

Organizadores

Cristhian Magnus De Marco

Maria Cristina Cereser Pezzella

Wilson Steinmetz

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Teoria Geral e Mecanismos de Efetividade
no Brasil e na Espanha - Tomo I*



Editora Unoesc



Organizadores

Cristhian Magnus De Marco

Maria Cristina Cereser Pezzella

Wilson Steinmetz

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Teoria Geral e Mecanismos de Efetividade
no Brasil e na Espanha - Tomo I*



Editora Unoesc

Joaçaba 2013

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

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

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D598 Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha: Tomo I / organizadores Cristhian Magnus De Marco, Maria Cristina Cereser Pezzella, Wilson Steinmetz. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2013. - (Série Direitos Fundamentais Cívicos)

266 p.; 21 cm x 30 cm.

ISBN - 978-85-8422-013-7

1. Direitos Fundamentais Cívicos. I. De Marco, Cristhian Magnus. II. Pezzella, Maria Cristina. III. Steinmetz, Wilson. IV. Série.

Doris - 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitor Acadêmico
Nelson Santos Machado

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

Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê
Genesio Téio

Conselho Editorial

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

Organizadores

Cristhian Magnus De Marco
Maria Cristina Cereser Pezzella
Wilson 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 Fabríz (FDV, Brasil)
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 5

CAPÍTULO I - ENSAIOS TEÓRICOS E FILOSÓFICOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

VERSIÓN ACTUAL DE DIGNIDAD DE LA PERSONA: UN NUEVO PARADIGMA PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN ÉPOCA DE CRISIS 9

María Méndez Rocasolano

DIGNIDADE HUMANA E O MULTICULTURALISMO 19

Arno Wolf, Narciso Leandro Xavier Baez

O “PROJETO DE VIDA” DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 33

Carlos Giovani Pinto Portugal, Rosalice Fidalgo Pinheiro

SEGURANÇA JURÍDICA NUM MODELO DE REGRAS E PRINCIPIOS 53

Carlos Antonio Lesskiu, Paulo Ricardo Schier

INTERÉS DE UNA TEORÍA GENERAL DE LOS “DEBERES FUNDAMENTALES”: SOBRE EL CONCEPTO ONTOLÓGICO CLÁSICO DE “DIGNIDAD” 77

Jorge Jiménez Leube

DEVER FUNDAMENTAL: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO 87

Luísa Cortat Simonetti Gonçalves, Daury César Fabríz

QUEM É O CIDADÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA? 97

Priscila Tinelli Pinheiro, Adriano Sant’Ana Pedra

CENÁRIO ATUAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL 115

Ana Maria D’Ávila Lopes, Denise Almeida de Andrade

CAPÍTULO II - MECANISMOS DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

- O PODER DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO “DAS VERDADES”: O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM E A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA DO ACUSADO EM PROCESSO CRIMINAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO 129**
Matheus Felipe de Castro, Rafaella Zanatta Caon Kravetz
- PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO À “INVISIBILIDADE” NOS ESPAÇOS PÚBLICOS 143**
Silvano Ghisi, Maria Cristina Cereser Pezzella
- JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O DIREITO À MEMÓRIA PARA COMBATER A LESÃO DE BENS CULTURAIS..... 163**
Dirce Nazare de Andrade Ferreira, Daury Cesar Fabríz
- O REGIME GLOBAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E FUNÇÃO SOCIAL DA PROTEÇÃO DA PATENTE DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS EM RAZÃO DO DIREITO À SAÚDE 179**
Francisco Luciano Lima Rodrigues, Marcelo Leandro Pereira Lopes
- OS ESPELHOS DE MACUNAÍMA: BREVÍSSIMAS ESPECULAÇÕES, EM TRÊS MOVIMENTOS, SOBRE A NATUREZA DO SOFTWARE COMO PROPRIEDADE INTELECTUAL 193**
Ricardo Aronne, Ricardo Marchioro Hartmann
- A ESSENCIALIDADE DO BEM CONTRATADO EM PLANOS DE SAÚDE..... 203**
Ayeza Schmidt, Rosalice Fidalgo Pinheiro
- A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR..... 227**
Paulo Caliendo, Fábio Tomkowski
- O CARNAVAL NÃO PODE PARAR: A INSTITUIÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA EM DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA IMPROJETABILIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA..... 241**
Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça

APRESENTAÇÃO

Estabelecer pontes entre culturas distintas, procurando compreender suas diversidades socioculturais, com vistas a encontrar pontos convergentes e construir uma relação dialógica plena de êxito, já se tornou uma tradição para o Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc.

