# A FRATERNIDADE COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE DO TRANSCONSTITUCIONALISMO: UM OLHAR PÓS-MODERNO

Jaime Leonidas Miranda Alves\*  
Bruno Valverde Chahaira\*\*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo questionar as relações epistemológicas existentes entre conceitos altamente em voga nos estudos de Direito Constitucional. São eles: o direito fraterno, ideal exaltado pela Revolução Francesa e que mais recentemente consubstanciou toda a evolução dos direitos fundamentais coletivos, mas que em determinadas esferas foi olvidado na construção das teorias constitucionais modernas; o transconstitucionalismo que, com o advento da denominada ‘Constituição Transversal’, apontado por parte da abalizada doutrina como uma condição de perpetuação do neoconstitucionalismo, na medida em que este não teve êxito no que concerne a consagração dos direitos fundamentais e, por fim, a pós modernidade. Conquanto direito fraterno e transconstitucionalismo sejam os fenômenos nos quais ocorrem as transformações epistêmicas, a pós-modernidade - ou Estado Constitucional Pós-Moderno - representa o *lócus*, a reinterpretção do próprio Direito como ciência e das relações humanas, vistas sob o prisma da liquidez e solubilidade, o que possibilita a construção de uma análise essencialmente zetética, ao tempo em que não desfilia-se por completo de uma hermenêutica constitucional de caráter axiomático. Por fim, espera-se responder a questão de se tem o direito fraterno o condão de atuar como ponte de transição no transconstitucionalismo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direito fraterno. Estado constitucional pós-moderno. Transconstitucionalismo.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito fraterno representa o entendimento que no mister de consagrarem os postulados de máxima efetividade dos direitos fundamentais, deve-se adotar - no bojo das relações verticais (Estado - indivíduo) e horizontais (indivíduo - indivíduo) - uma conduta balizada por princípios tais como a boa-fé objetiva, a solidariedade e a busca pelo ideal de justiça.

Nesse diapasão, tem-se o transconstitucionalismo como teoria constitucional que busca obter sucesso nos aspectos em que o constitucionalismo não o teve, por meio da construção epistêmica da chamada Constituição Transversal. Segundo seus defensores, Constituição Transversal representa aquela na qual seus dispositivos atuam de forma uniforme em todas as situações da sociedade. Ademais, caracteriza-se, ainda, por, da harmonia de seu texto, irradiarem valores que impedem suas normas de serem descaracterizadas - pelo legislador constituído - ou descumpridas - pelo particular.

---

\* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Rondônia; Técnico judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; Rua José Camacho, 585 - Olaria, 76801-330, Porto Velho, Rondônia, Brasil; jaime\_lmiranda@hotmail.com

\*\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino; Doutorando em Direito Constitucional na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo; Professor (Assistente I) da Universidade Federal de Rondônia; Avenida Presidente Dutra, 2965, Centro, 76801-974, Porto Velho, Rondônia, Brasil; professorbrunodireito@hotmail.com

Fica registrado que são os fenômenos da presente pesquisa o direito fraterno - como tese - e o transconstitucionalismo - antítese, e, nesse diapasão, representa a pós-modernidade, o *lócus*. Vale dizer, o meio em que é possível toda essa digressão epistemológica é o próprio Estado Constitucional Pós-Moderno, fruto da construção da pós-modernidade, que propaga ideais de liquidez e solubilidade nas relações sociais e relativização de dogmas jurídicos antes intocáveis, tudo por meio de uma proposição de virada linguística.

Diante do exposto, resta evidente a necessidade de utilização da interpretação jurídica filosófica inspirada na zetética, conquanto o presente não se limita a analisar os reflexos dos fenômenos - transconstitucionalismo e direito fraterno - mas, questiona-se suas próprias existências e legitimidades como proposição lógicas passíveis de serem aplicadas na sociedade pós-moderno. Ademais, incorpora-se ideais da hermenêutica constitucional, haja vista a necessidade de tecer análise de caráter eminentemente pós-positivista.

A análise se justifica na própria relevância temática, na medida em que todo seu pano de fundo é costurado pela necessidade de consagrar-se, por vez, a máxima efetividade dos direitos fundamentais e, com isso, elevar ao mundo fenomenológico, o postulado da dignidade da pessoa humana, como algo concreto e não puramente um vazio valorativo.

## 2 DIREITO FRATERO: UM NOVO MODO DE PENSAR O DIREITO

A Revolução Francesa<sup>1</sup> foi um movimento burguês pautado por três grandes baluartes: *liberté, égalité et fraternité*. Malgrado as conquistas auferidas pela burguesia no fim do Século XVIII, os três primados da dita revolução tiveram um significado muito mais amplo, no tocante aos direitos e garantias inerentes ao homem.<sup>2</sup>

Desta feita, o constitucionalismo é pacífico em dividir os direitos humanos em dimensões, sendo que as três dimensões clássicas possuem correlação direta com a liberdade, igualdade e fraternidade.

Primeiramente, contudo cumpre fazer uma breve trajetória dos direitos fundamentais como direitos humanos.

Nessa esteira, os direitos de primeira geração se apresentam como “[...] direitos dos indivíduos frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder.”

---

<sup>1</sup> Com a Revolução Francesa, entrou prepotentemente na imaginação dos homens a idéia de um evento político extraordinário que, rompendo a continuidade do curso histórico, assinala o fim último de uma época e o princípio primeiro de outra. Duas datas, muito próximas entre si, podem ser elevadas a símbolos desses dois momentos: 4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios assinala o fim do antigo regime feudal; 26 de agosto, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marca o princípio de uma nova era. Não vale a pena sublinhar, por ser muito evidente, o fato de que uma coisa é o símbolo e a outra é a realidade dos eventos gradativamente examinados por historiadores cada vez mais exigentes. Mas a força do símbolo (...) não desapareceu com o passar dos anos (BOBBIO, 2004, p. 123).

<sup>2</sup> A evolução histórica permite reconhecer duas linhas: por um lado, os direitos fundamentais são entendidos como direitos (humanos) do indivíduo *anteriores ao Estado*: a liberdade a igualdade dos indivíduos são condições legitimadoras da origem do Estado, e os direitos à liberdade e à igualdade vinculam e limitam o exercício do poder do Estado. Por outro lado, “[...] também se entendem como fundamentais os direitos que cabem ao indivíduo não já como ser humano, mas apenas enquanto membro do Estado, direitos que não são anteriores ao Estado, mas que só são *outorgados pelo Estado*.” (PIEROTH; SCHLINK, 2011, p. 46, grito do autor).

(SARLET, 2002, p. 50). Direitos de primeira geração se consubstanciam tipicamente na forma de direito à liberdade.<sup>3</sup>

Afora a classificação de direitos de primeira dimensão como direito à liberdade, Pieroth e Schlink (2011, p. 60) lhes conferem o *status* negativo. Aponta que os direitos de primeira geração são detentores de eficácia negativa, conquanto o pode particular resolver os seus problemas individuais sem a atuação do Estado. São, portanto, direitos de defesa, uma vez que “[...] protegem determinadas liberdades ou bens jurídicos contra as ingerências, restrições, limitações ou violações do Estado.” (PIEROTH; SCHLINK, 2011, p. 60). Com efeito, pode-se exigir que as ingerências, caso tenham ocorrido, sejam eliminadas.

Já os direitos de segunda dimensão correspondem ao ideal de igualdade<sup>4</sup> - em seu sentido material - porquanto necessitam de uma atuação positiva por parte do Poder Público para que se veja materializada sua eficácia. Nesse diapasão, obtempera o Ministro Mendes (2012, p. 55):

O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais.

Coincidem com os direitos de segunda dimensão os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 no capítulo II do título II. São definidos por Silva (2011, p. 286) como parcelas positivas proporcionadas pelo Estado de maneira direta ou indiretamente, “enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Nesse diapasão, retorna-se à teoria defendida por Pieroth e Schlink (2011, p. 61) para quem a segunda dimensão de direitos é caracterizada por seu *status* positivo, visto que “[...] depende de medidas do Estado para a criação e conservação da sua existência livre. Esse estado encontra-se conformado e assegurado nos direitos fundamentais quando e na medida em que sejam direitos de reivindicação, de proteção [...]”

Por fim, chega-se à noção dos direitos fundamentais de terceira dimensão, foco desse estudo, malgrado a doutrina mais avançada já tenha elaborado conceitos de direitos de quarta<sup>5</sup>

<sup>3</sup> “Num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, os chamados direitos de primeira geração.” (BOBBIO, 2004, p. 32). Estes são os direitos individuais e “[...] foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do estado.” (CUNHA JÚNIOR, 2002, p. 617-618).

<sup>4</sup> “En El primer movimiento socialista se reivindicaron derechos de protección y de prestación a favor de los obreros como derechos humanos de los trabajadores, derechos que más tarde se introdujeron en parte em los programas de los partidos socialistas, entre otros em el Programa de Gotha y de Enfurt de la social-democracia alemana. Eran la respuesta a la situación y a La miséria social de los trabajadores que se produjo como consecuencia del proceso de industrialización y por obra del modelo liberal de ordenamiento de la sociedad burguesa. Em el movimiento socialista posterior, sobre todo em la Revolución bolchevique em Rusia, lo sderechos fundamentales sociales como derechos fundamentales de los trabajadores desposeidos se opusieron a los derechos fundamentales burgueses. Materialmente son derechos sociales de participación em los bienes materiales humanos y como tales se contrapusieron se conscientemente a los derechos fundamentales de libertad y a la garantía de la propiedad, que aparecian como derechos fundamentales de la clase burguesa propietária.” (BÖECKENFÖRDE, 1993, p. 72).

<sup>5</sup> Entende parte da doutrina constitucionalista que quarta dimensão de direitos é relativa à bioética, tratando de questões como os limites à intervenção do homem na manipulação da vida e do patrimônio genético do ser humano.

e também quinta<sup>6</sup> dimensão. Os direitos de terceira dimensão são atrelados à *fraternité*, de titularidade de toda a coletividade e, visam resgatar a questão da tridimensionalidade do direito<sup>7</sup>. Segundo Bonavides (2006, p. 569)

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da 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. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Sobre a fraternidade, vale-se da lição de Pozzoli e Monnassa et al. (2012, p. 18) para quem a fraternidade é tida como mecanismo apto à realização da justiça. Nesse aspecto, pontuam que a fraternidade sempre esteve presente na conduta humana, o que possibilitou que, ao longo da história, emergissem da barbaria ao convívio social.

O ideal de fraternidade escapa dos direitos de terceira dimensão, que encerra a noção da tutela coletiva, e passa a se situar no ordenamento jurídico como princípio ou norte interpretativo. Com efeito, observa-se uma construção fraternal em diversos institutos do direito ordinário, tais como a progressão continuada na seara penal e na visão atribuída modernamente à teoria geral dos contratos, na seara civil (DIJOUX, 2012, p. 33).

Quando se fala em fraternidade, portanto, está a se falar no papel dos valores na interpretação do direito positivo. Todavia, o próprio justo fraterno já se consubstanciou na forma de dever ser, como se pode observar da leitura do art. 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece que 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.

Tal afirmação mostra superada a reflexão proposta por Gorla (2008, p. 5) que questiona a relação entre direito e fraternidade. Defende o jurista que só é cabível falar em fraternidade na hipótese em que, de uma virada ontológica, não mais existir direito positivo. Aduz que:

A esse ponto, uma pergunta: o que tem a ver a fraternidade com o direito? Existem ligações, ou se trata de realidades que atuam em campos diferentes? Esta última parece uma convicção bastante difundida: muitos acham que a fraternidade só pode ser espontânea, enquanto seria típica do direito, a co-atividade. Nesse caso, acaba-se afirmando que o direito é tanto mais necessário quanto menos a fraternidade age. E, vice-versa, que uma sociedade impregnada de fraternidade poderia tranquilamente dispersar o direito, [...] Mesmo Marx, previa o desaparecimento do direito na futura sociedade sem classes.

<sup>6</sup> Queremos, todavia, acrescentar um terceiro elemento constitutivo no coração da democracia: a paz, como direito fundamental de quinta geração (BONAVIDES, 2008, p. 90).

<sup>7</sup> Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 58).

Por conseguinte, tem-se a noção de que o direito fraterno se mostra incompatível com a teoria pura de aplicação do direito positivo, sendo verdadeira ideologia enraizada num pensamento tanto jusnaturalista quanto neoconstitucionalista.

Segundo Cunha (2009, p. 81) para que se possa compreender o direito fraterno necessita-se integrar o estudo da Ciência do Direito com as diversas áreas afins, tais como a Sociedade, a Literatura, a Retórica e a conjugação dessas ramificações, com fins a construção de uma hermenêutica não positivista que busque a solução dos conflitos numa sociedade marcada pelo multiculturalismo.

A importância regalada à fraternidade é tanta, que esta recebe tratamento constitucional, como se pode observar da leitura do art. 3º, I, que estabelece como objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como no próprio preâmbulo da Carta Política, conforme se segue:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse jaez, explana Maia (2010, p. 35-36) que o preâmbulo da Constituição Federal retrata com fidelidade o aspecto do Estado democrático de Direito e sua finalidade prima de tutelar os direitos. O trecho supra, com efeito, demonstra com clareza a interação entre as diversas dimensões de direito, tudo inter-relacionado com fins a assegurar o bem-estar à uma sociedade justa e fraterna.

Com efeito, atenta-se ao fato de que a fraternidade traz à tona a figura do mínimo ético de volta ao ordenamento jurídico, funcionando como parâmetro à hermenêutica, objetivando, quiçá, a justiça subjetiva,<sup>8</sup> idealização utópica de Dworkin<sup>9</sup> em seu Estado Ideal; nos ditames de Supiot (2007), atingir-se-ia a função antropológica do Direito.

Por fim, imperioso destacar que o direito fraterno, no modo com que vem sido idealizado por seus defensores, se configura como paradigma responsável por balizar uma “[...] vinculação entre a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito,” (MAIA, 2010, p. 41) visto que se trata de uma relação de conteúdo consciente e fraternal, uma vez que, havendo aproximação entre o Estado e a sociedade, o indivíduo receberá condições adequadas para o seu real desenvolvimento.

<sup>8</sup> A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que tem essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de Tribunais e outras instituições jurídicas do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável (DWORKIN, 2005, p. 7).

<sup>9</sup> Uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica se garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que o assegure no longo termo de sua identidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente (SUPIOT, 2007, p. 46).

Destaca-se, que conquanto o direito fraterno se firma como paradigma a serviço da hermenêutica jurídica, tal possibilita uma nota interpretação do ordenamento jurídico como um todo, possibilitando o diálogo em torno da pós-modernidade e do transconstitucionalismo.

### 3 A SUPERAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO NEOCONSTITUCIONALISMO PELO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Primeiramente, antes de analisar os traços marcantes do transconstitucionalismo, deve-se compreender aquilo que esse movimento jurídico pretende superar: o neoconstitucionalismo.

Desta feita, estuda-se o neoconstitucionalismo sob os três sentidos propostos por Comanducci (2005, p. 82). Para o autor, esse modelo constitucional pressupõe uma teoria do direito na qual, em decorrência de um fenômeno da constitucionalização de direito ordinário, não há que se falar em espaços jurídicos.

Ademais, conforme leciona Rossi (2012, p. 157) explanando Comanducci (2005), essa proposta de novo constitucionalismo pressupõe um ordenamento jurídico no qual os direitos fundamentais são levados ao centro da discussão jurídica e, mais que isso, aproxima-se a uma nova teoria das normas jurídicas, na qual concede-se aos direitos fundamentais natureza principiológica ao passo em que se nega a existência de princípios alienados de força normativa.

O povo paradigma constitucional parte do pressuposto que se deve, novamente, aproximar o direito de moral, e porque daí falar-se em virada linguística ocorrida após a série de atrocidades que marcaram as duas grandes guerras e da superação ontológica do positivismo pelo neoconstitucionalismo.<sup>10</sup>

Nesse sentido, tem-se Barroso (2006, p. 17), para quem “[...] com a reconstitucionalização que sobreveio à 2ª. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado.” Afirma o autor que primeiramente na Alemanha, e seguido pela Itália, com Portugal e Espanha com o maior tardar e o Brasil apenas em 1988, o neoconstitucionalismo reestruturou as arquiteturas dos Estados Modernos ao elevar a premissa de reconhecimento da força normativa da Constituição, tornando hialino seu caráter vinculativo e obrigatório.

Essa nova interpretação do direito constitucional trouxe, assim, o entendimento de que “[...] as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.” (BARROSO, 2006, p. 18).

É certo que o neoconstitucionalismo vem como mister de proporcionar uma leitura moral da Constituição e do próprio fenômeno jurídico e, é nesse diapasão que institui o Estado Constitucional Moderno.

Noutro giro, aponta Habermas (1997, p. 78) para um fenômeno de crise de legitimação do Estado Constitucional Moderno. Tal vem como decorrência do fracasso desse novo constitu-

---

<sup>10</sup> Mas o fato é que esse paradigma científico normativista dá sinais de evidente superação, quer porque opera uma espécie de escamoteamento da ideologia jurídica burguesa, contribuindo assim para o esquema de dominação capitalista, quer porque não consegue dar respostas satisfatórias aos fenômenos jurídicos que se manifestam à margem da norma estatal, quer ainda porque proporciona um conhecimento exclusivamente dogmático e, portanto, incompatível com as investigações e o saber próprio das ciências humanas. (MACHADO, 2009, p. 71)

cionalismo em cumprir com todas as suas promessas, especialmente aquelas relacionadas à tão proclamada 'consagração de direitos fundamentais'.

Nesse cenário, surge o transconstitucionalismo como alternativa de superação - ou mesmo releitura - do neoconstitucionalismo, fenômeno, ao menos em tese, que inova o cenário jurídico ao dialogar com as estruturas da sociedade pós-moderna.

Transconstitucionalismo, insta ressaltar, aqui é compreendido como a teoria segundo a qual se admite a existência de sistemas "[...] hidraconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial." (NEVES, 2009, p. 25).

Nesse espeque é que o transconstitucionalismo passa a ser considerado como uma releitura do neoconstitucionalismo, considerado ultrapassado na medida em que não trouxe a lume as respostas para a questão dos direitos fundamentais, emblema do Estado Constitucional Moderno. Acerca do tema, assevera Cruz (2006, p. 4):

Está se chegando à conclusão que os herdeiros da Era das Luzes são herdeiros apopléticos: as leis se converteram em receitas, o Direito em método e o Estado Constitucional Moderno em meros espaços jurídicos. A grande questão a ser respondida é se isso é suficiente para assegurar o futuro da Democracia? Tem-se que perguntar hoje, como será a Democracia sem soberania nacional. O grande edifício da era moderna perdeu seus alicerces e flutua, livre de todas as amarras, abandonado a si mesmo, como papel carregado pelo vento, como destaca Ferrajoli.

O Transconstitucionalismo refuta a ideia de constituição como "[...] metáfora fora do discurso ou da retórica política em virtude de ser um documento eminentemente político e que não refletia o plano estrutural da sociedade." (DIAS; MELO, 2014, p. 2). Noutro giro, a almejada Constituição Transversal deve conter pressupostos estruturais e clareza conceitual para que, com isso, reste incontroverso seu caráter imperativa e dirigente

Neves (2009) traz ínsita a ideia de que a Constituição Transversal, produto do transconstitucionalismo é documento apto a harmonizar os sentidos jurídicos e políticos do Estado uma vez que apresenta os vínculos estruturais necessários para harmonizar os diversos valores pluriculturais.

Conforme entendimento esboçado por Dias e Melo (2014, p. 3) essa nova leitura do direito constitucional repousa em uma hermenêutica na qual igualdade e democracia apresentam-se complementarmente e limitando uma a outra. Daí porque ser correto pensar na Constituição Transversal como aquela que não "[...] apresenta qualquer hierarquia entre o direito e a política." (DIAS; MELO, 2014, p. 3).