Neste sentido, construir parcerias e convênios com universidades de renome internacional tem sido uma iniciativa constante, sempre numa tentativa de edificar pontos comuns de aproximação entre diferentes culturas, por intermédio do intercâmbio de experiências acadêmicas sempre fecundas, que têm resultado em publicações internacionais periódicas, com a participação de autores brasileiros juntamente com autores de outras nacionalidades.

Nesta oportunidade, o presente livro resulta de uma aproximação entre Brasil e Espanha, procurando refletir ambas as realidades, tendo como base os conhecimentos jurídicos em Direitos Fundamentais, com foco central em sua dimensão material e eficaz, no que diz respeito aos Direitos Fundamentais Civis.

Para tanto, a presente publicação, que ora introduzimos, aparece como fruto de um trabalho intenso e profícuo de uma parceria estabelecida entre o grupo de pesquisa: Mecanismo de Efetivação dos Direitos Fundamentais Civis, da Universidade do Oeste de Santa Catarina, em conjunto com professores pesquisadores da Espanha que elegeram por tema central uma série de estudos sobre Direitos Fundamentais Civis.

Esse esforço de reflexão aqui consolidado, pelos organizadores deste livro, os professores Maria Cristina Cereser Pezzella, Cristhian Magnus De Marco e Wilson Steinmetz, apresenta diversos estudos articulados sob o tema geral: Teoria Geral e Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais no Brasil e na Espanha, objetivando promover uma reflexão sobre os diferentes mecanismos levados a efeito em ambos os países e respectivamente os impactos por eles promovidos em realidades sociais distintas, assim como na interpretação do Direito Contemporâneo.

O tema em questão encontra-se estruturado em dois capítulos: o capítulo I - destinado a uma abordagem sobre ensaios teóricos e filosóficos alusivos aos Direitos Fundamentais e o Capítulo II - tocando especialmente os mecanismos de efetividade dos Direitos Fundamentais implementados em ambas as realidades brasileira e espanhola.

Chapecó, 20 de Julho de 2014.

Riva Sobrado de Freitas

Professora e Pesquisadora do

Mestrado em Direitos Fundamentais - Unoesc

Capítulo I

Ensaio teóricos e filosóficos sobre direitos fundamentais

VERSIÓN ACTUAL DE DIGNIDAD DE LA PERSONA: UN NUEVO PARADIGMA PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN ÉPOCA DE CRISIS

María Méndez Rocasolano*

1 INTRODUCCIÓN

Podríamos preguntarnos qué más puede decirse sobre la dignidad, principio ético, político y moral, piedra angular de los Derechos Humanos, basamento lógico y muro maestro sobre el que construyen sociedades libres, iguales y democráticas. Fuente de un incesante río de tinta impresa, que desde la rigidez de las normas hasta la flexibilidad de la creación intelectual la tienen como protagonista.

Quizás la primera y más importante razón de revisar el alcance y significado de la dignidad es que no comparten estas ideas muchos corazones y mentes de los hombres y mujeres de nuestro tiempo¹ y así, el estandarte que la dignidad fue en un tiempo no tan lejano, queda hoy relegado a letra muerta, a un concepto abstracto, mostrándose superflua su argumentación jurídicopolítica que en algunos foros llega a sugerirse inservible.

En la actualidad por aquí y allá nos rodea la queja, el lamento y la preocupación que no comparto. Son expresiones de una crisis económica global, como no podría ser de otra manera en un mundo globalizado - que ha de puesto de manifiesto de una forma cada vez más voraz la deshumanización el individualismo, las patologías psicosociales propias del estado de competición y supervivencia de este comienzo del siglo XXI. La peculiar situación del hombre de hoy, nos sitúa frente a ideas como las de Charles Taylor en las que de una manera pesimista expresa una pérdida de horizonte a la hora de definir al individuo humano en la modernidad (TAYLOR, 1997, p.31), o las de Paúl Valadier cuando habla de la ruptura ontológica y la soledad del sujeto moderno (VALADIER, 1997, p. 46 ss).