É nesse sentido que Voltolin (2013, p. 25) admite a possibilidade de se analisar múltiplas esferas sistêmicas, desde que conectadas por alguma característica em comum - adiante verificar-se-á a possibilidade do direito fraterno como elemento integrador dessas esferas sistêmicas - formando, por conseguinte, as ditas pontes de transição.

São as pontes de transição que tornam lícito o estabelecimento de um raciocínio transversal, que acople diversas esferas que, ainda que independentes, possuem um ou mais pontos de contato.

Nesse jaez:

[...] Neves discute a existência da Constituição Transversal Supranacional. Para tanto, inicia seu estudo informando que é possível a criação de uma Constituição

fora dos limites do Estado. Ou seja, levando o tema aqui narrado ao caso concreto, o que Marcelo Neves informa é a possibilidade de que uma Constituição seja aplicável de maneira uniforme e eficaz em mais de um Estado Soberano. Com isso, é como se a Constituição Brasileira fosse eficaz tanto no território brasileiro como na Argentina, por exemplo. (DIAS; MELO, 2014, p. 4).

Compreendido os aspectos essenciais acerca do transconstitucionalismo, insta agora verificar, sob a ótica da sociedade pós-moderna se possui o direito fraterno o condão de atuar como ponte de transição, aproximando filosofias políticas semelhantes a fim de possibilitar o respeito e obediência às normas constitucionais, de forma a construir uma verdadeira sociedade internacional cooperativa / comunitária.

#### 4 A PÓS-MODERNIDADE COMO *LÓCUS* E A FRATERNIDADE COMO PONTE DE TRANSIÇÃO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Aqui, pretende-se deixar incontroverso o fato da teoria do transconstitucionalismo receber respaldo no contexto da pós-modernidade. Para tanto, faz-menção à Bittar (2008, p. 131) para quem a expressão ‘pós-modernidade’ representa um contexto sócio-histórico particular, fundado na base de reflexões críticas acerca do esgotamento dos paradigmas instituídos pela modernidade ocidental.

Nesse cotejo, reconhece o autor a dificuldade em mensurar a significação de pós-modernidade. Aduz Bittar (2008, p. 132):

O esfacelamento da modernidade e a percepção desta sensação de passagem tornam os olhos filosóficos da contemporaneidade críticos de todo o imperialismo da racionalidade moderna. Questionar a modernidade significa pensar o que é a modernidade ou, ainda, ao que ela serviu e o que trouxe de resultados para a vidasocial desde sua concepção. No lodaçal do em que a filosofia do pós-guerra se encontrava, a consciência dos destinos da modernidade ainda era muito parcamente entrevista. Aliás, aí está já a raiz de toda a dificuldade: se o termo “modernidade”(modernismo) é, em si, um termo ambíguo, o que dizer do termo “pós-modernidade”(pós-modernismo), que carrega em sua estrutura semântica dupla carga de ambigüidades?

Assim, conforme lição de Bittar (2013, p. 132-133), a pós-modernidade, compreendida como momento de revisão das heranças modernas e como período histórico de transição no qual se discute a crise sistêmica pela qual passou a modernidade, “[...] produz rupturas e introduz novas definições axiológicas, das quais os primeiros benefícios diretos se podem colher para os sistemas jurídicos contemporâneos (a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas).”

No mesmo diapasão, é certo que essa reestruturação de institutos jurídicos clássicos teve como consequência um abalo da ordem jurídica tradicional, no que tange às políticas públicas, a organização do Estado e a eficácia do direito como instrumento de regulamentação social (BITTAR, 2013, p. 133).

Nesse sentido, Cruz (2010, p. 12) aponta os elementos jurídicos *pro futuro* que marcam a pós-modernidade, comungando, de forma expressa, dos ideais dessa nova proposta constitucional.

Desta feita, preleciona o aludido autor que a pós-modernidade tem como característica marcante a superação da segmentação territorial dos ‘estados nacionais’, que marcaram a sociedade moderna.

Noutro giro, Cruz (2010, p. 13) arvora o entendimento de que os pressupostos de legitimação política mundial ainda estão vinculados aos contextos regionais, não havendo, de pronto, perspectiva para consolidação plena do transconstitucionalismo.

Tal ocorre na medida em que os sistemas políticos e jurídicos são organizados por meio de constituições regionais, que limitam sua significação aos limites dos Estados.

Ocorre que “[...] as demandas que se apresentam ao sistema político e ao sistema jurídico na sociedade moderna vão além das fronteiras dos respectivos Estados.” (CRUZ, 2010, p. 13).

Então, parte-se do pressuposto de que a sociedade mundial traz novos desafios, tais como a necessidade de formar uma política mundial. A esse respeito, na medida em que os Estados soberanos são regulados por normas de caráter regional, vê-se impossibilitado, *prima facie*, a consolidação de uma ordem jurídica mundial.

Deve-se, nesse mister, diminuir o poder regulamentar dos Estados e, no afã de traçar um novo paradigma nas relações internacionais, elege-se a fraternidade como ponte de transição.

Assim, conquanto essa virada linguística proposta ao Direito Constitucional tenha como objetivo a construção de uma sociedade mundial e, por conseguinte, o rompimento com o ideal estático de Estado Soberano, o direito fraterno insurge-se como, quiçá, sua condição de possibilidade.

A fraternidade, como ideal constitucional, resvala no obstáculo da soberania, o que implica, necessariamente, à uma limitação ao caráter fraterno numa esfera internacional, sendo certo que “[...] terminava por assinalar um destino entregue ao internacionalismo mais que ao verdadeiro e próprio cosmopolitismo: aquele direito fraterno se proclamava universal mas tinha necessidade de estado e soberania.” (RESTA, 1996, p. 18).

É certo que o fenômeno que se observa deve ultrapassar o conceito clássico de direito fraterno no sentido de alcançar um - utópico - direito fraterno humanista, princípio geral regulador da sociedade mundial.

Não cabe examinar a possibilidade de existência de legitimação do transconstitucionalismo por meio da fraternidade sem mencionar as lições de Häberle. Para o professor alemão, prepondera na atual ordem jurídica mundial a responsabilidade de garantir-se a consagração jurídico-positiva do princípio da fraternidade como condição de possibilidade de proteção dos direitos fundamentais a nível mundial (HÄBERLE, 2003, p. 169).

O pensamento de Häberle é explanado por Silva (2005, p. 6), que informa a necessidade reconhecida do cidadão do hoje trabalhar de forma que as consequências de suas ações sejam compatíveis com uma futura existência humana digna. Ora, resta hialino que a preocupação com os interesses difusos aqui esboçada é manifestação incontroversa do direito fraterno no pensamento de Häberle.

Diante do exposto, observa-se que os ideais do transconstitucionalismo vão ao contrato dos ditames da nova ordem mundial almejada pela sociedade pós-moderna. A maior dificuldade, nesse cenário, é a construção em torno das pontes de transição, haja vista que as fronteiras jurídicas-constitucionais dos Estados soberanos continuam institucionalizadas.

É nesse cenário que surge o direito fraterno, nova interpretação do fenômeno jurídico que, acredita-se, ao impor a todos um dever de solidariedade e de conduta balizada na boa-fé objetiva, coaduna-se na forma de ponto de transição, ou seja, torna-se mecanismo apto a elevar o transconstitucionalismo do plano teórico para a ordem dos fenômenos.

## 5 À GUIA DE CONSIDERAÇÕES

O presente trabalho veio com o objetivo de investigar a possibilidade de um novo paradigma do Direito proposto pelo ideal da fraternidade efetivar os ditames contidos no transconstitucionalismo.

Assim, por meio da utilização do método zetético e da hermenêutica constitucional de viés principiológico, possibilitou-se compreender que o direito fraterno vem com o intuito de garantir a máxima dos direitos fundamentais, na medida em que exige do Estado e do particular uma conduta reta, atuando todos conforme a necessidade de se assegurar a dignidade da pessoa humana.

Ao estudar os aspectos essenciais do transconstitucionalismo, restou clara a proposta de reconfiguração das arquiteturas dos Estados Soberanos, no mister de responder satisfatoriamente aos desafios apresentados pela sociedade pós-moderna. De forma epistêmica, o transconstitucionalismo está para a pós-modernidade tal qual o neoconstitucionalismo esteve para a modernidade.

Nesse cenário, vem a lume a teoria da Constituição Transversal Mundial, teoria de autoria de Neves (2009), que propõe a exist documento apto a regular satisfatoriamente as diversas esferas sistêmicas existentes na sociedade mundial. Mais que isso, o transconstitucionalismo tem como base a busca por harmonia entre o Direito e a Política e, na mesma medida, entre Democracia e Liberdade.

Abalizada doutrina admite a necessidade em encontrar um ponto comum entre os diversos Estados Soberanos para que seja possível a construção de uma sociedade mundial cooperativa. Com efeito, fala-se, por conseguinte, em pontes transversais e, admite-se, que apenas por meio delas, o transconstitucionalismo irá triunfar. É nessa busca por pontes transversais que desponta o direito fraterno, igual preconizado desde a Revolução Francesa, mas que por diversas vezes é olvidado na construção das teorias constitucionais.

Nessa esteira, acredita-se que na mesma medida em que o constitucionalismo liberal foi inspirado no ideal da liberdade burguesa, o constitucionalismo social e após, o neoconstitucionalismo, embeberam da máxima da igualdade material, o transconstitucionalismo encontra na fraternidade a condição de possibilidade para perpetuação de todos os seus postulados, trazendo à epistemologia jurídica um novo paradigma constitucional/supranacional.

### **FRATERNITY AS TRANSCONSTITUCIONALISM'S POSSIBILITY OF CONDITION: A POST-MODERN LOOKS**

#### **ABSTRACT**

*This paper aims to question the epistemological relations between concepts highly in vogue in Constitutional Law's studies. They are: the fraternal law, ideal exalted in the French Revolution that more recently embodied the whole evolution of collective rights, but that in certain areas was forgotten by the time of the construction of modern constitutional theories; transconstitucionalism that, with the advent of so-called 'Transversal Constitution', appointed by qualified doctrine as a condition of perpetuation of neoconstitucionalism, as a consequence of its failure in what regards the consecration of fundamental rights and, finally, the post modernity. While fraternal law and transconstitucionalism are phenomena in which occur the epistemic transformations, postmodernity - or Post-Modern Constitutional State - is the locus, where occurs the reinterpretation of the law itself as a science and human relations, seen from the perspective of liquidity and solubility, which allows the construction of an essentially zetetic analysis, although it also includes a constitutinal hermeneutics with a principiological value. In this sense, it is seek to answer whether fraternal Law is able to act as a transition bridge to transconstitucionalism.*

*Keywords: Fundamental rights. Fraternal law. Post-modern constitutional state. Transconstitucionalism.*

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, jul./set. 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. O Triunfo Tardio do Neoconstitucionalismo no Brasil. *THEMIS - Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 1-431, jul./dez. 2006.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na pós-modernidade. *Revista Seqüência*, n. 57, p. 131-152, dez. 2008.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Democrático*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- BUSTILLOS, Catarina Setúbal R. Políticas Sociais Públicas: O Estado-Providência Francês. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 15, p. 195-212, jun. 2001.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análisismetametéórico. In: CARBONEL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005.
- CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós-Modernidade. **CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 15., 2006, Manaus. Anais... Manaus, 2006.**
- DIAS; Clara Angelica Gonçalves; MELO, Brielly Santana de. O transconstitucionalismo dos direitos sociais. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI/UPFB, 23., 2014, João Pessoa. *Anais... João Pessoa, 2014*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c39795cb0bf6b613>>. Acesso em: 08 mar. 2015.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito. In: CASO, Giovanni et al. *Direito e Fraternidade*: ensaios, prática forense. São Paulo: Cidade Nova: LTR, 2008.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Tradução Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre laticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre laticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaires de Droit Administratif*. Paris: [s.n.], 1926.

HEIDEGGER, Martin. *A essência do fundamento*. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1998.

HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. Tradução José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2001.

JELLINKEK, Georg. *Teoria General Del Estado*. Buenos Aires: Albatroz, 1973.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MACHADO, Antônio Alberto. Ensino jurídico. In: MORAIS JUNIOR, João Nunes. Estado Constitucional de Direito: breves considerações sobre o Estado de Direito. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 2, n. 3, 2007.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano e Desumano I*. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

POZZOLI, Lafayette; HURTADO, André Watanabe. O princípio da fraternidade na prática jurídica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 1, p. 287-324, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pissetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESTA, Ligio. *Poteri e diritti*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1996.

RIPERT, Georges. *La Régre Morale dans les Obrigations Civiles*. Tradução Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.

ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?* Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Estado Constitucional Cooperativo: O futuro do Estado e da interpretação Constitucional sob a ótica da Doutrina de Peter Häberle*. Brasília, DF, v. 7, n. 72, maio 2005.

SILVA, Hécio José da. Moralidade de alguns ou direito para todos? O Direito entre a ciência e as ideologias. In: Herrera, Luiz Henrique Martim; BAIO, Lucas Seixas (Org.). *A nova interpretação do Direito: construção do saber jurídico*. Birigui: Boreal, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: EMF Martins Fontes, 2007.

TELES, Edson. Democracia, segurança pública e coragem para agir na política. In: *Occupy*: movimentos de protesto que tomaram as ruas. Carta Maior: São Paulo, 2013.

VOLTOLIN, Elvis Donizete. Hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos controle de convencionalidade: um comparativo entre o Brasil e a Argentina sob o enfoque do transconstitucionalismo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNICURITIBA, 22., 2013, Curitiba. *Anais...* Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dffa23e3f38973>>. Acesso em: 08 mar. 2015.



# AS PERSPECTIVAS DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE: DE ARISTÓTELES À SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Gabriel Maçalai\*  
Luciano de Almeida Lima\*\*  
Eloísa Nair de Andrade Argerich\*\*\*

## RESUMO

O presente estudo através de uma pesquisa exploratória por meio da busca bibliográfica de subsídios legais e doutrinários e do método de abordagem dedutivo e hermenêutico aborda o princípio da igualdade e suas perspectivas desde o conceito de Aristóteles que percebia na igualdade a necessidade da sociedade em tratar cada desigual com desigualdade com o intuito de construir entre eles a equiparação. Essa perspectiva se torna importante tanto nos debates que deram origem a Revolução Francesa, bem como aos Direitos Humanos. No Brasil perpetuou-se desde a Constituição de 1934, inclusive durante a Ditadura Militar e chegou a Constituição Cidadã de 1988, estabelecendo-se diferenças no tratamento de desiguais para permitir que todos um patamar de igualdade cidadã.

Palavras-chave: Igualdade. Diversidade. Aristóteles.

## 1 INTRODUÇÃO

A perspectiva de Aristóteles sobre a igualdade, migrou pelos séculos e pelas culturas, e tem seus principais conceitos ainda guardados e perseguidos pela sociedade global como todo. Mais do que uma visão filosófica, o princípio da igualdade percebido pelo filósofo em seu caminhar pela ciência, tornou-se elemento essencial dos Estados Democráticos, um Direito Humano e, hoje faz-se presente de forma global as sociedades.

Neste trabalho, estudar-se-á a definição aristotélica de igualdade, e sobre ela um deslinde histórico que culmina na sociedade brasileira atual, demonstrando a aplicabilidade da isonomia no país. Para tal, será analisado elementos tradicionais do estudo da isonomia tais como a igualdade material e formal, sua disposição constitucional e infraconstitucional. O trabalho procura trazer também, elementos que possibilitem ensejar novos debates. Dentre eles, a questão da diferenciação entre igualdade, desigualdade e diferença. O debate do do direito fundamental à diferença, necessário ao viver de todo cidadão.

---

\* Bacharel em Teologia pelo Centro Universitário Cesumar; Graduando dos Cursos de Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e de Filosofia pela Faculdade Entre Rios do Piauí; diac.gabrielmacalai@gmail.com

\*\* Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Fundação Escola do Ministério Público; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera; Mestrando em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul, linha de pesquisa: Direitos Humanos, Direito Internacional e Equidade; luciano\_limaa@hotmail.com

\*\*\* Mestre em Desenvolvimento, Gestão e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Pós-graduado (Especialização) em Administração Escolar e Direito Público Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Professora colaboradora da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Rua do Comércio, 3000, Universitário, 98700-000, Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil; argerich@unijui.edu.br

## 2 ARISTÓTELES E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: CONCEITOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A lição de Aristóteles acerca da igualdade perpassa por diversos outros temas como a justiça, da qual a igualdade é essencial. Compreender que “[...] igualdade e os ideais de justiça somente serão alcançados em sua plenitude se tratarmos os individuais iguais, igualmente, na medida da desigualdade de cada um” (D’OLIVEIRA, 2015, p. 5) é fundamental nessa perspectiva.

Em *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles (2013, p. 99-100), a ideia está expressa:

Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputa e queixas (como quando iguais recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes desiguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”, pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição, também o deve ser com o mérito em um certo sentido.

Neste sentido, tanto para uma justiça distributiva, como social, é preciso, estabelecer a igualdade por meio da equidade. Na justiça distributiva é preciso haver uma escala geométrica de contribuição de cada ser para a divisão recursal e de bens, conforme o mérito de cada indivíduo. Assim, a igualdade seria proporcional a capacidade de cada cidadão. No que tange a justiça cumulativa, as trocas geradas interindividuais só poderiam ocorrer na dimensão exata das necessidades de cada pessoa. Diuturnamente, a justiça social, que realmente importa as Ciências Humanas, estabelece direitos e realidades mutantes e dinâmicas, regidas por normas regularizadores das necessidades sociais, onde a equidade visa humanizar normas e regras jurídicas (BRYCH, 2015). Somando-se estes conceitos é possível perceber que a igualdade, como compreendida por Aristóteles é parte essencial na construção dos conceitos históricos de justiça.

A igualdade nesse sentido deve ser considerada um princípio. O princípio da igualdade ou da isonomia que etimologicamente vem da junção de duas palavras gregas *isos* que significa igual e *nomos* que tem sentido de norma (GOMES DA SILVA, 2015), resistiu ao tempo e as transformações sociais alcançando os dias de hoje.

Aristóteles deu início a essa concepção, na Grécia, na *Polis*, em um ambiente plenamente democrático, onde os cidadãos podiam exercer seus direitos. Ocorre, no entanto, que nem todos os moradores da região eram considerados cidadãos. O conceito de propriedade está intimamente ligado a democracia grega pois quem era proprietário podia participar do mundo político (BARROS, 2015), ademais “[...] somente os cidadãos livres e maiores de 20 anos podiam exercer a cidadania ativa excluindo automaticamente deste conceito os escravos, estrangeiros e as mulheres.” (D’OLIVEIRA, 2015, p. 6).

Passamos da Grécia para Roma onde havia a discriminação na distribuição de cargos entre patrícios e plebeus, afirmando fortemente a escravidão. Apenas com a edição da Lei das XII Tábuas e o Édito de Caracala passou a se ter o entendimento de que as leis não devem instaurar privilégios (D’OLIVEIRA, 2015). De Roma migramos para a era do Cristianismo, onde Paulo escreve na Primeira Epistola aos Coríntios 12:13 (NVI) que “[...] em um só corpo todos nós fomos batizados em um único Espírito: quer judeus, quer gregos, quer escravos, quer livres. E a todos nós foi dado beber de um único Espírito.” Ora, eram iguais todos os cidadãos que vivessem perante Deus (D’OLIVEIRA, 2015).

O princípio da igualdade é percebido também nas revoluções Francesa e Americana e também dos Direitos Humanos. A Revolução Francesa de 1789, que juntamente com a Revolução Americana de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793 formam a base para surgimento do que hoje entendemos por Direitos Humanos, ou seja, aqueles direitos que nascem juntamente com o ser humano e por isso são inerentes a todos (GOMES DA SILVA, 2015).

Neste período, com grande base no Iluminismo, surgem os ideais sociais de igualdade, fraternidade e liberdade. Neste caso, igualdade fala de “[...] inexistência de desvios ou incongruências sob determinado ponto de vista” (D’OLIVEIRA, 2015, p. 7), na política diz respeito a ausência de diferenças entre direitos e deveres entre os membros da sociedade (D’OLIVEIRA, 2015). Juridicamente entende que “[...] uma norma que impõe tratar todos da mesma maneira os que estejam na mesma situação de igualdade e desigualmente os que se encontrem em situações diferentes.” (D’OLIVEIRA, 2015, p. 7).

Fraternidade carrega consigo a ideologia de irmandade, fortalecendo ainda o conceito de igualdade, no sentido de que entre irmãos não há possibilidade discriminação, por serem descendentes e semelhantes, ou melhor, iguais. Liberdade, portanto, é relação a dignidade de direitos (D’OLIVEIRA, 2015).

Assim, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu primeiro artigo sintetiza o que já pontuava a história, *in verbis*, “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” Ou seja, são direitos básicos de todo ser humano a liberdade e a igualdade (D’OLIVEIRA, 2015).

Mister então que se faz preciso ainda falar da Constituição Alemã de Weimar de 1919. Nela São firmados os pressupostos da igualdade material e formal, apontando que a igualdade formal em uma sociedade heterogenia na verdade e transforma em ditadura daqueles que possuem o *status* de estar em uma classe dominante (D’OLIVEIRA, 2015).

### 3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO BRASIL

Antes de adentrarmos no princípio da igualdade no solo brasileiro estabeleceremos duas diferenciações que deverão nortear o estudo como um todo. Trata-se da distinção entre igualdade formal e material. A primeira diz respeito ao fato de a lei tratar todos com isonomia, sem distinção, não estabelecendo privilégios e nem retirando direitos a qualquer cidadão em detrimento de outros (LENZA, 2011). Ou seja, uma expressão fria da lei que raramente encontra aplicação.

Por outro lado, a igualdade substancial, real ou material, é a prática vivencial da igualdade. Segundo Gonzaga (2015, p. 2), essa forma de igualdade não pode ser vista “[...] pois a vaidade dos homens impede que todos sejam iguais.” Observa-se assim, que igualdade formal é aquela dada em lei que assegura que não haverá privilégios entre os cidadãos. Igualdade real é aquela vivenciada na prática cotidiana, difícil de ser alcançada, mas desejada por todo o ordenamento e toda entidade que se norteie pelo mínimo de ética desejado.

No ordenamento brasileiro, o princípio da igualdade surgiu tarde. Apresentou-se apenas na Constituição de 1934, em seu artigo 113, *caput* e inciso I que:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas. (BRASIL, 1934).

A demora no estabelecer os ideários da igualdade no país pode ter se dado, num primeiro momento devida a herança deixada pela colonização escravocrata que retirava de alguns homens a condição de “humana” e trazia a ideia de mercadoria. Ocorre que na Constituição de 1891, embora já tivesse sido construída após o oficial da escravatura no Brasil, o pensamento social sobre o tema ainda não havia se alterado (D’OLIVEIRA, 2015).

Embora tenha demorado a ingressar na jurisdição pátria, uma vez incluso, o princípio da igualdade nunca mais foi excluído. Até mesmo nas Constituições de 1967 e 1969 (por alguns entendida apenas como Emenda Constitucional), postas em vigência durante a ditadura militar expressaram a isonomia formal, mesmo que com forte “[...] redução dos direitos individuais.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 30). Ferreira Filho (1981, p. 270), em seu *Curso de Direito Constitucional*, baseado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, disse que o princípio da igualdade

É uma limitação ao legislador e uma regra para interpretação. Como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo. Inserido o princípio da Constituição, a lei que o violar será inconstitucional. É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar a lei.

A citação acima deixa evidente o critério formal e real da igualdade. Formal ao referir-se do processo legislativo que precisava observar a isonomia para não conferir vantagens a alguns sob pena de ser inconstitucional. Da mesma forma, o quesito real se manifesta mais na atuação de magistrados frente a interpretação legal e da aplicação nos casos concretos.

Com a ascensão da democracia resultado do movimento “Diretas Já”, em 1985 Tancredo Neves do MDB - Movimento Democrático Brasileiro - é eleito de forma ainda indireta pelo Congresso Nacional, pondo fim ao Regime Militar. Neves, no entanto, faleceu antes de sua posse, fazendo com que José Sarney, seu vice, se tornasse o novo Presidente do Brasil. Sob a liderança de Ulysses Guimarães é convocada Assembleia Constituinte que elaborou a dita Constituição Cidadã, promulgada em 1988 e ainda vigente em nosso país. Com forte influência iluminista, a nova Constituição fortalece e destaca o Estado Democrático de Direito e conseqüentemente o princípio da igualdade (GONZAGA, 2015).

O Estado Democrático de Direito é fruto de uma evolução. Teve sua origem no dito Estado de Direito, que com o passar dos dias veio a se transformar no Estado Social, e posteriormente transformou-se no que hoje conhecemos como Estado Democrático de Direito (SANTOS, 2015).

Dentre os princípios da ordem política estão o princípio republicano, da legalidade, separação dos poderes, pluralismo político, dignidade da pessoa humana, e dentre outros o da isonomia (SANTOS, 2015).

Desprendemos, da leitura do texto constitucional, que existem limitações ao princípio da igualdade. Na Constituição de 1969 já era entendida essa concepção, tanto que Ferreira Filho (1981, p. 270) afirmou que “[...] esse princípio não é, todavia, absoluto. As próprias constituições ao consagra-lo nem por isso renegam outras disposições que estabelecem desigualdade.”

#### 4 DEBATES CONTEMPORÂNEOS SOBRE A IGUALDADE NO BRASIL

Breves considerações acerca dos conceitos de igualdade, desigualdade e diferença, extraídos Barros (2015). Referem-se que a igualdade, bem como desigualdade não se referem a elementos essenciais do ser humano, mas sim a circunstâncias. Neste sentido, “Qualquer noção de desigualdade não pode ser senão circunstancial em parte porque estão sempre sujeitos a um incessante devir histórico os próprios critérios diante dos quais a desigualdade poderia ser pressentida ou avaliada.” (BARROS, 2015).

A diferença, no entanto, ainda conforme Barros (2015), é um elemento sempre presente no ser humano, assim como é na natureza. Referem-se a diversidade como um todo. Para facilitar o entendimento desta questão tão sutil, porém importante para o estudo em tela, exemplificamos com a liberdade constitucional de ir e vir:

De um lado teríamos o homem que pode ir a todos os lugares (que imaginariamente seria aquele que detém um máximo de poder, riqueza e prestígio) e do outro o homem que não pode ir a nenhum lugar (que poderia ser ilustrado com o exemplo de um prisioneiro na solitária). Entre estes limites extremos existem as gradações, e também as reversibilidades (o ditador pode ser um dia preso, e o prisioneiro libertado). (BARROS, 2015).

Em tese, não há diferenças entre um homem livre e um preso. Mas a situação fática em que se encontram faz com que se estabeleça uma grande diferenciação: um está privado de liberdade enquanto o outro goza de todas as vontades e seguir onde se está no momento ou de deslocar-se, irrepreensivelmente. Diferente já seria, a diversidade existente entre homens e mulheres. Existem então, diferenças entre homens e mulheres, religiões, nacionalidades, e “questões de cor” ou raciais. Essas distinções não permitem mudanças, gradações ou que a ação social altere suas naturezas, apenas que firmem essas posições frente a sociedade (BARROS, 2015).

Neste sentido, estabelecendo contrastes entre desigualdade e diferença, apontou Barros (2015) que “[...] as desigualdades são reversíveis no sentido de que se referem a mudanças de estado; as diferenças, de um modo geral, não.” Noutro trecho continuou:

Pode-se dizer que as desigualdades relacionam-se mais frequentemente ao *estar* ou mesmo ao *ter* (pode-se “ter” mais riqueza, mais liberdade, mais direitos políticos), enquanto as diferenças relacionam-se mais habitualmente ao *ser* (“ser negro”, “ser brasileiro”, “ser mulher”).

Através da ação social, no entanto é possível trabalhar tanto a diversidade quanto a desigualdade: as desigualdades são superadas e as diferenças precisam ser afirmadas. É que existem gradações que permitem o trânsito entre a igualdade e a desigualdade, o que se mostra totalmente inviável diante das diferenças (BARROS, 2015).

É preciso salientar, no entanto, que grandes são no Brasil as possibilidades de diversidade, e que todas elas constituem o país, nos termos de Torres (2015, p. 13-14):

O Brasil é uma nação extremamente diferente. Trata-se de um país que encerra tantos outros dentro de si: há inúmeros e diferentes Brasis, 50 traduzidos em grupos humanos distintos por aspectos como idade (nascituro, crianças, adultos e idosos), sexo (homem e mulher), origem (nacionais, naturalizados e imigrantes), raça (branco, negro, indígena, etc.), condição econômica (miseráveis, pobres e ricos), saúde (portadores de deficiência física ou mental, de *Aids*), condição social, escolaridade, cultura, credo religioso, convicção filosófica e tantos outros. Aspectos geográficos também contribuem decisivamente para essa diversidade, como a extensão territorial, clima, vegetação, solo, na medida em que o a pessoa humana neles se insere e tem de se adaptar às suas peculiaridades.

Na nova Carta Magna, o princípio da Igualdade vem substanciado em dois artigos principalmente. No terceiro e no quinto artigos da Constituição da República fica evidenciado o princípio da isonomia e deixa estabelecido preceitos que embora se pareçam inconstitucionais por trazerem a “desigualdade”. Eis que, como afirmamos acima, as desigualdades precisam ser superadas, através da ação social que concretiza a igualdade real. Passemos a análise do texto constitucional e de tais condições de desigualdade.

Ao fazer parte dos “[...] objetivos fundamentais a serem perseguidos pelo Estado Brasileiro” (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 95) a igualdade se mostra pela primeira de forma mais expressa na atual Carta Política:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
[...]

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1940).

Alexandrino e Paulo (2011, p. 95) afirmam que:

Esses objetivos têm em comum assegurar a igualdade material entre os brasileiros, possibilitando a todos iguais oportunidades para alcançar o pleno desenvolvimento de sua personalidade, bem como para autodeterminar e lograr atingir suas aspirações materiais e espirituais, condizentes com a dignidade inerente a sua condição humana.

Em primeiro, o artigo terceiro trata da igualdade em relação a origem. Fala assim da questão da nacionalidade. Como apontamos acima, nacionalidade tem relação com as diferenças existentes entre seres humanos. É possível que um indivíduo seja brasileiro nato, naturalizado, estrangeiro, possua dupla nacionalidade ou ainda não possua nenhuma. Nesta questão, não pode haver discriminação entre nenhum deles, estando todos sob a promoção do bem pelo Estado Brasileiro (BARROS, 2015).

Quando fala de raça e cor, o inciso IV do artigo terceiro, fala da multidão étnica existente no país. Barros (2015) afirma que

A diversidade humana é tão grande múltipla e aberta a misturas e superposições [...], por outro lado, as pesquisas do projeto genoma já demonstram que todos os

homens modernos descendem de uma matriz comum oriunda de certa região da Etiópia pré-histórica [...] existem inúmeras e indefinidas tonalidades de pele (e não três ou quatro) e que estas se somam a inúmeros tipos de cabelo e constituições labiais, a diversificados padrões cranianos e tendências de estrutura óssea e a tantas e tantas outras distinções biológicas que a bem da verdade não nos permitiriam falar em absoluto de um tio unificado de negro ou de branco.

É preciso salientar pontos. Embora a lei elenque vantagens e privilégios para algumas raças e cores em detrimento de outras, falamos na verdade na ação social manifesta em favor daqueles que historicamente foram sub-rogados a estar em desvantagens em relação a outros. São ações afirmativas que visam balancear as relações históricas e sociais do Brasil, como por exemplo a política de cotas proposta pelo Governo Federal na M.P. n. 213 de 10 de setembro de 2004, que instituiu o Programa Universidade Para Todos (Prouni) (LENZA, 2011). Além disso, conforme o artigo 5º, inciso XLVII da Constituição de 1988 crimes de racismo são inafiançáveis e imprescritíveis, conforme regula a Lei n. 7.716/89.

No que tange a proibição por discriminação sexual, aspectos históricos novamente precisam ser lembrados. Desde os tempos mais remotos a mulher é discriminada, taxada como objeto. Aristóteles, que aqui referendamos como grande filósofo e criador do princípio da igualdade chegou a afirmar, mui erroneamente, que “[...] a mulher pode ser definida como um homem inferior.” (QUEM DISSE, 2015). Assim, a promulgação de leis como a do feminicídio (Lei n. 13.104/15), embora privilegiem o sexo feminino, tendem a recuperar a dignidade por anos posta de lado.

Neste debatem também surgem os direitos desejados pelo movimento LGBT - lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros. Ora, Barros (2015) entendo que não formam um novo sexo, e que embora hoje, com os avanços médicos seja possível a realização de cirurgia para a transformação de uma genitália em outra ainda nasce o ser humano homem ou mulher. Inegável porém que se tem grande sofrimento envolvendo a maior parte dos militantes pelos direitos LGBT: discriminação, preconceito, violência, exclusão da sociedade, dentre outros.

Corroborando com o entendimento acima sobre as questões homoafetivas, Strücker (2014, p. 14) aponta que é:

Novidade para o ramo jurídico é a decisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determina que os Cartórios não podem negar-se a fazer a conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Esta decisão respeita o princípio da dignidade da pessoa humana, além de garantir que, de fato, todos sejam iguais perante a lei.

Por fim, embora o rol do inciso IV do artigo terceiro não seja taxativo, abordaremos a questão de idade. Em muitas culturas, ser idoso é ostentar títulos de sabedoria e ocupar posições especiais. No entanto em nossa realidade, a tendência não é outra, senão desonra-los cada vez mais, marginalizando-os. No entanto, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03) tenta excluir a desigualdade estabelecida criando privilégios a esta faixa etária. Da mesma forma, faz o artigo 227 da Constituição Federal juntamente com o Estatuto da Criança e Adolescente (Lei n. 8.069/90), que visa protege-los de maneira especial (GONZAGA, 2015).

O artigo 5º, por seu turno, trata dos direitos e garantias fundamentais. Em seu *caput* estabelece:

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. (BRASIL, 1988).

Mais uma vez a Lei Maior não faz uso de rol taxativo, mas genérico acerca dos direitos garantidos a todos. Após tratar da igualdade entre brasileiros e estrangeiros, passa a referir sobre o direito à vida. Tal questão é imprescindível visto que pela lógica é matriz de todos os outros direitos. A liberdade configura elemento essencial em um Estado Democrático de Direito como o nosso. A segurança, por sua vez, abre um largo leque de possibilidades: pode se referir tanto a proteção a vida como a proteção jurídica. A propriedade fala da vida em grupo (GONZAGA, 2015). Da igualdade já iniciamos a tratativa, pelo que a tomaremos novamente.

O artigo 5º da Constituição Cidadã deixa evidente que todos são iguais diante da lei (igualdade formal) e que não podem ser submetidos a qualquer forma de discriminação (igualdade substancial). A igualdade formal é consagrada pelo liberalismo clássico, enquanto o Estado Social ativo persegue igualdade real diante dos bens necessários a vida (LENZA, 2011). Nesta esteira, para a efetivação da igualdade real, Rui Barbosa, em a *Oração aos Moços*, ratifica aquilo que Aristóteles afirmou, e que apontamos ao principiar este trabalho. afirmou o jurista brasileiro que

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. (BARBOSA, 1999, p. 26).

Para então, concretizar a realidade formal e torna-la real, o próprio legislador passa a estabelecer critérios para equiparar as partes nas relações sociais que se mostram. Sobre esse fato, falamos sobre o tratamento especial que se dá em relação as diferenças de sexo, idade, etnia. Porém, é preciso estabelecer critérios para se saber até quando um ato legal é constitucional ou se torna inconstitucional por trazer vantagens a alguns em detrimento de outros. Diante de tal impasse, Bandeira de Mello (2005, p. 41) traz elementos norteadores do princípio da isonomia:

- a) que a desequiparação não atinja, de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público.

Diante disso, é possível perceber quando uma lei ou ato legal ou jurídico é praticado em favor dos Direitos Humanos, ou em desfavor, para a diminuição de vantagens ou criação de privilégios. É que uma lei constitucional “não nos dá nem mais nem menos direitos, e nem mais nem menos deveres” nas palavras sutis de Gomes da Silva (2015).

Entretanto, outra situação doutrinária entra em debate. A isonomia precisa ser debatida também a “igualdade na lei” e a “igualdade perante a lei”.

A primeira fundamenta que o legislador não poderá se valer da lei para estabelecer discriminações entre pessoas, quando na realidade todos dispensam tratamento idêntico. A segunda dirige-se aos aplicadores da lei, para impedir que usem enunciados jurídicos para fundamentar distinções, quando a própria lei primou dada circunstância como iguais. (SANTOS, 2015).

Nesta sorte, contextualizando a sociedade brasileira, apontaremos mais diferenciações impostas pela lei para equiparar o cidadão diante de relações jurídicas que se mostrarão no cotidiano. Trataremos assim da igualdade tributária, legal, penal, consumerista, e no acesso à justiça.

O artigo 145, parágrafo primeiro da Carta Política estabelece que

Art. 145 - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, 2015).

Assim, a legislador buscou estabelecer justiça entre os contribuintes fazendo com que passasse a contribuir com mais aquele que efetivamente possui mais, e, por seu turno, contribuir com menos aqueles que efetivamente não possuem condições de com mais arcar. Desta forma ainda, estabeleceu hipóteses de isenções tributárias para aqueles que se encontram em estado de miserabilidade e hipossuficiência econômica (GONZAGA, 2015).

A igualdade legal tem base na Constituição Federal, no artigo 5º, incisos LIV e LV, e diz respeito ao fato de que apenas a lei anterior pode fazer com que uma conduta seja considerada crime ou proibição. Ademais:

Diferentemente do direito inquisitivo, é garantido a todos o devido processo legal, que, resumidamente, consiste no direito à previa citação para conhecimento do teor da acusação; direito de um imparcial; direito de arrolar testemunhas e elaborar perguntas, o contraditório; ampla defesa; defesa técnica; não ser acusado com base em provas ilícitas, privilégio contra a autoincriminação. (GONZAGA, 2015).

Diante da legislação penal verificasse a impossibilidade de aplicação da pena de forma, literalmente, igualitária. Ora diante de um mesmo crime, mesmas situações é preciso levar em consideração a vida do agente que o cometeu, suas circunstâncias e estabelecer sua pena conforme o estabelecido nos artigos 68 e 59 do Código Penal:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940).

Quando dois ou mais agentes cometem um mesmo crime a pena de cada um precisa ser calculada de forma individual, nos termos do artigo 29 do Código Penal:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave. (BRASIL, 1940).

Seguimos o entendimento das equiparações legais, agora tratando das relações de consumo, com base no artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, e posteriormente estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, que tratou de buscar equiparar entre si nas relações comerciais as partes denominadas de consumidores, fornecedores e prestadores de serviço. Assim, “[...] o consumidor, aquele que é o destinatário da produção, por sua condição hipossuficiente, não domina os meios e os modos de produção, a ponto de sequer ter condições de evidenciar os danos causados pelo produto ou serviço.” (GONZAGA, 2015).

Outrossim, trataremos da igualdade no acesso à justiça, que vem substanciada no artigo 5º, incisos XXXIV e LXXIV da Lei Maior, que determina que independentemente do pagamento de taxas todos, sem exceção terão acesso à justiça. Para tal, estabeleceu-se anteriormente a Lei n. 1.060/50 que dispõe da assistência judiciária gratuita aqueles que não podem arcar com as despesas e custas processuais e honorários advocatícios, por exemplo. Estabeleceu-se assim discriminação, em desfavor dos que são abastados, afim de tornar párea a disputa judicial entre as partes (GONZAGA, 2015).