Creo sinceramente que es un momento de actuaciones concretas, de ser más humano - o de seres más humanos - razón por la que propongo una reflexión crítica para revisar los extremos de dignidad y persona vinculados en un concepto que contenga a todo el que sea capaz de desarrollar su personidad y personalidad, como plantearía Zubiri, con una dimensión que acogiendo al individuo se refiera no sólo a la especie sino también a todo el género representado por la humanidad.

2 ELEMENTOS ÚTILES DE UN LEGADO HISTÓRICO

El proceso de configuración y reconocimiento de la dignidad y los derechos humanos es la historia de la lucha del hombre contra el poder. En su desarrollo, la idea de dignidad se ha ido perfilando como un concepto amplio, complejo, multiforme, que ha

* Profesora Doctora de Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Full Bright por Harvard; Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad San Antonio de Murcia.

¹ Skinner sostiene que el ser humano sólo conseguirá la felicidad cuando se libre de dos mitos ensobrecidos y absurdos: la dignidad y la libertad. Más tarde, Rorty (1993) comenta que la afirmación de la dignidad humana por encima de la dignidad animal no es más que una petulancia injustificada de una especie que sabe hablar.

adquirido matices y expresiones propias de la modernidad donde nordea el devenir de la sociedad como metaprincipio, como valor superior conjugando elementos propios de la persona como *Naturæ rationalis individua substantia*.

Con cercana visión desde los humanistas hasta Kant, asistimos a la lucha por consagrar normativamente las violaciones y el desconocimiento de la dignidad y los intereses existenciales o derechos de la humanidad. El embate continua a pesar de los magníficos avances obtenidos en victorias concretas. Victorias que representan los logros que nos ha dejado la historia de los Derechos Humanos. No está declarada la paz, y todavía quedan batallas que librar pues coincidiendo con Mounier, “ni siquiera las alienaciones históricas, que sólo duran un tiempo, nos dan respiro(MOUNIER, 1962, p. 39) - añadido - en nuestra lucha por la eficacia real y efectiva de todos los derechos de todos los hombres. Aquellas victorias son el legado sobre el que construir nuevos paradigmas, pues representan el florecimiento del campo conquistado, donde la dignidad y los derechos a ella inherentes, se expresan axiológicamente como valores exigibles, como valores que el Derecho ha de proteger y garantizar.

Hoy parece que como se proclama la “globalización económica también se globaliza la promoción y protección de la dignidad y de los Derechos Humanos. Este es sin duda, en lo que a nosotros nos toca, uno de los éxitos más importantes, fruto del desarrollo de las las tecnologías de la comunicación que han acercado a los pueblos y aproximado a los seres humanos. En nuestros días, el prójimo ya no es sólo el cercano, es también el lejano cuya realidad la imagen y sonido televisivo aproxima de forma extraordinaria. En la actualidad asistimos a una reacción inmediata frente a las violaciones de los Derechos Humanos y rápidamente aparecen en los medios de comunicación las correlativas críticas y censuras por parte de los Estados y los Organismos e Instituciones comprometidos en la defensa de los Derechos Humanos.

Esta toma de conciencia representa el primer legado del proceso histórico por el que han pasado los Derechos humanos, no en vano se enuncian en generaciones, aunque prefiera personalmente la terminología de Willis Santiago,² que utiliza el termino dimensiones. Excede de este espacio una revisión histórica por lo que volvamos a la reflexión sobre lo que hoy más nos resulta útil de su recorrido a lo largo del tiempo, donde un amplio número de intelectuales, instituciones y corrientes tomaron conciencia de la imperativa necesidad de proteger a la humanidad, a los hombres, mujeres y niños en cualquier lugar del mundo donde se transgredan los derechos vinculados a la dignidad del ser humano.