Nesta questão, Torres (2015, p. 15-16) estabelece um resumo das diferenças constitucionais da seguinte forma:

Art. 3º, III (estabelece como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais); art. 5º, VIII (reconhece a pluralidade de crenças religiosas, filosóficas e políticas), XLVIII (distingue os apenados de acordo com a sua idade, sexo e natureza da infração penal), L (homenageia a maternidade das presidiárias e a importância da amamentação) e LXXIV (garante assistência jurídica aos necessitados através da Defensoria Pública - art.134); art. 7º, XII (garante salário-família ao trabalhador de baixa renda), XX e XXXI (protegem o mercado de trabalho da mulher e daqueles que portam alguma deficiência) e XXXIII (proíbe o trabalho infantil); art. 12, § 3º (elencas cargos privativos de brasileiros natos); art. 170, VI e IX (dão tratamento diferenciado a produ-

tos e serviços conforme seu impacto ambiental, bem como às pequenas empresas nacionais); art. 201, § 7º, I e II, e § 8º (definem tempos de serviço e contribuição diferentes para homens, mulheres e profissionais do magistério); art. 203 (garante assistência social aos necessitados); art. 206 (garante educação com liberdade, pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, e com gratuidade nos órgãos oficiais), art. 210, § 2º, e art. 230 (reconhecem a língua e o ensino, enfim, a cultura indígena); art. 215, § 1º (protege as manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e outros grupos) e § 3º, III (promove a valorização da diversidade étnica e regional); art. 217, III (concede tratamento diferente para esportes não profissionais); art. 226, §§ 3º e 4º (reconhecem as diversas formas de entidade familiar); art. 230, § 2º (garante a gratuidade de transportes coletivos aos idosos).

Surge, neste ponto um novo debate, agora acerca do direito fundamental a diferença. Conforme Torres (2015), é mister que a Constituição Brasileira não o chama explicitamente ao ordenamento pátrio, porém, nunca realizou nenhuma tentativa de negar-lhe a vivacidade. Toma forma no artigo primeiro, *caput* e incisos III e V, *in verbis*:

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;

[...]

V - o pluralismo político. (BRASIL, 1988).

Ademais, Torres (2015, p. 18) comenta acerca da necessidade de uma interpretação aberta e inclusiva no que tange ao pluralismo político:

A questão do pluralismo, fundamento da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, não pode ser restringida à sua dimensão política, consoante, equivocadamente, possa parecer da efêmera leitura do art. 1º, V, da Lei Maior. [...] o pluralismo deve ser apreendido nos seus diversos aspectos, seja jurídico, político, ideológico, filosófico, econômico, étnico, linguístico, religioso, educacional, científico, cultural, etc., na medida que seu ponto de partida é fundamentalmente de ordem filosófica, centrado no conceito metafísico de pessoa humana como singularidade e liberdade, isto é, o pluralismo, portanto, antes de ser um conceito jurídico ou político, é um valor filosoficamente ligado à ideia de pessoa.

Desta forma, viver em um país tão grande, com tanta diversidade étnica, cultural, linguística exige, em princípio respeito as diferenças, mas também cobra o direito de mantê-las. Ademais, entende-se que somente quanto o exercício da diferença passa a exceder a normalidade e infringir a vida conjunta, causando transtornos sociais é necessário pôr as diferenças em dúvida, e quiçá suprimi-las.

Agora, voltamo-nos a citação de Aristóteles: sua concepção nos faz refletir nossa sociedade contemporânea,

Na qual sujeitos e grupos organizados cobram dos dirigentes do nosso país e da própria sociedade o respeito pelo outro e pelo nosso semelhante, o que se torna

inquestionável e que se tenta pluralizar em nossa cultura e em nossa sociedade machista, preconceituosa, capitalista, patriarcalista, patrilinear e individualista é não só o nosso respeito e a referência do “nós” a um número cada vez maior de sujeitos. (GOMES DA SILVA, 2015).

Precisamos assim, militarmos como Aristóteles para o estabelecimento de justiça, respeitando os direitos humanos, incluindo o direito a diferença, mas pondo em cheque o que a questão da Desigualdade que precisa ser combatida a todo custo para assim, chegarmos a uma sociedade ideal, onde “[...] as diferenças não sejam parteiras do sofrimento de milhões de pessoas que vivem como cidadãos de segunda classe, primando por uma igualdade de direitos e deveres comuns a todos os seres humanos.” (GOMES DA SILVA, 2015).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste breve estudo percebe-se que Aristóteles afirmou um princípio anos atrás e deste princípio nunca pode a sociedade e o homem declinar. Assim, a consolidação dos direitos do homem precisa necessariamente apontar a questão histórica dada pela Filosofia. Neste sentido, embora se passem os anos, a igualdade ainda está presente nos debates atuais, sejam pelas ações afirmativas tomadas pelo Governo com o intuito de pôr fim às desigualdades sociais seja pela ratificação constitucional da igualdade formal, e da sociedade como um todo para buscar a construção da igualdade real por intermédio da ação social. Somos iguais e diferentes ao mesmo tempo e por natureza. Somos iguais por sermos cidadãos, seres humanos detentores de direitos e deveres inerentes que necessitam de respeito e de elementos que possam resguardar a identidade de cada um, bem como de cada grupo. Somos diferentes, diuturnamente, pois possuímos as mais diversas formas de apresentação quanto a sexo, etnia, religião, pensamento filosófico ou outras tantas.

A diferença não pode nunca ser combatida, afinal não se combatem riquezas, antes se erradicam misérias. E as misérias, neste quadro são desigualdades que por anos se arrastam e trazem consigo todo o peso do preconceito e situação social importa pela classe dominante sobre a dominada.

Neste sentido Rui Barbosa mostrou-se certo e coeso ao trazer em sua doutrina jurídica o pensamento aristotélico. E certos e coesos estão os entes sociais que entendem a necessidade de tratar os desiguais de forma desigual para criar a igualdade entre eles. Mais corretos ainda estão os que agem, militando de forma ininterrupta para a afirmação dos Direitos Humanos, do Estado Democrático e levantando a bandeira da diversidade.

### *THE PROSPECTS OF EQUALITY PRINCIPLE: FROM ARISTOTLE TO CONTEMPORARY SOCIETY*

#### *ABSTRACT*

*This study through an exploratory research through the bibliographic search of legal subsidies and doctrinal and hermeneutical approach and deductive method addresses the principle of equality and its prospects since the concept of Aristotle realized that the need for equality in society treat each unequal with inequality in order to build among them the equation. This perspective becomes important both in the debates that led to the French Revolution and Human Rights. In Brazil it perpetuated since the Constitution of 1934, including during the military dictatorship and reached Citizen Constitution of 1988, settling differences in treatment unequal to allow everyone a citizen level playing field.*

*Keywords: Equality. Diversity. Aristotle.*

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa Rui Barbosa, 1999.
- BARROS, José d'Assunção. *Igualdade, desigualdade e diferença: em torno de três noções*. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218709941G9oFF7ya2Ux18EW0.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *A Idade Média e o Nascimento do Estado Moderno: Aspectos Históricos e Teóricos*. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.
- BÍBLIA. Língua Portuguesa. *Bíblia de Estudo NVI*. Nova Versão Internacional. São Paulo: Vida, 2013. 2424 p.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2015.
- BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2015.
- BRASIL. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. *Diário Oficial da União*, 13 fev. 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1060compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060compilada.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2015.
- BRASIL. Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 jan. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2015.
- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 jul. 1990a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2015.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2015.
- BRASIL. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.104, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. *Constituição*. República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2015.”

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67EMC69.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2015.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2015.

BRYCH, Fabio. *O ideal da Justiça em Aristóteles*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1613](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1613)>. Acesso em: 11 abr. 2015.

CONSULTOR JURÍDICO. *Prefeitura de SP pagará salário mínimo mensal a travesti que voltar a estudar*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-10/prefeitura-sp-dara-salario-minimo-travesti-voltar-estudar>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

D’OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. *Breve análise do princípio da Isonomia*. Disponível em: <[http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3\\_edicao1.pdf](http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2015.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

GOMES DA SILVA, Sérgio. *Direitos humanos: entre o princípio de igualdade e a tolerância*. Disponível em: <[https://www.academia.edu/2568734/Direitos\\_Humanos\\_entre\\_o\\_princ%C3%ADpio\\_de\\_igualdade\\_e\\_a\\_toler%C3%A2ncia](https://www.academia.edu/2568734/Direitos_Humanos_entre_o_princ%C3%ADpio_de_igualdade_e_a_toler%C3%A2ncia)>. Acesso em: 04 abr. 2015.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *O princípio da igualdade: é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias?* Disponível em: <[http://www.fae.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/1-10\\_alvaro\\_de\\_azevedo\\_gonzaga\[1\].pdf](http://www.fae.edu.br/revistafaer/artigos/edicao1/1-10_alvaro_de_azevedo_gonzaga[1].pdf)>. Acesso em: 04 abr. 2015.

HORACIO, Ivan. *Dicionário Jurídico*. 1. ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

QUEM DISSE. *Sobre a frase A mulher pode ser definida como um homem inferior*. Disponível em: <<http://quemdisse.com.br/frase.asp?frase=16928>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

SANTOS, André Alves dos. *Estado (Democrático) de Direito e princípios fundamentais do Estado Brasileiro: utopia ou realidade?* Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2064/2265>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

STRÜCKER, Bianca. *Alienação Parental*. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)-Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2014.

TORRES, Marcelo Monteiro. *O direito fundamental a diferença*. Disponível em: <[http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao\\_02/vol1no2art2.pdf](http://www.mprs.mp.br/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_02/vol1no2art2.pdf)>. Acesso em: 11 abr. 2015.



# A PRESENÇA DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS NO PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE INTERCULTURAL

Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz\*  
Robison Tramontina\*\*

## RESUMO

O presente trabalho aborda a presença de símbolos religiosos no Poder Judiciário a partir de uma análise intercultural. A escolha do tema motiva-se pela sua contemporaneidade e pelo recorrente questionamento dessa prática, especialmente pelo fato de que o Brasil é um país onde vivem pessoas de várias culturas e crenças. A questão que orienta essa investigação é a seguinte: a presença de símbolos religiosos no Poder Judiciário é uma afronta ao direito à liberdade de crença? Para responder a esta indagação o desdobramento argumentativo teve como base a seguinte trajetória: primeiro abordou-se a laicidade, com o intuito de demonstrar quais os desdobramentos que decorrem da opção de um Estado pela laicidade; na sequência se fez uma análise do interculturalismo e do multiculturalismo, a fim de demonstrar as teorias que buscam apresentar soluções para o convívio pacífico entre diversas culturas que compõem uma mesma sociedade e por último analisou-se como o Brasil tem tratado o uso de símbolos pelo Poder Judiciário, buscando responder se há ou não uma ofensa ao direito à liberdade de crença. O método de pesquisa adotado foi o método dedutivo e como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Liberdade de crença. Laicidade. Interculturalismo.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país que se auto afirma laico, conforme consta no art. 19, inciso I da Constituição Federal de 1988 (CF/88). A laicidade é um princípio constitucional e representa uma garantia que o indivíduo tem de que o Estado não irá intervir na esfera da sua liberdade de crença. Contudo, ao se deparar com a presença de símbolos religiosos nos espaços públicos do Poder Judiciário, algumas pessoas sentiram seu direito à liberdade de crença violado o que as levou a buscar o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em busca de uma solução.

É a partir do entendimento manifestado pelo CNJ, no sentido de que a utilização de símbolos como crucifixo, estátuas, entres outros, não representam uma afronta à laicidade do Brasil, sob a justificativa de que tais símbolos fazem parte da cultura brasileira que nasce o anseio de tratar deste tema.

No primeiro momento será feita uma abordagem da laicidade com base no entendimento já manifestado por alguns tribunais brasileiros e também pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão.

---

\* Pós-graduada em Direito Aquaviário e Atividade Portuária pela Univali e em Direito do Estado pela Universidade Anhangüera; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada Efetiva da Prefeitura Municipal de Pinhalzinho; Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Oscar Ervino Keil, 443, Bela Vista, 89870-000, Pinhalzinho, Santa Catarina, Brasil; gabriele27264@gmail.com

\*\* Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; robison.tramontina@unoesc.edu.br

Na sequência será analisado o interculturalismo, com vistas a apresentar subsídio teórico possa auxiliar na compreensão da forma como diversas culturas podem conviver dentro de uma mesma sociedade.

Por fim buscar-se-á responder à pergunta proposta pelo trabalho, que é demonstrar se a utilização de símbolos religiosos pelo Poder Judiciário representa uma afronta ao direito à liberdade religiosa.

## 2 LAICIDADE

A neutralidade religiosa de um Estado tem dois objetivos centrais: possibilitar a gestão estatal sem o dever de promover a religião e possibilitar que os indivíduos possam exercer sua liberdade de crença sem que se sintam pressionados pela presença da religião oficial nos espaços públicos (MACHADO, 2013, p. 24).

Embora muitos Estados, a exemplo do Brasil, se autoafirmem neutros, eles ainda têm suas raízes religiosas muito fortes, o que acaba sendo perceptível por meio de algumas atitudes tomadas pelo próprio “Estado neutro”, como a utilização de símbolos religiosos em salas de aula, nas dependências do Poder Judiciário e da constante menção a figura de Deus (MACHADO, 2013, p. 133).

No Brasil, o constituinte originário, ao elaborar a Constituição Federal de 1988 (CF/88), optou por inserir, já no seu preâmbulo a menção a Deus, ao mencionar que: “[...] promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (BRASIL, 1988).

A invocação a Deus no preâmbulo da Constituição já foi objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076 (ADI n. 2.076) que foi proposta em 1999 e julgada em 2003, sob a Relatoria do Ministro Carlos Veloso.

A ADI n. 2.076 buscava a declaração de inconstitucionalidade do preâmbulo da Constituição do Acre, em virtude de não ter reproduzido a menção a Deus, conforme consta na Constituição Federal.

Os dois dispositivos legais apontados como base para a ADI 2076 foram o art. 25, “caput” da CF/88 e o art. 11 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), pois segundo estes dispositivos, as Constituições Estaduais devem observar os princípios constitucionais.

O STF, por unanimidade, entendeu, na ADI n. 2.076, que o preâmbulo da CF/88 não é uma norma central da Constituição, portanto, não é norma reprodução obrigatória nas Constituições dos Estados. O julgamento se pautou nos seguintes fundamentos: o preâmbulo não é norma de reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais, mas apenas um elemento comum em Constituições que são produzidas em períodos de relevantes transformações históricas e políticas, como foi a CF/88, que foi feita no período pós ditadura militar, em 1987 e 1988; no preâmbulo da CF/88 não há previsão de qualquer direito ou obrigação, por isso, o preâmbulo se situa no âmbito da política, das ideologias do Constituinte, e não no âmbito do direito, o que leva a conclusão de que não é possível ADI por violação do preâmbulo; o preâmbulo da CF/88 representa um sentimento em relação a Deus e à religião e não está inserido na CF/88, mesmo porque o Brasil é um país laico, que respeita não apenas a liberdade de crença daqueles que acreditam em Deus, mas também daqueles que acreditam que Deus não existe (BRASIL, 2003, p. 224-227).

O STF, no julgamento da ADI n. 2.076, deixou claro que o preâmbulo não está inserido na Constituição, portanto, não é uma regra, mas simplesmente uma ideologia do Constituinte, que não é capaz de ferir a laicidade do Brasil.

Esse entendimento manifestado pelo STF prestigia a neutralidade religiosa, mas agora, como um princípio que serve como suporte para que o Estado possa gerir a diversidade religiosa e propiciar a liberdade de crença, contudo, as minorias terão que se sujeitar a conviver com as manifestações religiosas dominantes (MACHADO, 2013, p. 134).

É impossível que um Estado como o Brasil, que se desenvolveu sobre uma matriz cristã seja neutro, isso impõe, conseqüentemente, entender a neutralidade como uma forma de garantir, na maior medida possível, que as pessoas desfrutem de suas crenças livremente e que não sejam discriminadas por sua opção religiosa (MACHADO, 2013, p. 141).

Em vários julgamentos importantes a questão da neutralidade religiosa foi discutida, a exemplo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54) onde, embora o tema central fosse a discussão acerca da inconstitucionalidade da interpretação que considerava conduta típica o aborto de feto anencéfalo, a laicidade do Brasil também foi um tema debatido, especialmente pelo fato de que a discussão em torno do aborto acaba, inevitavelmente, suscitando discussões religiosas.

O Ministro Marco Aurélio, Relator da ADPF 54 registrou em seu voto que a laicidade tem dois vieses distintos: um que impede que o Estado intervenha em questões religiosas; e outro que impede que questões religiosas afetem a condução do Estado. Ou seja, por mais que no caso da anencefalia houvesse questões religiosas contrárias a interpretação que permite a realização do aborto, tais questões não poderiam influenciar a decisão judicial, sob pena de ofensa a laicidade do Brasil (BRASIL, 2013 p. 44).

Analisando as Constituições brasileira é possível notar que a primeira Constituição, outorgada em 1824, previa, em seu art. 5 que “[...] a Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo.” (BRASIL, 1824).

Já nas Constituições que sucederam a de 1824 foi suprimida a religião oficial, que até então era a católica, e se passou a admitir a liberdade de crença, bem como se previu a proibição do Estado estabelecer cultos religiosos.

Na CF/88 é possível identificar dois dispositivos que fundamentam a laicidade do Brasil: o art. 5º, inciso VI, segundo o qual “[...] é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL, 1988); bem como o art. 19, inciso I que veda ao Estado “[...] estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.” (BRASIL, 1988).

Segundo Sarmiento (2007, p. 3), o princípio da laicidade tem sua base sobre os princípios da liberdade religiosa e da igualdade. Ambos são consagrados pela CF/88 como direitos individuais, ou seja, aqueles direitos que o indivíduo tem em face do Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais) e que impõe ao Estado um dever de abstenção.

A liberdade religiosa tem como objetivo assegurar ao indivíduo que o Estado não irá intervir nas suas crenças, enquanto que a igualdade é um princípio que tem como destinatário, tanto o

aplicador do direito, quanto o legislador, na medida em que as leis devem ter conferir tratamento equivalente a todas as pessoas (SARMENTO, 2007, p. 3-4).

É claro que, em algumas situações, o tratamento diferenciado, o *discrimen* surgirá, contudo, para seja justificado deve haver alguma peculiaridade no objeto, que demande o tratamento diverso, bem como é imprescindível a sua compatibilidade com os interesses constitucionais (MELLO, 2002, p. 9-17).

No caso da religião, a concessão de privilégios a uma em detrimento de outra, não parece encontrar respaldo na Carta Magna, nem peculiaridades que justificariam o *discrimen*.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão teve a oportunidade de se manifestar sobre o direito à liberdade de crença em vários casos distintos.

Em 1971 foi levado ao Tribunal Constitucional Federal Alemão o caso “Gesundbeter”. O objeto da Reclamação Constitucional Era a condenação penal de um homem por omissão de socorro em virtude do falecimento de sua esposa. Na ocasião, a mulher, que era anêmica, precisou de uma transfusão de sangue após o nascimento do quarto filho do casal, contudo, em função de suas convicções religiosas ela não aceitou o tratamento e seu marido não a forçou a realizar o tratamento, por compartilhar da mesma convicção religiosa (SCHWABE, 2005, p. 349-351).

Em razão da falta de tratamento a mulher faleceu e seu marido foi condenado por omissão de socorro, por não ter convencido sua esposa a se submeter ao tratamento médico indicado (SCHWABE, 2005, p. 351).

No caso “Gesundbeter” o Tribunal Alemão entendeu que, ao condenar o marido pela morte da esposa o Estado interveio indevidamente no direito à liberdade de crença do reclamante e os fundamentos dessa decisão foram os seguintes:

- a) a) a liberdade de crença não é apenas uma garantia que o indivíduo tem de manter uma crença e expressá-la, mas também a possibilidade de, em determinadas situações da vida, escolher a forma de agir com base nas suas convicções religiosas e sua fé;
- b) b) como a liberdade de crença não contém reserva legal, não cabe ao legislador lhe impor restrições, ou seja, apenas a Constituição pode trazer restrições a esse direito fundamental;
- c) c) a liberdade de crença é um mandamento de tolerância que tem sua base no princípio da dignidade da pessoa humana (SCHWABE, 2005, p. 352-353).