Este proceso de globalización de los Derechos Humanos se encuentra, en plena evolución, como han puesto de manifiesto en las revueltas de los países árabes, de la primavera del año 2010 contra el orden establecido, en pro de regímenes democráticos y justos donde la dignidad de la persona tenga espacio. Hay una conciencia real de que el ser humano es ontológicamente el mismo, independientemente de lugar de procedencia, su calidad ontológica exige y reclama el respeto a su dignidad y a los derechos que le son inherentes.

Esta toma de conciencia es relativamente reciente en el ámbito euroatlántico; despertó en el pasado del siglo XX que, recordemos, comenzó su periplo contagiado de

² Recomiendo la lectura de Guerra Filho (2001).

un entusiasta optimismo heredado del XIX. En la paz instaurada tras las guerras napoleónicas el liberalismo dirigió el plano político y económico, avanzó el progreso industrial y prosperaron los imperios. Frente a este comienzo, el final del siglo XX es muy diferente arroja un sangriento balance con el demoledor recuerdo de las dos grandes guerras y las dos revoluciones, la de Rusia y la de China. Ciertamente en sus últimos años asistimos a avances en los campos científicos, técnicos y de las telecomunicaciones que han logrado dar importantes pasos hacia un desarrollo socioeconómico y un aumento de la calidad y la edad de vida en los países del primer mundo.

Desde un realismo concreto se me representa que aquella victoria que comentábamos líneas arriba, lejos quedó para los reclusos de los campos de concentración, para la población civil de centroeuropa o para los habitantes de las ciudades de Hiroshima y Nagasaki. Es también un legado útil, el reconocer el error, el horror al que puede guiarnos el desconocer la dignidad de la persona como guía en el devenir individual y social que por ende ha de garantizar y proteger el Derecho. Son parte de ese legado, el rosario de instrumentos normativos que desde la Carta Magna de 1215 hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos han expresado que todos los seres humanos son libres en dignidad y derechos. Así la Declaración de Virginia” de 1776 reconoció que “todos los hombres son por naturaleza iguales, libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos.” La Declaración del hombre y del ciudadano de 1789 en igual línea indicaba “que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” y en el mismo sentido en 1948 se expresó la Declaración Universal y los pactos posteriores de 1966, donde se concretaron las dimensiones civiles, sociales políticas y culturales del devenir vital de los hombres en sociedad.

El contenido medular de tales declaraciones pone de manifiesto el concepto de dignidad que indicábamos arriba y por ello resulta incomprensible el incesante crimen contra los derechos de la humanidad, a lo que tanto contribuyó en su tiempo, una interpretación rígida de soberanía nacional.

En este sentido la Declaración Universal representa el primer hito de un proceso inacabado de reconocimiento y reafirmación de los derechos humanos, desde un comprender al ser humano, no sólo como sujeto de derechos - inspiración de los derechos fundamentales - sino también por su dignidad como sujeto de un Derecho internacional más digno. El carácter supranacional flexibiliza el concepto de soberanía que queda sujeto al respeto de la dignidad de la persona y los Derechos Humanos. A partir de ella se expandió por el mundo la asimilación de los principios de la Declaración Universal trajo la constitucionalización de los derechos humanos y la consagración definitiva de la dignidad de la persona que deja atrás especulaciones sobre el ser de la cosas para centrar al Derecho como orden normativo e institucional en la esencia del hombre y la conducta humana en sociedad bajo postulados de Justicia.

Situados en la primera mitad del siglo XX debemos a Kant y a Kierkegaard aportaciones en este sentido que desde el campo filosófico nos brindan valiosas representaciones del hombre moderno; compartimos la opinión de Mounier cuando comenta que el Danés

devuelve al hombre aturdido por el descubrimiento y la explotación del mundo, la conciencia de su subjetividad, de su libertad³ y de su igualdad.