Em outro caso, denominado Kruzifix o Tribunal Constitucional Alemão julgou um caso muito semelhante ao aqui proposto, a manutenção de crucifixos em escolas públicas de Baviera (SCHWABE, 2005, p. 366-368).

O Tribunal Constitucional Alemão entendeu que a colocação de cruzes nas salas de aula viola a liberdade de crença. Sua decisão fundou-se nos seguintes pontos:

- a) a) a liberdade de crença compreende a liberdade do indivíduo de ter uma crença e viver de acordo com suas convicções e também a liberdade de não compartilhar daquilo que não acredita;
- b) b) a liberdade de crença pressupõe a neutralidade do Estado;

- c) c) cabe aos pais a educação religiosa de seus filhos, e não ao Estado, portanto, não pode o Estado, submeter as crianças ao convívio com símbolos religiosos que vão de encontro às convicções de sua família;
- d) d) ao obrigar uma criança a ficar na sala de aula com uma cruz há uma intervenção na sua liberdade, já que a Cruz é um símbolo religioso do Cristianismo e não apenas uma manifestação cultural;
- e) e) como as crianças estão em fase de formação intelectual, a colocação de cruzes na sala de aula vai influenciar nas suas convicções, isso porque elas tenderão a entender o cristianismo como a religião mais correta;
- f) f) o direito de crença não encontra reserva constitucional, motivo pelo qual só pode ser restringido pela própria Constituição, e não pelo legislador ordinário (SCHWABE, 2005, p. 369-376).

Ao final do julgamento, o Tribunal Constitucional Federal Alemão manifestou o seguinte entendimento:

Quando a escola, em harmonia com a Constituição, deixar espaço para tanto, como ocorre no caso das aulas de religião, da oração escolar e de outros eventos religiosos, tais atividades têm que ser marcadas pelo princípio da voluntariedade, deixando àqueles que não partilham da fé cristã possibilidades não discriminatórias de afastamento [ou não participação]. Esse não é o caso da colocação de cruzes em salas de aula, de cuja presença e apelo o não- cristão não se pode esquivar. Finalmente, não seria compatível com o mandamento da concordância prática reprimir os sentimentos daqueles que pensam diferente [não-cristãos] para que os alunos cristãos possam, além da aula de religião e devoção voluntária, estudar, também nas matérias laicas, sob o símbolo de sua religião. (SCHWABE, 2005, p. 376).

A neutralidade é um princípio constitucional e, portanto, uma norma de direito fundamental, pois, segundo Alexy (2011, p. 87), “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser.” Entretanto, tal princípio não é absoluto, uma vez que o Estado, embora laico, não conseguirá eliminar a presença da religião da esfera pública, mas apenas garantir a igualdade a todas as pessoas, independentemente de suas crenças, em virtude de que o Estado não estará vinculado a uma religião oficial (MACHADO, 2013, p. 149).

### 3 INTERCULTURALISMO E DIVERSIDADE RELIGIOSA

As diversidades culturais podem se originar de diferentes fatores, como a incorporação de culturas que previamente desfrutavam de um autogoverno e foram incorporadas pela cultura maior, ou, até mesmo, em razão da imigração (KYMLICKA, 1996, p. 25).

Trudeau (1971), que foi primeiro ministro no Canadá no ano de 1971, foi quem utilizou, pela primeira vez, o termo multiculturalismo. Ele o fez em um discurso proferido em outubro de 1971 quando buscava afirmar que o Canadá era um país que reconhecia a identidade individual dos cidadãos, bem como as diversas culturas que estavam inseridas na sociedade canadense.

Nesse contexto, o multiculturalismo surge como um fenômeno que busca questionar o modelo ocidental que, até então, era monocultural, pois não reconhecia os direitos das minorias, que eram obrigadas a seguir as regras ditadas pela cultura hegemônica (GOMARASCA, 2012, p. 14-15).

A concepção multicultural, ao contrário da monocultural, parte do pressuposto de que existe uma instabilidade, isso porque aceita a existência de diversas culturas minoritárias, que desejam ter acesso aos espaços públicos, além de poder desfrutar do direito à igualdade (SEMPRINI, 1999, p. 130).

Na visão de Taylor (1944, p. 83-84), considerando o fato de que as sociedades, além de estarem se tornando mais multiculturais, estão também mais permeáveis, visto que aceitam melhor os imigrantes, não é mais concebível impor que as pessoas oriundas de culturas distintas sejam obrigadas a aceitar a cultura hegemônica sob o argumento de que, na sociedade em que estão vivendo são assim que as coisas acontecem. Nesse ponto surge uma nova exigência: o reconhecimento das diferentes culturas e não apenas a garantia de sua sobrevivência, conforme defende o relativismo.

O multiculturalismo, portanto, surge da necessidade de se reconhecer a identidade dos diversos grupos culturais que vivem inseridos em uma mesma comunidade democrática, por isso, Semprini (1999, p. 43) menciona que o objeto central do multiculturalismo é a discussão acerca da identidade e de seu reconhecimento.

Taylor (2009, p. 62) trata de um “[...] potencial humano universal”, que nada mais é do que o direito que as pessoas têm de ser respeitadas. Esse potencial está presente na política da diferença, na medida em que os indivíduos e as culturas merecem ser respeitados, bem como, todos os indivíduos tem o dever de respeitar as culturas mais evoluídas.

Contudo, o multiculturalismo sofre algumas críticas no sentido de que ele não proporciona um diálogo entre culturas, o que leva as minorias a ficarem isoladas, sem qualquer integração com as demais culturas (KYMLICKA, 1996, p. 25).

Nesse sentido é o entendimento de Santos (2003, p. 12) que menciona que o multiculturalismo conservador, apesar de reconhecer a existência de outras culturas, as trata como inferiores e, portanto, submissas a cultura hegemônica, a exemplo do que ocorre com a imposição de uma língua oficial, que faz com que as pessoas sejam obrigadas a falar a língua da cultura hegemônica, como ocorre com o inglês que é falado em todo o mundo.

A partir dessa brecha deixada pelo multiculturalismo é que ganha força o interculturalismo.

O interculturalismo tem como premissa o reconhecimento da incompletude das culturas. Por isso, somente é possível estabelecer um debate intercultural a partir do momento em que as diversas culturas percebem sua incompletude e se dispõem a dialogar, a fim de que possam rever seus conceitos e garantir a maior efetividade possível aos direitos humanos.

É claro que somente é possível perceber a incompletude quando o indivíduo está aberto a analisar outras culturas, pois, do contrário, será impossível se estabelecer um diálogo entre culturas (SANTOS, 2003 p. 15).

Talvez o fenômeno que mais contribui para que sejam estabelecidos debates interculturais é a globalização, que nada mais é do que um processo pelo qual uma cultura local se estende por todo o planeta e é aceita no seio de outras culturas totalmente distintas. (SANTOS, 2003, p. 12).

Santos (2003, p. 13) menciona que os debates em torno dos direitos humanos têm tomado as discussões sobre a política emancipatória, trazendo a tona debates interculturais sobre os di-

reitos humanos, partindo do localismo globalizado, que são as culturas locais que tomam o mundo todo, para um discurso cosmopolita, que decorre da solidariedade transnacional e busca, a nível mundial, o fim da opressão pelas culturas hegemônicas.

Outra questão importante abordada por Taylor (1944, p. 88) é o fato de que ao analisar uma cultura distinta daquela em que estamos inseridos, é difícil saber o que é importante nela, por isso, é necessária a construção de uma base sólida, através de um pressuposto capaz de transformar os critérios que tínhamos no início. A não formulação do pressuposto significa negar as demais culturas

Santos (2003 p. 14-15) aponta algumas premissas do discurso intercultural, que são: a superação do debate entre universalismo e relativismo; o reconhecimento de que todas as culturas falam em dignidade, mas nem todas a concebem como direitos humanos; a percepção de que da incompletude das culturas; a noção de que cada cultura tem sua própria versão acerca do que é a dignidade humana; e, por fim, deve se fazer a distinção entre a luta pela igualdade e pelo reconhecimento das diferenças.

Para que seja possível perceber a incompletude das culturas e estabelecer um diálogo intercultural, Santos (2009, p. 15) sugere a adoção da hermenêutica diatópica, que consiste em interpretar a cultura diversa através dos seus *topoi* e não por meio do *topoi* da cultura daquele que está observando. Ou seja, para que seja possível um diálogo intercultural devemos interpretar a outra cultura a partir das premissas daquela cultura e não da nossa, pois se assim não for se torna impossível a compreensão de uma cultura diversa.

A hermenêutica diatópica é uma grande ferramenta que está à disposição do interculturalismo, pois abre possibilidade para inúmeros debates sobre os diversos temas culturais em debate atualmente.

Como se vê, a interculturalidade tem sua base na luta pelo reconhecimento das diversas culturas que, em razão da globalização e dos grandes fluxos migratórios, passam a conviver no seio de uma mesma sociedade. As culturas minoritárias não aceitam mais viver sufocadas pela cultura dominante e buscam a substituição da discriminação pelo reconhecimento de sua identidade.

Na perspectiva religiosa há uma pretensão do ocidente de que apenas o cristianismo ocidental possa interpretar a palavra de Deus, ou seja, a expansão do cristianismo ocorre a partir de uma perspectiva monocultural, pois parte do pressuposto de que a cultura ocidental é única e vinculante (BETANCOURT, 2007, p. 14-15).

O cristianismo, para se colocar na posição de crença única e absoluta, acaba destruindo, ou tentando destruir, as demais crenças, por entender que apenas o cristianismo tem legitimidade para interpretar a palavra divina (BETANCOURT, 2007, p. 20).

Esse fenômeno do cristianismo ocidental é chamado por Betancourt (2007, p. 42) de “interculturação”, que representa o esforço que a igreja católica faz para inserir, de forma agressiva, nas demais culturas a sua mensagem cristã ocidental. Ao buscar a interculturação o Ocidente, tenta justificá-la com o argumento de que busca melhorar as culturas, mas, o faz sob a ideia de superioridade em relação às demais culturas, o que acaba, inevitavelmente, reduzindo as demais religiões (BETANCOURT, 2007, p. 42)

Analisando a questão da religião especificamente na América Latina é possível, a partir de uma perspectiva histórica, verificar que havia aqui uma riqueza de culturas e religiões que eram cultivadas pelos povos originários, sobretudo os pobres, mas que foram oprimidos e obrigados a

servir ao cristianismo. Por isso, Betancourt (2007, p. 135) aponta a comemoração dos 500 anos da América Latina como ponto crucial para a reflexão atual do pensamento filosófico intercultural na América Latina.

Na visão intercultural, a palavra povo não deve mais ser entendida como unidade, mas sim como as diversas matrizes culturais que compõe uma determinada sociedade, a fim de que todas as culturas e religiões possam desfrutar dos mesmos espaços e tenham reconhecida a paridade social (BETANCOURT, 2007, p. 146).

#### 4 A PRESENÇA DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS NO PODER JUDICIÁRIO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recebeu no ano de 2007 quatro pedidos de providência (1344, 1345, 1346 e 1362) nos quais o questionamento era o mesmo: a presença de crucifixos em dependências de órgãos do Judiciário, tais como fóruns e tribunais de justiça.

Todos os pedidos de providência tinham como fundamento a afronta ao princípio da laicidade do Brasil, estampado no art. 19, inciso I da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que assim dispõe:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. (BRASIL, 1988).

No julgamento dos pedidos de providência, o CNJ entendeu que a utilização de símbolos como crucifixo, estátuas, entres outros, não representam uma afronta à laicidade do Brasil, sobretudo porque entendeu que tais símbolos fazem parte da cultura brasileira.

Mas, essa questão não é tão fácil quanto parece, pois os países da América Latina, assim como o Brasil, tem como característica a diversidade cultural e a mestiçagem. Logo, a justificativa utilizada pelo CNJ para a manutenção de símbolos nas dependências dos órgãos do Poder Judiciário pode ser considerada correta?

Ratzinger (1970, p. 93), conhecido também como Papa Bento XVI, escreveu uma obra chamada “Introdução ao cristianismo: preleções sobre o Símbolo Apostólico” onde menciona que a cruz é um símbolo do cristianismo; é o nascedouro da fé cristã, que surgiu exatamente da imagem da crucificação de Cristo.

O título da execução, paradoxalmente, passou a ser “profissão de fé”, ponto de partida e raiz da fé cristã que considera a Jesus como o Cristo: como crucificado esse Jesus é o Cristo, o rei. Sua crucificação é sua entronização; sua entronização é a doação de si mesmo aos homens; é a identificação da palavra, missão e existência na entrega desta mesma existência. Sua existência é sua palavra. Ele é palavra por ser amor. A partir da cruz, a fé compreende sempre mais que esse Jesus não somente fez e disse alguma coisa, mas que nele se identificam missão e pessoa, que ele sempre é o que diz. (RATZINGER, 1970, p. 93).

Ou seja, até mesmo um Papa, que é o maior representante da Igreja Católica, reconheceu a Cruz como um símbolo religioso, no qual os cristãos encontram sua fé e se identificam com Jesus Cristo.

Nesse sentido também foi a decisão do Conselho da Magistratura do Rio Grande do Sul que, em 2012, enfrentou o tema e mencionou que “É evidente que o símbolo do crucifixo remete imediatamente ao Cristianismo, consistindo em sua imagem mais evidente.” (RIO GRANDE DO SUL, 2012, p. 7).

Além da afirmação de que a cruz é uma representação da cultura brasileira o CNJ se serviu de outros vários argumentos para embasar a sua decisão, tais como o interesse público; a exposição constante a símbolos na sociedade; a inexistência de vedação legal à utilização de símbolos e a autonomia administrativa do judiciário.

Um dos argumentos também empregados pelo CNJ, na decisão dos pedidos de providência sobre a manutenção dos símbolos religiosos, foi o interesse público, pois, segundo o relator do pedido, “O interesse público, de modo geral, em sua essência (*lato sensu*), deve ser dirigido à defesa dos direitos individuais predominantes [...]” (BRASIL, 2007, p. 3).

Como o CNJ entende que a cruz é apenas um símbolo da cultura brasileira, a sua exposição em Órgãos do Poder Judiciário estaria de acordo com o interesse público primário e, além, disso, seria, uma “necessidade jurídica”, considerando que a cruz representaria a ética e a paz, que são aquilo que o direito procura (BRASIL, 2007, p. 4).

Ao mencionar que a permissão para utilização de símbolos religiosos em órgãos do judiciário representa a defesa dos direitos individuais da coletividade, o Relator dos Pedidos de providencia está afirmando a aspiração de superioridade do Cristianismo, o que coincide com a ideia de Betancourt (2007, p. 14-15) de que há uma pretensão do ocidente de que apenas o cristianismo ocidental possa interpretar a palavra de Deus, ou seja, a expansão do cristianismo ocorre a partir de uma perspectiva monocultural, pois parte do pressuposto de que a cultura ocidental é única e vinculante.

Outro ponto a ser enfrentado é o argumento de que a todo momento, na sociedade, as pessoas se deparam com a presença de símbolos, com os quais convivem de forma pacífica, sem que isso represente a violação dos seus direitos (BRASIL, 2007, p. 3).

Contudo, a submissão da pessoa a exposição de símbolos no dia a dia e a imposição de suportar a presença de um símbolo religioso enquanto tem sua lide apreciada pelo judiciário são situações bem distintas.

O Tribunal Constitucional Alemão, se pronunciou sobre o tema no julgamento do caso BverfGE 35,366, em que um cidadão judeu questionava a presença de uma cruz na sala de audiência enquanto teve seu caso julgado. Nesse caso o Tribunal Alemão entendeu que, por ser a cruz um símbolo do cristianismo, o direito à liberdade de crença do judeu, havia sido violado (SCHWABE, 2005, p. 371).

O grande problema desse argumento empregado pelo CNJ está na voluntariedade da exposição e na atuação estatal.

Os símbolos com que nos deparamos no dia-a-dia não são propagados pelo Estado, mas pelas diferentes vertentes culturais da sociedade, restando ao indivíduo a possibilidade de escolher se deseja ou não ficar em contato com eles, o que acontece, por exemplo, em praticamente

todas cidades do nosso país, que tem uma Igreja Católica cheia de símbolos, mas só frequentam a igreja as pessoas que desejarem (SCHWABE, 2005, p. 371).

Em contrapartida, a pessoa que é parte de um processo e, ao participar de uma audiência, é obrigada a permanecer numa sala com a presença de uma cruz ou qualquer outro símbolo de cunho religioso, não tem possibilidade de escolha o que, por consequência, fere seu direito fundamental a liberdade de crença (SCHWABE, 2005, p. 371).

Por isso, a afirmação do CNJ no sentido de que a manutenção dos crucifixos nos fóruns e tribunais encontra amparo constitucional não nos parece a decisão mais coerente.

O apelo ao argumento de que não há lei que proíba a utilização de símbolos pelo Poder Judiciário nos parece ainda mais injustificável do que os demais já apontados.

A CF/88 traz, em seu art. 37, o princípio da legalidade, que representa ao Estado o dever de fazer apenas aquilo que a lei determina.

O art. 37 da CF/88 aplica-se à “[...] administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União.” O Judiciário, segundo o art. 2 da CF/88 é um dos poderes da União, portanto, sujeito ao princípio da legalidade.

Não há em todo o ordenamento jurídico pátrio qualquer norma que imponha ao Judiciário o dever de manter símbolos religiosos em suas dependências, pelo contrário, a atual Constituição prevê a liberdade de crença como um direito fundamental, conforme art. 5, inciso VI.

Nessa linha foi o entendimento do Conselho da Magistratura do Rio Grande do Sul, que assim se manifestou: “Ao analisar o caso em questão vê-se que não há lei que preveja ou disponha sobre a presença de símbolos religiosos em espaços do Judiciário abertos ao público. Mais do que isso, a Constituição implicitamente os veda.” (RIO GRANDE DO SUL, 2012, p. 10).

Seguindo o entendimento de Alexy (2011, p. 290-291), como a manutenção de símbolos religiosos em áreas públicas dos órgãos do Poder Judiciário restringe o direito fundamental à liberdade de crença, seria necessária autorização constitucional para tanto, pois as restrições diretas a direitos fundamentais devem decorrer de cláusulas restritivas escritas, formais, haja vista que uma intervenção nos direitos fundamentais deve, necessariamente, estar pautada em normas escritas, ainda que tenha como fundamento princípios.

Então, não há como justificar, a manutenção dos crucifixos nas áreas públicas dos órgãos do poder Judiciário com base no argumento de que não existe lei que proíba tal prática.

A autonomia administrativa, que foi o último argumento utilizado CNJ para decidir os pedidos de providência, também parece não encontrar fundamentação legal, pois o caso em apreço nada tem a ver com a autonomia na tomada das decisões administrativas.

Embora o artigo. 99 da CF/88 confira ao judiciário autonomia administrativa, isso não significa que as decisões tomadas possam contrariar a Carta Magna, nem que estão imunes a controle, conforme se manifestou o CNJ, ao mencionar que “Não cabe, pois, ao Egrégio Conselho o controle administrativo sobre a exposição e disposição de objetos ou símbolos religiosos nas dependências dos Tribunais de Justiça, face a autonomia administrativa que possuem.” (BRASIL, 2007, p. 4).

O Conselho da Magistratura do Rio Grande do Sul enfrentou o tema no ano de 2012, no Processo Administrativo n. 0139-11/000348-0, ocasião em que algumas entidades da sociedade civil buscavam a retirada de símbolos religiosos presentes nos espaços públicos do Poder Judiciário daquele Estado, com base no artigo 19 da CF/88 e, diversamente do CNJ, reconheceu, por unanimidade (4

votos), que a presença dos símbolos representava uma ofensa ao princípio da laicidade e da liberdade de crença e determinou a retirada de tais símbolos (RIO GRANDE DO SUL, 2012, p. 1).

Os principais argumentos empregados pelo Conselho da Magistratura do Rio Grande do Sul foram a liberdade de crença e a igualdade, bem como a laicidade e os princípios da impessoalidade e da legalidade (RIO GRANDE DO SUL, 2012, p. 1-13).

O Conselho da Magistratura do Rio Grande do Sul, em importante trecho do julgado, ressaltou que a laicidade é uma garantia que o indivíduo tem de que o Estado não irá intervir na sua liberdade de crença, garantindo que todas as pessoas sejam tratadas de forma igual, sem qualquer vantagem em razão de sua fé (RIO GRANDE DO SUL, 2012, p. 7).

Contraopondo as decisões proferidas tanto pelos tribunais brasileiros, quanto pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão e a decisão proferida pelo CNJ concluímos que este órgão, ao julgar, se baseou em argumentos axiológicos, que compreendem a análise de valores, daquilo que é bom e não, necessariamente, daquilo que deve ser (Juízo de valor) (CACHAPUZ, 2006, p. 151).

O grande problema do argumento axiológico é que quando empregado para a imposição de restrições a direitos fundamentais, tende a levar ao fechamento do ordenamento jurídico, que fica sujeito a interferência de questões culturais, sem que seja possível o reconhecimento das demais culturas (CACHAPUZ, 2006, p. 152).

Para que se possa perseguir a pretensão de correção é necessária uma construção que tenha como base o juízo deontológico, do dever ser (aquilo que é devido de acordo com regras e princípios). Isso se justifica pelo fato de que, assim, há uma maior abertura cultural, que permite uma resposta racional, divorciada dos valores internos do intérprete (CACHAPUZ, 2006, p. 154-155).

A decisão do CNJ não nos parece a mais correta para o caso, isso porque seus fundamentos vão de encontro ao texto constitucional que é claro no sentido de que, além de ser um país laico, o Brasil respeita a liberdade de crença.

Conforme mencionado no item anterior, a diversidade cultural existente na América Latina não permite que uma decisão como a proferida pelo CNJ se sustente, sobretudo porque demonstra exatamente a pretensão de superioridade do cristianismo ocidental e deixa de lado um gigantesco universo de religiões e culturas que se mantêm vivas em nossa sociedade.

A decisão do CNJ elimina qualquer possibilidade de diálogo entre as diversas culturas e religiões que existem no Brasil, pois, novamente, houve a imposição da cultura majoritária (Cristianismo Ocidental) sobre todas as demais, que, ao buscar o Poder Judiciário para a defesa de seus direitos, são obrigadas a ter que conviver com símbolos, dos quais não simpatizam, pelo fato de que esses símbolos fazem parte da cultura majoritária.

É possível concluir que o Poder incumbido da defesa dos direitos das pessoas é quem fere, diretamente, seu direito fundamental a liberdade de crença ao manter símbolos religiosos nas dependências públicas dos fóruns e tribunais.

## 5 CONCLUSÃO

A laicidade é um princípio constitucional que tem como pressuposto a não intervenção do Estado na liberdade religiosa dos indivíduos. Isso não significar dizer que o Estado será neutro, pois, no caso do Brasil, apesar de se afirmar laico, menciona Deus no preâmbulo da Constituição Federal.

Em países onde há uma grande diversidade cultural, como é o caso do Brasil, a laicidade se torna uma importante ferramenta de proteção do direito à liberdade religiosa, isso porque aos indivíduos é conferido o direito de manter suas raízes culturais, independentemente da cultura majoritária da sociedade onde estão inseridos.

Acontece que, por uma questão de costume ou tradição, o Poder Judiciário mantém símbolos religiosos como cruzes, crucifixos, estátuas, entre outros. Essa prática acabou causando um certo mal-estar entre algumas pessoas que não concordam com ela, em especial porque tais símbolos são consagrados como marcas do catolicismo.

A questão foi levada ao CNJ que decidiu pela manutenção dos símbolos, pois eles fariam parte da cultura brasileira. Esse entendimento foi alvo de algumas críticas, especialmente porque pressupõe a existência de apenas uma cultura, deixando de lado todas as demais crenças existentes no Brasil.

O interculturalismo visa, essencialmente, combater essa visão monocultural das sociedades, alertando que atualmente, em razão da globalização, as sociedades estão mais abertas aos fluxos migratórios e pessoas que nasceram e cresceram sob a educação de culturas totalmente antagônicas passam a compor uma mesma sociedade e todas elas merecem ter suas crenças respeitadas.

Foi possível concluir, com base numa interpretação intercultural do tema, que a manutenção de símbolos religiosos no Poder Judiciário é uma afronta ao direito à liberdade religiosa e um retrocesso do ponto de vista social, por desrespeitar a multiculturalidade das sociedades atuais e impor a visão hegemônica cultivada pelo catolicismo.

#### **THE PRESENCE OF RELIGIOUS SYMBOLS IN THE JUDICIARY: AN INTERCULTURAL ANALYSIS**

##### **ABSTRACT**

*The present paper tackles the presence of religious symbols in the judiciary from an intercultural analysis. The choice of the theme is motivated by its contemporaneity and by the recurrent questioning of this practice, especially because Brazil is a country where people from various cultures and beliefs live. The question that guides this research is the following: Is the presence of religious symbols in the judiciary an affront to the right to freedom of belief? To answer this enquiry the argumentative deployment was based on the following path: first was approached secularism, in order to demonstrate the consequences resulting from the option of the State by the secularism; following an analysis of interculturalism and multiculturalism was made in order to demonstrate the theories that seek to present solutions to the peaceful coexistence between diverse cultures that comprise a society; lastly it was analyzed how Brazil has treated the use of symbols by the judiciary, seeking to answer whether there is or not a breach of the right to freedom of belief. The research method adopted was the deductive method and bibliographical research as methodology.*

*Keywords: Freedom of belief. Secularism. Interculturalism.*

##### **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Mealheiros, 2011.

BETANCOURT, Raúl Forner. *Religião e interculturalidade*. Tradução Antônio Sidekum. São Leopoldo: Nova Harmonia: Sinodal, 2007.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pedido de Providências n. 1.344*. Daniel Sottomaior Pereira e Presidente do Tribunal de Justiça do Ceará. Relator: Conselheiro Tecio Lins e Silva. Julgamento em 07 jun. 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/DocumentoEletronico.jsp(4)%20(1).pdf>. Acesso em: 22 set. 2014.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.
- BRASIL. *Constituição: República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076*. Partido Social Liberal e Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Veloso. Julgamento em 08 ago. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 20 set. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54*. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 30 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 20 set. 2014.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no Código Civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- GOMARASCA, Paolo. *Multiculturalismo e Convivência. Uma introdução*. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v20n38/a02v20n38.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2014.
- KYMLICKA, Will. *Federalismo, nacionalismo y multiculturalismo*. 1996. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Kumlicka,%20Will%20-%20Federalismo,%20nacionalismo%20y%20multiculturalismo%20-%20artigo.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2014.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002.
- RATZINGER, Joseph. *Introdução ao cristianismo: Preleções sobre o Símbolo Apostólico*. São Paulo: Herder, 1970.
- RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Conselho da Magistratura. *Expediente Administrativo n. 0139-11/000348-0*. N. proc. Themis Admin.: 139110003480. Rede feminista de saúde, somos - comunicação, saúde e sexualidade, nuances - grupo pela livre orientação sexual, liga brasileira de lésbicas. Relator: Desembargador Cláudio Baldino Maciel. Julgamento em 06 mar. 2012. 13 p. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/jurisprudencia\_administrativa/index.html>. Acesso em: 21 set. 2014.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Poderá o direito ser emancipatório?* 2003. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/RCCS65-003-076-Boaventura\_S.Santos.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.
- SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. *Revista Eletrônica PRPE*, 2007. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/crucifixo%20nos%20tribunais%20e%20laicidade%20do%20estado%20-%20daniel%20sarmiento.pdf>. Acesso em: 20 set. 2014.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. São Paulo: Edusc, 1999.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: analisando a politica do reconhecimento*. Lisboa: Piaget, 1944.

TRUDEAU, Pierre Elliott. *Multiculturalism*. 1971. Disponível em: <<http://www.canadahistory.com/sections/documents/Primeministers/trudeau/docs-onmulticulturalism.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

# COMUNIDADES INDÍGENAS E DEMARCAÇÕES TERRITORIAIS: A INADEQUAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO E O DIREITO FUNDAMENTAL DA PROPRIEDADE

Rodinei Candéia\*  
Thaís Janaina Wenczenovicz\*\*

## RESUMO

A regulamentação jurídica das áreas indígenas no Brasil desde a época colonial sofre impactos da ocupação e povoamento sendo marcada por disputas e revisões jurídicas. Desde 1500 até a década de 1970 a população indígena brasileira decresceu acentuadamente e muitos povos foram extintos. O desaparecimento dos povos indígenas passou a ser visto como uma contingência histórica. Sua retomada em crescimento, data de 1991 quando o IBGE incluiu o critério da raça no censo demográfico nacional. O contingente de brasileiros que se considerava indígena cresceu 150% na década de 90, ritmo quase seis vezes maior que o da população em geral. O percentual de indígenas em relação à população total saltou de 0,2% em 1991 para 0,4% em 2000, totalizando 734 mil pessoas. Houve um aumento anual de 10,8% da população, a maior taxa de crescimento dentre todas as categorias, quando a média total de crescimento foi de 1,6%. Esse aumento populacional estimulou a busca por novas áreas para serem gerando graves conflitos em suas localidades, inclusive com ocorrência de assassinatos. Para realizar essas demarcações, a FUNAI tem utilizado o Decreto Lei n. 1.775/96. Este estudo tem por objetivo geral analisar o uso dessa norma para embasar as demarcações, através de interpretação sistemática das regras legais acerca do processo demarcatório de terras indígenas, especificamente no Sul do Brasil, tendo como *leading case* a área da Reserva Florestal de Mato Preto/RS, fazendo o confronto entre os direitos em questão. Palavras-chave: Comunidades Indígenas. Demarcações Territoriais. Direitos Fundamentais. Propriedade.

## 1 INTRODUÇÃO

Discutir o processo de ocupação e povoamento das terras brasileiras exige voltar o olhar de ressignificação para o passado. Sabemos que a história da nação brasileira passa pelo reconhecimento das populações nativas. A diversidade sociocultural e étnica dos indígenas brasileiros é estimada, no século XVI, quando Cabral chegou ao Brasil, em cerca de 5 milhões de índios, de mais de 1000 etnias e falantes de mais de 1.300 línguas (RIBEIRO, 1995).

Suas culturas materiais e imateriais registraram em larga escala saberes e historicidade sócio culturais complexas, sofisticadas em muitos aspectos, interessantes por si mesmas e portadoras de significativos valores para o mundo moderno, como o respeito pela natureza e um modo

---

\* Mestre em Doctorado en Estudios Internacionales pela Universitat de Barcelona; Doutorando DEA (Suficiência Investigadora) pela Universidade de Barcelona, Espanha; Procurador do Estado do Rio Grande do Sul; Professor de Direito Financeiro da Universidade Regional Integrada de Erechim; Professor de Tributário em Pós-Graduação; Rua Sete de Setembro, 1621, 99700-000, Erechim, Rio Grande do Sul, Brasil; rodineicandeia@gmail.com

\*\* Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em História Regional pela Universidade de Passo Fundo; Colaboradora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professora na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; t.wencze@terra.com.br

de vida sustentável. Mesmo assim, a degradação das culturas tradicionais pelo contato assíduo com a comunidade dita como ‘civilizada’ foi ágil e com grandes transformações nas relações materiais e socioculturais em decorrência das práticas assimilacionistas.

Atualmente o país possui uma extensão territorial de 851.196.500 hectares, ou seja, 8.511.965 km<sup>2</sup>. Por sua vez as terras indígenas, somam 698 áreas, ocupando uma extensão total de 113.597.452 hectares ou 1.135.975 km<sup>2</sup> para uma população de 734 mil índios.<sup>1</sup> Logo, 13.3% das terras no Brasil são reservadas aos povos indígenas, conforme apontam dados do Instituto Socioambiental (2015). E ainda, de acordo com o ISA:

A maior parte das TIs [Terras Indígenas] concentra-se na Amazônia Legal: são 422 áreas, 111.401.207 hectares, representando 22,25% do território amazônico e 98.42% da extensão de todas as TIs do país. O restante, 1.58% , espalha-se pelas regiões Nordeste, Sudeste, Sul e estado do Mato Grosso do Sul. (INSTITUTO SOCIO-AMBIENTAL, 2015).

Nessa assertiva, o devido artigo tem por objetivo elencar elementos acerca da demarcação das terras indígenas no Sul do Brasil, mais especificamente na região norte do Rio Grande do Sul, tendo como espaço social e territorial a área denominada de Reserva Florestal do Mato Preto, que se pretende declarar indígena, localizada nos municípios de Getúlio Vargas, Erebangó e Erechim, no norte do Rio Grande do Sul.

Em reconhecimento a produção científica, sabe-se que os conflitos territoriais oriundos da ocupação irregular das terras indígenas historicamente demarcadas pelo Estado nas décadas de 1940-1960 foram resolvidos. Portanto, os conflitos que estão tendo impacto e visibilidade no norte do Rio Grande do Sul são frutos de demandas de criação e/ou ampliação de terras indígenas em locais que foram colonizados no início do século XX e estão hoje densamente povoados por agricultores familiares que possuem vínculos sociais, econômicos e culturais com os mesmos.<sup>2</sup>

Em obstante, reconhecemos que a desterritorialização dessas famílias para reterritorialização dos indígenas geraria impactos de grandes proporções. É claro que a situação dos agricultores e seus direitos deve ser analisada com maior cuidado, não podendo ser tratada apenas como um conjunto de intrusos que devem ser retirados de terras indígenas a serem demarcadas.

---

<sup>1</sup> Além da questão do autorreconhecimento, outro fator determinante no aumento populacional foi apontado pelo indigenista e Administrador Veloso (2011, p. 20, grifo nosso): “[...] houve um aumento de natalidade, houve um aumento de abril/2009 para cá. O controle da natalidade era através de chás e aquele sistema de amamentar: enquanto amamentavam, não engravidavam [...] Elas criavam as crianças até dois, três anos no peito [...] E agora elas amamentam menos de um ano [...] a criança começou a andar, começou a falar o kainingang, elas se livram. Não dão mais o seio. Daí engravidam. *Eles têm um incentivo muito grande, com o auxílio natalidade. A mulher tem um filho e eles têm quatro meses de um salário.* Aí os homens se aproveitam disso. O homem obriga [...] que a mulher tenha o filho para terem o salário, e ela passa o salário para ele.”

<sup>2</sup> Segundo Kujawa (2014), em um raio de 200 quilômetros de Passo Fundo (RS), há 13 acampamentos indígenas que reivindicam a demarcação de novas terras indígenas, num movimento que os têm denominado de “retomada” e que possui organização de indígenas (conselho de caciques), apoio de organizações indigenistas, da igreja e da FUNAI. Uma das possíveis especificidades da realidade gaúcha é que estas demandas indígenas estão ocorrendo em região densamente povoada por agricultores familiares que estão nestas terras secularmente, sendo, portanto, o impacto da criação de terras indígenas muito diferente de outras partes do Brasil. Só para exemplificar, nos três casos - Vouro Kandoia, (município de Faxinalzinho e Benjamin Constant), Mato Preto (municípios de Getúlio Vargas e Erebangó e Erechim) e Passo Grande do Forquilha (municípios de Sananduva e Cacique Doble).

Entretanto, reconhecendo os objetivos deste artigo, trataremos apenas da perspectiva legal que inserem no eixo central as demarcações, problematizando as questões que se relacionam com a evolução legal e a jurisdição que cerca as demandas indígenas por novas.

O presente artigo divide-se em quatro partes. A primeira destaca o marco regulatório jurídico frente as demarcações de terras indígenas. A segunda traça elementos relativos à interpretação das demarcações após 1988. A terceira parte denominada é sobre a aplicação da referida norma e os direitos atingidos das comunidades nativas e dos proprietários não-indígenas e alguns de seus desdobramentos. A quarta e última parte intitulada *do Judiciário e as demarcações* traça um panorama atual das decisões judiciais que tratam das.

## 2 DA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS DEMARCAÇÕES

A incidência de normas jurídicas sobre as terras brasileiras se deu com a conquista portuguesa, cujas leis passaram a vigor sobre todo o território.<sup>3</sup> As regras sobre áreas indígenas remontam ao Império Brasileiro, com a Lei n. 601, de 1850. Essa norma retornou ao domínio público as áreas concedidas no sistema de sesmarias e não ocupadas adequadamente, criando o conceito de “terras devolutas”, que seriam todas aquelas que não estivessem no domínio particular.<sup>4</sup> Dentre as devolutas, essa mesma Lei garantiu aos indígenas a posse sobre a terras que ocupassem, determinando fossem-lhe reservadas.

Posteriormente, a Constituição Republicana de 1891 transferiu aos Estados as terras devolutas, mantendo a obrigação de reservar as áreas ocupadas pelos indígenas. Em função disso, o Estado do Rio Grande do Sul demarcou as áreas ocupadas por indígenas em seu território entre 1911 e 1918, criando 11 reservas. Essas abrangiam a população indígena conhecida à época, então com 2800 pessoas e tinham área total de 92.292,51 hectares ou 922.925.100 milhões de metros quadrados.

A Lei de Terras de 1922 do Estado do Rio Grande do Sul também garantiu a posse aos indígenas das áreas que ocupassem. É importante lembrar que os conflitos territoriais no Rio Grande do Sul não são recentes. O que é corrente neste caso, nas últimas décadas, é o conflito entre indígenas e agricultores familiares. Para entendermos melhor estes últimos, o pesquisador Kujawa (2014) aponta quatro momentos distintos sobre o processo de ocupação e povoamento territorial no Rio Grande do Sul no último século:

- a) de 1911-1918, o governo do RS criou 11 áreas indígenas na região Norte do Rio Grande do Sul, loteando e vendendo lotes agrícolas em colônias públicas para agricultores, principalmente, descendentes de imigrantes;
- b) nas décadas de 1940-1960, algumas áreas indígenas demarcadas estavam em grande medida ocupadas por agricultores que faziam suas roças e pagavam parte para os indígenas e/ou para os funcionários do governo, por isso o Governo do RS faz reforma agrária em terras indígenas, vendendo parte delas para agricultores no Governo Leonel Brizola (1959/1963), como é o caso de áreas em Nonoai e Serrinha;

<sup>3</sup> Há uma discussão, meramente teórica, de que vigeria no Brasil o princípio do indigenato, segundo o qual os índios teriam direitos anteriores à própria formação do Estado e, portanto, seriam direito originários oponíveis aos títulos de propriedade e mesmo à Constituição. Contudo essa posição nunca foi adotada pelo legislador brasileiro, que sempre optou pela “Teoria do Fato Indígena”, pela qual os direitos dos índios sobre a terra decorrem da posse efetiva e atual sobre a área, conforme o próprio art. 231 da CF definiu.

<sup>4</sup> Arts. 3º e 12.

c) na década de 1990, seguindo a Constituição de 1988, que garante a demarcação das terras, as áreas que tinham sido vendidas para os agricultores na década de 1960 são devolvidas para os indígenas, que recuperam legal e legitimamente as áreas historicamente demarcadas, algumas de grande extensão, como é o caso de Serrinha, que tem 11 mil hectares;

d) na última década os indígenas passam a reivindicar as terras que nunca foram demarcadas oficialmente como indígenas e, na sua maioria absoluta, foram vendidas pelo Estado a agricultores nas primeiras décadas do século XX. Portanto, os atuais conflitos territoriais são completamente diferentes dos que ocorreram na década de 1990 e se dão sobre terras secularmente escrituradas pelo Estado do Rio Grande do Sul ou por ele reconhecidas e ocupadas por agricultores.