Este es mi opinión el tercer legado útil, una idea del hombre por encima del mismo, la idea del hombre digno, igual y libre. Heidegger y Sarte apoyan esta visión del hombre como libertad.⁴

3 LA DIGNIDAD EN EL MUNDO DESHUMANIZADO Y EN CRISIS DE COMIENZOS DEL SIGLO XXI

Uno de los problemas de nuestros días vinculado directamente a la deshumanización es la reducción a letra muerta del concepto de dignidad. La dignidad se fija en las inclinaciones y necesidades humanas con precio de mercado. La persona deja de ser un fin en si mismo, pierde su valor intrínseco, lo que hace que todo ya se pueda comprar o vender. Los Derechos Humanos dejan de estar fuera del comercio de los hombres en cuanto que el núcleo existencial que representa la dignidad de la persona queda reducido a un concepto disponible.

La consecuencia directa de la disponibilidad del valor superior que la dignidad representa es el distanciamiento con la regla moral, el valor se desnaturaliza y hablamos entonces de pérdida de valores. Este distanciamiento reduce los límites de la economía y del mercado y así, no extraña que jugando con las más elementales bajezas, las indignidades a partir de la compra de créditos basura en el mercado financiero internacional, se haya sumido al mundo en una crisis económica promovida por el egoísmo y la avaricia. Esta crisis que según el Fondo Monetario Internacional es una crisis global de dimensión planetaria pone de manifiesto la quiebra del Estado Social, la precariedad de un sistema político enseñoreado por la economía, la partitocracia y la banca como representantes de los poderes del Estado sin control. Si Mostequeiu dividió al poder y lo sometió a Derecho, los representantes de estos poderes actuales concedores del impacto y las consecuencias de su división y sometimiento al Derecho, sigilosa y meditadamente se han aliado configurándose en núcleos de poder que están fuera del control del orden normativo e institucional y por ende de su división al estar situados en los límites de la esfera privada.

La dignidad de la persona se ha desnaturalizado, es un término vacío en competencia con los instintos de supervivencia en un sistema donde nada escapa al mercado, el *spleen* invade el corazón de nuestros contemporáneos, especialmente los jóvenes, que se dejan hacer con tal de mantener la calidad de vida alcanzada en el primer mundo (o por alcanzar en el resto), ideales vinculados a la humanidad no interesan y queda arrinconada

³ Mounier (1962, p. 10) Es interesante la reflexión del argentino sobre la vinculación de la dignidad y los intereses existenciales del hombre que asimila a los derechos naturales. En este sentido ha de tenerse en cuenta la consideración de Kierkegaard cuando reflexionando sobre la angustia indica con claridad meridiana que el hombre es una síntesis de alma y cuerpo, constituida y sustentada por el espíritu (KIERKEGAARD, 1943, p. 88 ss.). La referencia a la angustia como situación vital a juicio de la psicología moderna - Enrique Rojas - se corresponde con una de las manifestaciones que padece la humanidad ante la deshumanización, la pérdida de valores y de referentes, por ello recuperar la esencia de lo que es el hombre y lo que representa la humanidad está en relación directa con la disminución de la angustia vital de los individuos. En este recorrido se me representa que el Derecho puede contribuir a reducir conflictos intrapersonales con una revisión de las categorías que han de respetarse en el espacio de actuaciones intersubjetivas.

⁴ Así el francés expresa que la libertad no es un ser: sino "el ser del hombre" vinculando este carácter a su existencia. (HEIDEGGER, 1951). Respecto a Sartre, (1949, p. 20). En el mismo sentido Zubiri la libertad supone la implantación del hombre en el ser como persona (ZUBIRI, 1949, p. 389).

en una repisa la ilusión por el reconocimiento íntegro de todos los derechos de todos los hombres. Parece que la dignidad de la persona no importa, diría una visión pesimista de nuestra realidad.

El problema no es baladí estamos hablando de la dignidad de un sujeto particular, el hombre, razón de ser del Derecho, razón de ser de la propia humanidad que es una imprescindible para alcanzar la felicidad. Ciertamente la conversación sobre la dignidad se plantea actualmente con base a la felicidad y la justicia, vértices axiológicos de su dimensión valorativa que surgen de su fundamento ontológico y sus consecuencias inmediatas sobre la libertad y la igualdad (BOBBIO, 1991). Desde este año 2011, umbral de la segunda década del nuevo milenio, observamos la depuración teórica y el enriquecimiento de los conceptos de Dignidad de la persona y los Derechos humanos; existe hoy una voluntad concreta y militante que promueve, y protege la tutela del ser humano tanto el plano interno como en el plano supranacional.

Hoy debemos reflexionar sobre una nueva interpretación de la dignidad de la persona, la conciencia de la dignidad que se manifiesta cuando se ataca y reaccionan energéticamente las expresiones del Derecho. La conciencia de la dignidad en términos actuales supone poner en valor la dignidad de la persona, hacerla eficaz y eficiente en definitiva re-humanizar nuestra realidad, re-humanizar el mundo. Ello supone un doble movimiento de reducción y aumento. Han de reducirse las actuaciones, actividades y expresiones que directamente transgreden la libertad, igualdad y dignidad de las personas y amentar los esfuerzos que tanto la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos como las instituciones públicas y privadas en gran manera realizan vigilando, denunciando y divulgando para la vergüenza de todas las violaciones de los Derechos Humanos de los hombres, mujeres y niños de este planeta.

Estos son ejemplos de coherencia a seguir que superan fronteras, discriminaciones y exclusiones. Son actuaciones que coadyuvan a la configuración de una conciencia y por ende de una actuación. El lógico desarrollo de la razón en actuaciones, intervenciones y misiones dirigidas a restituir los Derechos Humanos allí donde se vulneren, desconozcan o no garanticen.

Estas manifestaciones de reconocimiento, promoción y protección de la dignidad son noble expresión de la fuerza renovada y actual de aquella noble armada a la que pertenecieron los que inaccesibles al desaliento lucharon a favor de la libertad y de la igualdad en las revoluciones del siglo XVIII donde la dignidad humana era un imperativo.

Hoy hemos de luchar porque la dignidad humana sea un *imperativo categórico*, se le ha de reconocer como logro histórico, transcultural y pese a todo irreversible para todos los miembros del linaje humano. La naturaleza inviolable y connatural de la dignidad humana pone de manifiesto que es previa al concepto del ser y deber ser (*Sein und Sollen*). Kant lo plantea magistralmente en el tercer imperativo categórico por el que establece que se ha de obra de tal forma que uno se relacione con la humanidad, tanto con uno mismo como con los demás, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio (KANT, 1994, p. 103).

La dignidad únicamente tiene sentido en un mundo menos cruel, más humanizado en el que se concrete plena y conscientemente el respeto incondicionado y absoluto por la persona que ha de elevarse por encima de su individualidad con el resto de los presentes congéne-

res, incluso con las generaciones futuras como referentes. En este espacio es donde propongo trascender a un ser triádico un *ser-relación-participación-vinculación con el mundo* donde las relaciones entre los extremos, el individuo, el género humano (la humanidad) y la dignidad se triangula, recíproca y reflexivamente, opera como un circuito cerrado donde la pérdida de *entropía* se resuelve incorporando la energía de la ilusión.

Esta función se eleva a través de la interconexión de sus vértices a través de un movimiento de hélice, de mejora continua dirían los expertos en calidad para lograr la excelencia.

Volviendo a la metafísica de las costumbres (KANT, 1994, p. 104) reivindicamos el orden axiológico, los valores para el entorno social, y así hacemos nuestras las palabras de Kant cuando afirma que “La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el reino de los fines. Es decir la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad.”

Rescatar el concepto primario de dignidad y entenderlo en nuestra época que es la de la globalización requiere revisar otros importantes conceptos, como el de ciudadano el de soberanía popular, el de persona, que no individuo, como expresiones integradoras y esenciales de la Democracia real, del auténtico Estado de Derecho que entienden la dignidad como un principio fundante del pacto social, del orden establecido, como decíamos líneas arriba, que lo entiendan como un imperativo de la humanidad.

Este camino abre vías a los principios esenciales vinculados a la moral que recuperan la confianza en el hombre como son los de integridad, el de respeto, el de benevolencia, el de proporcionalidad, el de bien-hacer o hacer el bien, principios con los que desde hace tiempo venimos distanciándonos en *pro* de otros vinculados al desarrollo económico como los de competencia, coste-beneficio, oportunidad etc.