Alude-se também que a partir de 1928, com a transferência da gestão indígena para o Governo Federal, através do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), as áreas demarcadas foram sendo exploradas, reduzidas e, entre as décadas de 1940 a 1960, muitas foram colonizadas pelo próprio Estado, ante a realidade de estarem sendo ocupadas por não índios.<sup>5</sup>

Em 1968, uma CPI da Assembleia Legislativa do RS apurou a diminuição ou extinção das áreas indígenas e emitiu a Resolução n. 1.065/68, que reconheceu o direito de posse dos indígenas sobre essas áreas e propugnava a devolução aos indígenas. Essa disposição foi incorporada à Constituição Estadual de 1989, que no art. 32, do ADCT reiterou a necessidade de devolução e a obrigação de reassentamento dos agricultores ocupantes das áreas demarcadas no início daquele século, o que foi realizado durante as duas décadas seguintes.

A Constituição Federal de 1988 definiu expressamente que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União,<sup>6</sup> reiterando a de 1967, e reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e a posse permanente, competindo à União demarcá-las.<sup>7</sup> Essa também vedou a remoção dos grupos indígenas de suas terras,<sup>8</sup> não podendo serem promovidas movimentações de comunidades indígenas, salvo situações extremas de calamidade e outras.

## 2.1 LEGISLAÇÃO INDIGENISTA

Para enfrentar os problemas e desafios em relação à questão indígena, em 1910 criou-se o Serviço de Proteção ao Índio (SPI). O Serviço garantiu a posse de algumas terras tradicionais aos seus ocupantes e as protegeu contra invasões, bem como reconheceu a importância de suas culturas originais e suas instituições. Entretanto, sua atuação teve pouca repercussão.

Com a atuação insuficiente do SPI, em 1967 cria-se a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Erguendo-se sobre os escombros do SPI e administrando a escassez de recursos humanos e financeiros

<sup>5</sup> No início do século XX (1910-18) foram demarcadas 11 áreas: Cacique Doble (1910); Carreteiro (1911); Caseiros (1911); Inhacorá (1911); Ligeiro (1911); Nonoai (1911); Serrinha (1911); Ventarra (1911); Guarita (1917); Votouro - Kaingang (1918); Votouro - Guarani (1918). Algumas dessas áreas, que foram reduzidas e outras que foram extintas na década de 1960, tiveram os seus limites reestabelecidos após a Constituição de 1988. Hoje as áreas reivindicadas pelos indígenas onde tem maior tensão social estão no centro norte do Rio Grande do sul, situadas em locais de colonização, ocupadas por agricultores familiares.

<sup>6</sup> Art. 20, inciso XI.

<sup>7</sup> Art. 231 e § 2º.

<sup>8</sup> § 5º, do art. 231.

ros, a FUNAI teve por muito tempo como objetivo principal assimilar os povos à cultura brasileira. Embora essa linha de pensamento já não fosse um consenso, serviu de base para Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973, conhecida como Estatuto do Índio (LIMA, 2009, p. 21-30)

A criação da FUNAI, órgão existente até hoje, é sem dúvida fato relevante, porque, ao substituir o SPI, passa a ser o órgão da União formalmente responsável pela proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas. A finalidade de proteção dos povos indígenas é um elemento de continuidade entre o SPI e a FUNAI: permanece a ideia de que os indígenas precisam de um tutor para se desenvolverem, alguém que administre parte das questões essenciais de sua vida; em outras palavras, a visão paternalista do indígena como pessoa relativamente capaz. Em alguma medida, essa postura adotada pela FUNAI na década de 1970 ainda permanece arraigada nos seus agentes e em parte dos povos indígenas: “Daí a idéia da FUNAI como pai e mãe, ainda muito presente entre vários povos indígenas do Brasil” (LUCIANO, 2006, p. 35) que ainda influencia até hoje a maneira como os povos indígenas se relacionam com os órgãos do Estado.

Reitere-se que no contexto de surgimento da FUNAI (década de 70 do século XX) ainda predominava a ideia de que era necessário promover a assimilação dos povos indígenas à “sociedade nacional”. A rigor, o paradigma assimilacionista não era uma particularidade apenas do Brasil ou da América Latina. E a prova disso é a Convenção n. 107 de 1957 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes.

Nesse contexto, sabe-se que dentre as inúmeras dificuldades enfrentadas por quem tem operado nas demarcações indígenas foi utilizar-se indistintivamente o Decreto n. 1.775/96, como se a Constituição Federal fosse por ele regulamentada, o que seria uma inconstitucionalidade formal.

Contudo, a regulamentação das demarcações não é feita diretamente pelo Decreto n. 1.775/96, mas pela Lei n. 6.001/73 - Estatuto do Índio, que foi recepcionada pela Constituição de 1988 em sua maior parte.

A Lei n. 6.001/73 diferencia as áreas indígenas em quatro categorias:

- a) terras ocupadas: são aquelas com posse efetiva e permanente por índios que as habitam, independentemente de demarcação, definindo como bens inalienáveis da União.<sup>9</sup>

Essas são as terras a que se refere o caput do art. 231, da CF, que visava regularizar as áreas já ocupadas tradicionalmente e ainda não demarcadas:

- b) áreas reservadas: onde o Estatuto do Índio define que a União pode estabelecer áreas indígenas reservadas através de compra ou desapropriação, em qualquer lugar.

Não se confunde esse tipo com as de posse imemorial<sup>10</sup>, tradicionalmente ocupadas.

As áreas reservadas podem ser:

- I - reserva indígena - é o habitat com meios para subsistência;

<sup>9</sup> Arts. 22 a 25.

<sup>10</sup> Art. 26, e § 2º, da Lei 6.001/73.

II - parque indígena - é área contida na posse de índios integrados e para preservação ambiental, como o Parque do Xingu;

III - colônia agrícola indígena - área para exploração agropecuária, administrada pela FUNAI, onde convivam índios aculturados e membros da comunidade nacional.

- c) território federal indígena: Seria a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por índios. Entende-se que não foi recepcionado o tipo pela CF/88.
- d) terras de domínio indígena: São aquelas adquiridas na forma da lei civil, por indígena ou comunidade, inclusive por usucapião. Equivale à propriedade civil comum.

### **3 DA NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL ÀS DEMARCAÇÕES**

A interpretação das normas aplicáveis às demarcações deve ser feita de modo a preservar o sistema jurídico, pois o Decreto n. 1.775/96 regulamenta o Estatuto do Índio - Lei 6.001/73 - e não diretamente a Constituição Federal. A interpretação isolada a partir do Decreto desintegra o conjunto normativo, levando a consequências desastrosas.

Assim, de acordo com a exposição anterior, somente as terras ocupadas, de que trata parte do Estatuto do Índio, são passíveis de demarcação administrativa na forma do Decreto n. 1.775/96, que nunca pretendeu desconstituir propriedades seculares, direito fundamental protegido pelo art. 5º da CF.

O Estatuto do Índio garante aos indígenas a posse<sup>11</sup> permanente das terras que habitam, determinando a demarcação administrativa conforme processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.<sup>12</sup> Assim como o art. 231 da CF/88, a demarcação administrativa só pode ser feita em terras da União e apenas em terras ocupadas pelos indígenas ao tempo da Constituição de 1988.

A nulidade e extinção de atos jurídicos são apenas para os títulos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas. A exceção é para as terras que tenham sido desocupadas em virtude de ato ilegítimo de autoridade ou particular, mas que tem de ser devidamente comprovada e não apenas pelo laudo antropológico unilateral e que não resguarda os princípios do devido processo legal.

Assim, tanto o caput do art. 231 quanto o Decreto n. 1.775/96 destinam-se unicamente às áreas ocupadas pelos indígenas em 1988.

Isso decorre do corolário lógico de que a demarcação meramente administrativa somente pode ser feita em área que seja da própria União Federal, com são as áreas indígenas ocupadas.

Assim como qualquer particular, a União em suas áreas pode criar administrativamente divisões e modificar destinações. Não pode, no entanto, riscar o mapa de áreas privadas como se estivesse em seu próprio domínio, unilateral e inconstitucionalmente revogando títulos válidos.

No regime constitucional e legal brasileiro não é possível que um ente público desconstitua propriedade privada através de ato meramente administrativo. O direito de propriedade foi

<sup>11</sup> Em seu art. 2º, inciso IX.

<sup>12</sup> Art. 19.

uma conquista histórica da sociedade, que substituiu o sistema de domínio do Rei ou da Igreja, garantindo aos cidadãos a propriedade de suas casas e os direitos correlacionados, como a inviolabilidade do domicílio e a privacidade.

Trata-se o direito de propriedade de fator estruturante do modelo de República brasileiro e como tal deve ser tratado, conforme estabelece a cláusula pétrea do art. 5º da Constituição.

Em busca da resolução do enfrentamento, como a de criação de outras áreas indígenas, deve a União constituir-las no segundo formato previsto na Lei n. 6.001/73, de áreas reservadas, adquirindo-as pelos meios jurídicos disponíveis, em especial a compra e a desapropriação, com obediência aos preceitos constitucionais e legais, em especial os princípios do direito administrativo, dos quais se destacam o da legalidade e o da razoabilidade, cujo atendimento poderá ser avaliado judicialmente.

Nesse aspecto, não podem as demarcações mal iniciadas no formato do Decreto n. 1.775/96 ser transformadas em outro tipo no meio do caminho, por vício ao princípio dos motivos determinantes do ato administrativo.<sup>13</sup>

A extensão indevida da aplicação do Decreto n. 1.775/96, principalmente pela FUNAI, União e Ministério Público Federal, indica a geração de uma série de conflitos entre indígenas e pequenos proprietários rurais deixando a ambos os grupos a seguinte formatação: aos indígenas, cria a expectativa de direito por meio da revisão histórica e aos proprietários rurais, a sensação de confisco.

#### **4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS NAS DEMARCAÇÕES FEITAS COM BASE NO DECRETO N. 1.775/96**

Como indicado, a inadequada aplicação do Decreto n. 1.775/96, acrescido da insistência da UNIÃO, da FUNAI e do MPF nesse modelo, tentando impor a superada tese do indigenato, indica a fragilização de vários princípios e direitos constitucionais. A aplicação indiscriminada do Decreto n. 1.775/96 revoga as disposições constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, pois, não sendo lei em sentido estrito, criaria e extinguiria direitos e obrigações, ferindo o princípio da legalidade, além das garantias processuais dos brasileiros.<sup>14</sup>

No âmbito do processo de demarcação, estaria ferido o princípio da impessoalidade, pois permitiria que os trabalhos fossem dirigidos por antropólogos que possuem vínculos e interesses com um dos grupos em conflito,<sup>15</sup> direcionando o processo administrativo conforme os interesses da direção da FUNAI<sup>16</sup> e das comunidades que se dizem indígenas, o que tem se verificado ser foco das

<sup>13</sup> Equivocadas portanto as conclusões do CNJ acerca das demarcações em curso no Mato Grosso do Sul no Relatório emitido em função das Portarias CNJ 53/2103 e 71/2013.

<sup>14</sup> Art. 5º, incs. II, LIV e LV, CF/88.

<sup>15</sup> No caso referido, da demarcação de Mato Preto, a antropóloga encarregada do trabalho técnico foi autora Projeto de Pesquisa de Conclusão de Curso “Aspectos etnográficos da aldeia Guarani de Cacique Doble/RS”, de 1997, UNICAMP, da dissertação de Mestrado Aata Tapé Rupy - Investigação dos deslocamentos territoriais dos Guarani Mbyá e Chiripá do sul do Brasil, UFSC, 2001, e da Tese de Doutorado Oguatá Taperadjá Yvy Tenondé'imá - As imbricações entre deslocamentos territoriais, organização social e sistema cosmológico Guarani, UFSC, 2002, desenvolvida na mesma comunidade onde realizou o trabalho para a FUNAI.

<sup>16</sup> A recomendação do Tribunal de Contas da União ao DNIT, quando apreciou os trabalhos produzidos por antropólogos da UFSC para indenizações na BR 101, teve o seguinte teor: O TCU Advertiu ao DNIT: “[...] no caso de necessitar de laudo pericial de natureza antropológica para mais bem analisar a questão Indígena,

disputadas.<sup>17</sup> A pessoalidade é importante para o trabalho antropológico e para a vida acadêmica dos profissionais,<sup>18</sup> sendo proibida como conduta administrativa que atinge direitos de terceiros.<sup>19</sup>

De igual forma o uso do Decreto para situações fora de sua área de abrangência atinge o princípio da moralidade, uma vez que as soluções dadas pelas demarcações não são universalizáveis. Seguindo-se seu método, toda e qualquer área poderia ser declarada como sendo indígena no país, sem que seja possível defesa pelos interessados. Também não há atendimento ao dever administrativo de transparência e publicidade, pois não é permitido o acesso às informações constantes do processo, nem possibilidade de acompanhamento dos trabalhos, com comunicação prévia. Ainda se pode falar do não atendimento ao dever de eficiência, o que causa perda de credibilidade, que acaba sendo objeto de disputas judiciais; bem como não há razoabilidade e proporcionalidade, pois as conclusões das demarcações partem das convicções prévias e demarcam áreas evidentemente excessivas.

Assim, estender-se o Decreto n. 1.766/96 para fora da hipótese constitucional e legal possível afronta direitos fundamentais da pessoa humana e vários princípios constitucionais, possuindo-os ainda os defeitos da unilateralidade e parcialidade. O processo é iniciado por iniciativa da própria FUNAI, que lhe dirige todos os trâmites, a qual tem vínculos diretos, objetivos e subjetivos com as comunidades a que destinarão a área, além de ampliar o seu espaço de poder com o resultado da demarcação. A participação de não índios no processo é limitadíssima, assim como de Estados e Municípios, não lhes sendo permitida sequer a nomeação de peritos auxiliares.

Dispondo o art. 5º, LIV, da CF, que ninguém deverá ser privado de seus bens sem o devido processo legal, é forçoso concluir que o “Juiz” que vai decidir sobre essa perda não pode ser o próprio beneficiário, que conduz *manu militari* o andamento do processo. Nesse sentido, o processo administrativo mal aplicado fere a ampla defesa, pela impossibilidade de produção de prova, de acompanhamento dos trabalhos técnicos e mesmo de consideração verdadeira desta, quando trazida aos autos. Fere igualmente o contraditório. Pelos mesmos motivos anteriormente expostos,

---

sirva-se de profissionais ou expertos isentos e não ligados à defesa dos interesses daquelas comunidades.” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2015).

<sup>17</sup> Como explica Oliveira (2004), a antropologia brasileira abandonou a “antropologia aplicada”, neutra, para a chamada “antropologia da ação” ou também a “antropologia prática”, onde deve haver o envolvimento e direcionamento do antropólogo com os interesses dos indígenas, posição da Associação Brasileira de Antropologia-ABA.

<sup>18</sup> De regra os antropólogos têm interesse em realizar as demarcações, para fins curriculares e acadêmicos. No caso de Mato Preto, a profissional contratada publicou seu Relatório Preliminar dos Trabalhos de Identificação e Delimitação da Terra Indígena de Mato Preto pela UNESCO em 2004 e o Relatório Antropológico de Identificação da Terra Indígena Mato Preto pela UNESCO em 2005 (fls. 1494 e 1495, anexo II, vol. 8), o que certamente lhes dá prestígio. Ela também publicou a tese de Doutorado em Antropologia Social “*Aetchara’u Nhanderukuery Karay Retarã. Entre Deuses e Animais; Xamanismo, Parentesco e Transformação entre os Guarani Chiripá e Mbyá do sul do Brasil*”, pela UFSC, em 2006.

<sup>19</sup> Alertam sobre o desvio ético na confecção de laudos antropológicos Elaine Amorin, Kênia Alves e Marco Paulo Froes Schettino (AMORIM; ALVES; FRÓES, 2010), dizendo que “Sem antes apresentar os resultados ou as devidas justificativas para sua não apresentação, o antropólogo não deve usar o material colhido no período de campo - financiado pelo dinheiro público com o objetivo de responder a uma reivindicação coletiva e cujas informações foram disponibilizadas em função do interesse imediato daquele coletivo em ver atendidos seus direitos - em trabalhos de interesse eminentemente pessoal ou que revertam antes em benefícios de caráter individual do que social. Não são poucos os casos em que se observa esse tipo de prática. Neles, o esforço em produzir empreendimentos de interesse pessoal a partir de trabalhos que envolvem interesse público é incomensuravelmente maior do que em apresentar os resultados esperados socialmente.”

não é permitido o contraponto às provas produzidas unilateralmente pela FUNAI, nem se produzir prova em contrário.

Decorrentemente, há ferimento do direito de igualdade. O conjunto de vícios aos preceitos constitucionais antes descritos demonstra que uma das partes atingidas pelo processo administrativo não tem garantidos seus direitos fundamentais a um devido processo legal, sendo colocada em pé de desigualdade com os interessados em demarcar a área.

Em consonância com a doutrina mais moderna de direito administrativo, essa condução inadequada da demarcação fere o que se chama de direito a uma decisão substancialmente justa.<sup>20</sup> O devido processo legal implica a sujeição da administração pública a todos os princípios do art. 37, que combinados com o art. 5º, LIV, impõe sejam as conclusões razoavelmente justas. Não sendo atendidos essa gama de princípios, não há como aferir-se a correção da decisão, impondo-se ao cidadão decisão absolutista, de caráter autoritário e desconforme o atual estágio do Estado de Direito.

Quando a demarcação retira famílias pobres e humildes que habitam há décadas determinada área, é um ataque direto à vida e à dignidade da pessoa humana. As pessoas que legitimamente ocupam as áreas pretendidas são feridas no seu direito à uma vida digna, fundamento da República,<sup>21</sup> à proteção da família,<sup>22</sup> no direito de não receberem o tratamento desumano e degradante de serem expulsas de seus lares, causando-lhes danos morais sem qualquer preocupação com esses resultados danoso.<sup>23</sup> É uma violência extrema o êxodo forçado, para atendimento de um direito teórico e mal sustentado, retirando milhares de pessoas de onde levam suas vidas, violando a sua intimidade, a honra e o asilo inviolável de suas casas.

## 5 DO JUDICIÁRIO E AS DEMARCAÇÕES

Ante a insatisfação das pessoas envolvidas pelo processo demarcatório e em decorrência dos elementos já apontados, é natural a busca de proteção através do Poder Judiciário pelos envolvidos. Especialmente se a decisão é postergada por médio ou longo período.

O Judiciário, ao seu tempo, após um período de incompreensão da matéria e do contexto do problema, passou a clarear seu posicionamento no sentido de limitar a pretensão da União, da FUNAI e do MPF na condução das demarcações indiscriminadas.

Isso já aconteceu por ocasião da apreciação do STF de questão relativa a aldeamentos extintos, quando emitiu a Súmula 650, a qual afirma que “[...] os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.” (BRASIL, 2003).

O Superior Tribunal de Justiça, no MS 4.821/ DF, impediu demarcação área de reforma agrária, por entender haver conflito do art. 231 com o art. 5º da Constituição Federal. O Relator, Min. Peçanha Martins, afirmou que União não pode ser parte e juiz em seu próprio interesse. Tam-

<sup>20</sup> Ensina Didier Junior (2007, p. 31) que “As decisões jurídicas não de ser, ainda, substancialmente devidas. Não basta sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí, fala-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação do mesmo fenômeno.”

<sup>21</sup> Art. 1º, III, da CF/88.

<sup>22</sup> Art. 226, CF.

<sup>23</sup> Art. 5º, caput, e seus incisos I, II e III e X e, XI, da CF/88.

bém na ação 4.810/DF, o Min. Peçanha Martins não admitiu a demarcação sem participação parte interessada. No MS 1.835/DF, que também tramitou no STJ, o Min. César Rocha disse que mero relatório de um técnico não pode derogar títulos seculares, secundado pelo Min. José de Jesus Filho. O Min. Humberto Gomes de Barros afirmou que título público só se desconstitui por decisão judicial. Igualmente na MC 6480, do STJ, o Rel. Ministro José Delgado, prestigiou os títulos propriedade em detrimento da demarcação administrativa.

Nos juízos federais de Primeiro Grau, a Justiça Federal de Joinville suspendeu portarias no processo número 2009.72.01.005799-5/SC, com argumentação muito consistente e que levou em conta o julgamento pelo STF do caso Raposa/Serra do Sol. O mesmo aconteceu na Justiça Federal de Chapecó, também em Santa Catarina, com lapidar decisão do Dr. Narciso Leandro Xavier Baez na Ação Anulatória n. 2007.72.02.003663-3/SC.<sup>24</sup>

Sobre o caso referido no início, a Presidência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região suspendeu a ordem de demarcação da Reserva de Mato Preto, no RS, por risco de lesão à ordem e ao patrimônio público.

Só no STF havia 144 ações discutindo demarcações, podendo se exemplificar com a liminares proferidas nos MS 28.541/DF; MS 28.555/DF/ MS 28.567/DF, e AC 2.556/MS. O STF também impediu a ampliação de reserva indígena no Vale do Itajaí e em Antonio João, no Mato Grosso do Sul, considerando que houve parcialidade e colheita tendenciosa de provas.

No Recurso Extraordinário número 219.983-3/SP, o ministro Marco Aurélio afirmou que ocupação indígena que caracteriza a tradicionalidade para efeitos de demarcação administrativa, na forma do art. 231 da CF/88, é um estado atual e não imemorial, pena de poder ser demarcada a Praia de Copacabana. Nesse julgado, o voto do Ministro Nelson Jobim narra que a teoria do indigenato, propagada pela UNIÃO, FUNAI e MPF para justificar a demarcação em áreas particulares, não foi acolhida pelo constituinte de 1988.

## 5.1 DO JULGAMENTO DA PETIÇÃO N. 3.388: CASO RAPOSA/SERRA DO SOL E SUA REPERCUSSÃO NOS DEMAIS CASOS

De todos os julgamentos envolvendo demarcações indígenas, o *leading case* é sem dúvida o da Petição 3.388, caso Raposa/Serra do Sol, de Roraima. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o marco temporal da ocupação tradicional é a data da promulgação da própria Constituição, além de outras definições importantes, como se transcreve:

### 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS.

11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa - a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) - como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

<sup>24</sup> Nesse processo, decidiu o magistrado federal: “Cotejando os interesses dos associados e o dos índios, defendidos nesses autos pela FUNAI e União, e tendo como objetivo a harmonização constitucional de princípios previstos na Lex Magna, nesse momento entendo que *deva prevalecer o direito de propriedade dos autores em face do direito de ocupação dos índios*, porquanto há fundadas dúvidas no que concerne à tradicionalidade da ocupação.” (SANTA CATARINA, 2010, grifo nosso).

11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”.

11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA.

11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

12. DIREITOS “ORIGINÁRIOS”. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF). (BRASIL, 2008).

Como se vê, a questão relativa ao marco temporal da ocupação e da tradicionalidade da terra indígena é de vital importância no processo de demarcação. De todo o longo julgamento, deve-se registrar o significativo posicionamento e voto do Ministro Menezes de Direito acerca da tradicionalidade: “Em primeiro lugar, as terras indígenas são terras ocupadas pelos índios. Não terras que ocuparam em tempos idos e não mais ocupam; não são terras que ocupavam até certa

data e não ocupam mais. São terras ocupadas pelos índios quando da promulgação da Constituição de 1988.” (BRASIL, 2008).

O marco para a determinação da ocupação indígena (5/10/1988) decorre do próprio sistema constitucional de proteção aos direitos dos índios, que não poderia deixar de abranger todas as terras indígenas existentes quando da promulgação da Constituição, sob pena de ensejar um desapossamento ilícito dos índios por não-índios após sua entrada em vigor. (BRASIL, 2008).

Da verificação dos requisitos legais e constitucionais, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aplicados caso ao em tela. Deste modo, diante dos preceitos constitucionais e legais vigentes, bem como pela posição adotada pela Suprema Corte Brasileira sobre assunto, conclui-se que a UNIÃO somente pode realizar a demarcação de terras como sendo tradicionalmente ocupadas por índios quando detectar em alguma área geográfica do território nacional a ocorrência de dois requisitos simultâneos:

1º - Que a área apresente ocupação atual de índios, adotando-se como marco temporal desta atualidade a data de promulgação da Constituição Federal de 1988 (05/10/1988), ou seja, a área em análise deve registrar a posse ou a presença de índios, ainda que conflituosa, quando da promulgação da Constituição atual.

2º - Esta ocupação deve ter a qualidade de tradicionalidade, ou seja, com ânimo de perdurabilidade e permanência para manutenção da cultura.

Além desse entendimento, nesse processo o STF estabeleceu dezenove salvaguardas<sup>25</sup> a serem obedecidas nas demarcações indígenas, a princípio determinando a sua aplicação a todos os casos, o que foi modificado na análise dos Embargos Declaratórios pelo Ministro Luis Roberto Barroso, que afastou a obrigatoriedade, uma vez que não se tratava de julgamento com efeitos vinculantes, mas que recomendou seu atendimento ante a importância do caso e a profundidade da análise pelo STF.

---

<sup>25</sup> Essas 19 condicionantes definem que (1) o usufruto das riquezas pelos indígenas é condicionado ao interesse da União e não abrange (2) recursos hídricos e energéticos; (3) pesquisa e lavra de minerais, dependentes de autorização Congresso; (4) garimpagem e fiscoação. Também (5) não se sobrepõe aos interesses da Defesa Nacional e do resguardo de riquezas; (6) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal fica garantida, independentemente de consulta às comunidades e à Funai. Igualmente (7) não pode impedir instalações de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, construções para prestação de serviços públicos. Ainda, o usufruto dos índios e o acesso de pesquisadores (8, 9 e 10) em reservas com áreas de preservação fica sob responsabilidade e administração do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. O ingresso, trânsito e permanência de não-índios deve ser admitido nas condições da FUNAI, (11 e 12) não podendo ser objeto de cobrança de tarifas pelas comunidades indígenas, (13) mesmo para uso de estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia. A condicionante quatorze diz que as terras indígenas não poderão ser arrendadas ou objeto de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o usufruto e a posse direta; sendo (15) vedada aos não índios a caça, pesca, coleta de frutas ou agropecuária extrativista. (16) Os bens do patrimônio indígena, a exploração das riquezas e utilidades e a renda são tributariamente imunes. Importante condicionante, e que já pautou o Parecer 99/2012 da AGU, é a décima-sétima, que (17) veda a ampliação de área demarcada. A décima-oitava declara que os (18) direitos relacionados às terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis. Também importante condicionante, que poderá garantir o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório no processo demarcatório, é a décima-nona, que diz ser “ASSEGUADA A PARTICIPAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS DURANTE O PROCESSO DEMARCATÓRIO”.

Contudo, pela imprecisão antes apontados, os processos administrativos de demarcação continuam a ignorar solenemente os requisitos fixados pelo Supremo Tribunal Federal, conduzindo as demarcações com critérios próprios e sem respeito a qualquer garantia processual aos interessados, ofendendo seus direitos constitucionais mais básicos.

Com o julgamento dos Embargos Declaratórios no caso Raposa/Serra do Sol, havia a expectativa de ser reeditada a Portaria 303/AGU, o que não ocorreu. Com ela, as condicionantes passariam a ser de atendimento obrigatório pelo Poder Público, como já aconteceu na demarcação da Reserva de Votouro/Kandóia, nos municípios de Faxinalzinho e Benjamin Constant, no Rio Grande do Sul, conforme Parecer 99/2012 da Advocacia-Geral da União,<sup>26</sup> que deu pela impossibilidade da ampliação da reserva. Nessa área delimitada, a disputa por nova área acrescentou ao caso atos de violência extremada - o assassinato de dois agricultores.

Na Medida Cautelar na Reclamação 14.473, o ministro Marco Aurélio entendeu já aplicáveis as condicionantes estabelecidas na Petição 3.388, deferindo liminar para suspender a Portaria 407/2012 da FUNAI e da sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal Ambiental e Agrária da Seção Judiciária de Rondônia na Ação Civil Pública n. 2008.41.00.007471-1.18, nos termos da Lei n. 4.717/65 e inciso II do artigo 14 da Lei n. 8.038/1990.<sup>27</sup>

No caso Raposa/Serra do Sol, o julgamento dos Embargos Declaratórios definiu que são válidas as condicionantes estabelecidas no julgamento da Petição 3.388, mas acolheu os Embargos para declarar que seu efeito não é vinculante e de atendimento obrigatório pelas demais instâncias judiciais e administrativas. No entanto, frisou o relator ministro Barroso que o caso é naturalmente referência, tratando-se de profunda e completa análise da matéria e cujo entendimento deveria naturalmente ser acolhido por todos os demais órgãos judiciais.

Após o caso Raposa/Serra do Sol, um julgamento consolida o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação do art. 231 da Constituição Federal e sua abrangência. Trata-se do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 629.993. Nesse recurso, o STF reafirma o marco temporal de 1988 para a ocupação tradicional indígena. Além disso, diz expressamente que o art. 231 não se aplica à posse imemorial e que sua interpretação não pode quebrar todo o sistema jurídico pátrio então constituído. O caso também é emblemático por que é relatado pela Ministra Rosa Webber, oriunda do Direito do Trabalho e que se poderia pressupor atenderia aos ditames da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, que apregoa vários direitos aos indígenas, dentre os quais a auto-definição, a autonomia e o direito ancestral que se sobrepõe à Constituição e aos direitos dos proprietários. Contudo, a Ministra Relatora de modo expresso afirmou que a posse indígena não contemporânea à Constituição de 1988 não é abrangida pelo art. 231 e seu § 6º, da CF/88.

O caso se tratava de desapropriação indireta de área particular invadida por indígenas, com apoio da União e da FUNAI. A Ministra entendeu que se a União quiser destinar aos indígenas outras áreas que não as ocupadas tradicionalmente, deve desapropriar, obedecendo ao rito legal e indenizando os proprietários. Disse o julgado referido que o esbulho promovido pela União e FUNAI

<sup>26</sup> Esse parecer foi substituído por outro, também por pressão da FUNAI, indígenas e ONGs, demonstrando a capacidade de mobilização e a influência política dos envolvidos com o tema junto ao Governo Federal, desmerecendo a atuação depuradora da Advocacia Pública.

<sup>27</sup> A decisão restou assim ementada: RECLAMAÇÃO - CABIMENTO - AÇÃO POPULAR - EFICÁCIA - TERRAS INDÍGENAS - CONDICIONANTES - OBSERVÂNCIA - LIMINAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

deve ser tratado como desapropriação indireta e gera dever de indenizar. Como se vê, a conclusão não é diferente do que se expôs anteriormente, encontrando-se a solução na mera utilização da legislação já disponível.

Ainda mais recentemente, o ministro Fux concedeu liminar na ACO 2.224, aplicando o entendimento do caso Raposa/Serra do Sol. Também a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 29087, apresentado pelo proprietário rural Avelino Antonio Donatti contra a declaração de sua fazenda como sendo de posse imemorial (permanente) da etnia guarani-kaiowá, integrando a Terra Indígena Guyraroká, no Mato Grosso do Sul, com voto-vista da ministra Carmen Lúcia manifestou-se pelo provimento do recurso. A ministra seguiu a divergência aberta pelo ministro Gilmar Mendes na sessão de 24/6/2014, no sentido de dar provimento ao recurso interposto pelo proprietário rural. Com a votação em 2 a 1, impedido o ministro Teori Zavascki, a turma decidiu concluir o julgamento na próxima sessão, a fim de colher o voto do ministro Celso de Mello.<sup>28</sup>

O mais recente caso julgado trata justamente de processo da Justiça Federal de Chapecó, SC, apreciado pelo TRF da 4ª Região, que também decidiu pela aplicação do marco temporal e a impossibilidade de desconstituir a propriedade de pequenos agricultores familiares para demarcação indígena e Cunha Porã, na Apelação/Reexame Necessário n. 5000201-60.2012.404.7202/SC.

## 6 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se apontar que a solução do conflito passa pela mediação e pelo enfrentamento de suas causas. Mediação para que os atuais pontos de tensão não resultem em mais tragédias que ceifem vidas de agricultores e indígenas. Parece óbvio que se o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) continuar entendendo que este é um problema dos índios e dos agricultores, a tendência é o agravamento dos confrontos físicos. Não porque índios e agricultores sejam beligerantes, contudo, o prolongamento das disputas por décadas gera um clima de tensionamento constante.

É fundamental que estas mudanças tornem mais criteriosas as instaurações de processos administrativos de identificação e delimitação de terras indígenas, para os casos que se aplicam realmente, e que, uma vez instaurados, eles sejam mais rápidos e respeitantes do devido processo legal. É importante que desde o início do processo se estabeleça, com precisão, o que vai acontecer com os índios e com os agricultores no final do processo, tendo uma solução clara para os dois grupos, independente do resultado do processo.

Também acrescenta-se a conclusão que o caos social causado pelas demarcações decorrem em sua maioria do uso indiscriminado do Decreto n. 1.775/96 e impulsionado pela má aplicação das normas incidentes, havendo interpretação distorcida do conjunto legislativo, para atender-se interesses políticos os mais variados, em detrimento dos direitos fundamentais de milhares de brasileiros, indígenas ou não, em ofensa à Constituição e aos princípios republicanos.

A regulamentação jurídica das demarcações não se limita ao art. 231 da CF/88 e ao Decreto 1.775/96, cuja aplicação é restrita aos casos de áreas ocupadas tradicionalmente pelos índi-

---

<sup>28</sup> Outros julgados do Tribunal Regional da 4ª Região têm se posicionado assim, sendo que os seguintes do STF vão na mesma linha de entendimento, Brasil (2014) e Brasil (2015).

genas em 1988. Para atender à necessidade de constituir-se novas áreas destinadas aos indígenas, fora da hipótese do art. 231 da CF/88, a União pode adquirir terras pelos meios legais disponíveis, desde que atende às normas e princípios incidentes, não podendo se valer do Decreto n. 1.775/96.

Tal entendimento é confortado pelas decisões judiciais, em especial o julgamento do caso Raposa/Serra do Sol, já dispondo a União e a FUNAI de instrumental jurídico para realizar corretamente as demarcações de eventuais novas áreas indígenas, tanto nos casos de ocupação tradicional de área da própria União, como para constituir novas áreas com aquisição de particulares, respeitando o ordenamento jurídico e principalmente os direitos fundamentais dos envolvidos, dentre os quais se destacam os direitos à vida, à dignidade humana, ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório e à propriedade, alicerces estruturantes do Estado Brasileiro. O direito fundamental de propriedade, em especial, não pode ser desconstituído por ato administrativo unilateral praticado no âmbito do Decreto-Lei n. 1.775/96.

**INDIGENOUS COMMUNITIES AND TERRITORIAL DEMARCATIONS: THE INADEQUACY OF THE DEMARCATION ADMINISTRATIVE PROCESS AND THE FUNDAMENTAL RIGHT OF THE PROPERTY**

**ABSTRACT**

*The legal regulation of indigenous areas in Brazil since colonial times suffers for the occupation and settlement impacts are marked by disputes and legal reviews. From 1500 to the 1970s the Brazilian indigenous population decreased sharply and many people became extinct. The disappearance of indigenous peoples came to be seen as a historical contingency. Their resumes growing, dating from 1991 when the IBGE included the criterion of race in the national census. The Brazilian contingent that was considered indigenous grew 150% in the 90s, rhythm almost six times higher than the general population. The percentage of Indians in relation to the total population jumped from 0.2% in 1991 to 0.4% in 2000, totaling 734,000 people. There was an annual increase of 10.8% of the population, the highest growth rate among all categories when the total average growth was 1.6%. This population growth has stimulated the search for new areas to be demarcated, creating serious conflicts in their localities, including the occurrence of murder. To accomplish these demarcations, FUNAI has used Decree Law n. 1,775 / 96. This study has the objective to analyze the use of this standard to support the demarcation, through systematic interpretation of the legal rules regarding the demarcation of indigenous lands, specifically in southern Brazil, with the leading case the area of the Forest Reserve Mato Preto/RS, making the confrontation between the rights in question.*

*Keywords: Indigenous Communities. Territorial Demarcations. Fundamental Rights. Property.*

**REFERÊNCIAS**

AMORIM, Elaine; ALVES, Kênia; FRÓES, Marco Paulo. A ética na pesquisa antropológica no campo pericial. In: FLEISCHER, Soraya; SCHUCH, Patrice (Org.). *Ética e Regulamentação na Pesquisa Antropológica*. Brasília, DF: Letras Livres/Editora UnB, 2010. Disponível em: <[http://www.anis.org.br/arquivos\\_etica\\_antropologica.pdf](http://www.anis.org.br/arquivos_etica_antropologica.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto n. 143, de 20 de junho 2002. Aprova o texto da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, 21 jun. 2002. Disponível em: <[www.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.Action?id=234865](http://www.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.Action?id=234865)>. Acesso em: 09 nov. 2014.

BRASIL. Decreto n. 3.551, de 04 de agosto de 2000. Instituiu Registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem o Patrimônio Cultural Brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, 04 ago. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2014.

BRASIL. *Petição n. 3.388-4*. Supremo Tribunal Federal. Raposa/Serra do Sol. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requeridos: União e FUNAI - Fundação Nacional do Índio. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

BRASIL. Recurso Extraordinário com agravo: ARE 803462. Relator: Ministro Teori Zavascki. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 09 dez. 2014. *JusBrasil*, Brasília, DF, 12 fev. 2015.

BRASIL. Recurso Ord. Em Mandado de Segurança n. 29542. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 30 set. 2014. *JusBrasil*, Brasília, DF, 13 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 650, de 24 de setembro de 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 09 out. 2003.

COLAÇO, Thaís Luzia. O Direito Indígena a partir da Constituição Brasileira de 1988. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Petters (Coord.). *Constitucionalismo Latino-Americano: Tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório dos Trabalhos da 'Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul'*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/relatorio\\_indios\\_ms.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/relatorio_indios_ms.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2007.

FONSECA, Pedro Ari Veríssimo da. *Gente da terra: conquistas e caminhos: povoadores*. Passo Fundo: Berthier, 2011.

GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

IBGE. *Censo Demográfico 2010*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/>>. Acesso em: 26 maio 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Terras Indígenas. Localização e extensão das TIs*. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/terras-indigenas/demarcacoes/localizacao-e-extensao-das-tis>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

JUNQUEIRA, Carmen. The Brazilian Indigenous Problem and Policy: The Example of The Xingu National Park. In: *AMAZIND/IWGIA Document*. Copenhagen/Geneva, 1973.

LIMA, Luciana Alves de. *Direito Socioambiental - Proteção da diversidade biológica e cultural dos povos Indígenas*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 2009.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Os Direitos Humanos na Constituição brasileira: desafios da efetividade. In: MALUSCHKE, Georges et al. (Org.). *Direitos Humanos e Violência: desafios da ciência e da prática*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

LUCIANO, Gersem dos Santos. *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*. Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretaria de Continuada, Alfabetização e Diversidade: LACED/Museu Nacional, 2006.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. O mal-estar da ética na antropologia prática. In: RUBEN, Víctora et al. (Org.). *Antropologia e Ética. O debate atual no Brasil/Ceres*. Niterói: EdUFF, 2004.

RANGEL, Lúcia Helena; LIENGOTT, Roberto Antonio. O desfavorável panorama político refletiu-se diretamente no aumento da violência nas aldeias. In: RANGEL, Lúcia Helena et al. (Coord.). *Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil - Dados de 2013*. Brasília, DF: Conselho Indigenista Missionário, 2013.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SANTA CATARINA (Estado). *Ação Anulatória n. 2007.72.02.003663-3/SC*. Juiz Federal: Narciso Leandro Xavier Baez. Chapecó, SC, 17 dez. 2010.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. STF reafirma o Indigenato e dá efetividade à Constituição. *Consultor Jurídico*, 04 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/roberto-lemos-stf-reafirma-indigenato-efetividade-constituicao>>. Acesso em: 26 maio 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Processo TC 003.582/2005-8*, fl. 478. Disponível em: <<https://www.google.com.br/#q=Processo+TC+003.582%2F2005-8>>. Acesso em: 26 maio 2015.