4 UN PASO AL FRENTE: LA DIGNIDAD DE LA HUMANIDAD

La deshumanización del hombre contemporáneo, promueve el debate de los grandes problemas éticos y políticos de la actualidad entre los que encontramos el reto de revalorizar la dignidad que lejos de ser especial y exclusivo es integrador universal y de toda la especie *homo sapiens sapiens*.

Esta interpretación de la dignidad representa una capacidad liberadora que acerca al hombre a la felicidad. Felicidad de todos pues el ser humano tiene una bidimensionalidad coexistencial que le hace vivir en un mundo social. Este aspecto social es de vital importancia y normalmente los juristas olvidamos que la ciencia jurídica la precisa absolutamente y debe prolongarse en la sociología del Derecho y en la Filosofía del Derecho.⁵

La dignidad de la humanidad como nuevo paradigma para la fundamentación de los derechos humanos recoge también la temporalidad e historicidad del ser humano.

⁵ Se ha de apoyar en la sociología y en la filosofía no para confundir su validez con su eficacia o legitimidad. Elias Diaz piensa que la norma sólo se entiende plenamente cuando se investiga y analiza como totalización, en su transfondo real sociológico de valores e intereses. Considera que el jurista debe tomar en cuenta estos tres planos tanto para participar en el proceso de desarrollo de creación normativo como en el plano práctico en la aplicación y realización del derecho positivo (DIAZ, 1982, p. 125).

Todas estas notas contribuyen a definir un significado de ser humano inalcanzable, misterioso, digno de respeto y protección. Definen la naturaleza ontológica del ser humano y establecen la lógica de su dignidad que es además la del sujeto individualmente considerado, la del género humanidad en el tiempo y en el mundo.

Este es el titular de que ha de preocupar al Derecho hoy, un Derecho que se ha de renovar y redescubrir la naturaleza ontológica de la humanidad de los seres humanos.

La dignidad de la humanidad como nuevo paradigma fundamentador de los Derechos Humanos pone de manifiesto el papel del Derecho como exigencia existencial y el poder fundado en los Derechos humanos que recupera el *Ubi homo ubi jus*.⁶

Así pues, el Derecho además de la razón práctica que comenta Alexy ha de expresarse como una herramienta con contenido axiológico en la que debe primar la justicia por encima de la eficacia o la utilidad.

Esta nueva conciencia de la dignidad de la humanidad que representa una dimensión relacional, atemporal y coexistencial del ser humano reduce el carácter absoluto de los derechos subjetivos que pasan a contemplarse como también el deber de no injerir en el ejercicio del legítimo derecho subjetivo del otro. Se forma así una cadena de relaciones derecho-deber-derecho que se apoyan en la relación-vínculo-uniión de todas las individualidades.⁷

5 CONCLUSIONES: DIGNIDAD Y FELICIDAD FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS DE LA HUMANIDAD

Hemos reflexionado sobre la esencia y manifestaciones del ser como sujeto de los derechos humanos hoy con la intención de aportar ideas y fundamentos para seguir profundizando sobre el concepto de dignidad de la humanidad planteado de forma holística, buscando el fin último de las personas, su felicidad.

Para ello, recuperar el vínculo con la moral y la ética nos resulta imprescindible pues partimos de una fundamentación axiológica con criterios multidisciplinarios e históricos de la realidad que es el ser humano en su dimensión ontológica. La dimensión ética del concepto de dignidad supera la frontera de lo público y lo privado y se adapta a la visión antropocéntrica del hombre moderno, centro del mundo y centrado en el mundo.

Así la dignidad de la persona la aumentamos con la dignidad de la humanidad como una categoría integradora, relacional y atemporal que pretende ser expresión de las reivindicaciones y exigencias que representa el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

Los derechos humanos claman por que se reconozca la dignidad de todo el género humano como el imperativo categórico del siglo XXI que nos acerque a una existencia

⁶ “una idea preliminar se encuentra implícita en todas las doctrinas del jus naturae : que el Derecho responde a una necesidad del hombre y es inseparable de la vida humana *Ubi homo ubi jus*.” (VECCIO, 1979, p. 76).

⁷ Respecto a elementos vinculados Elias Diaz se refiere a “la norma jurídica aparece en relación con una determinada realidad social - que le sirve de orden y sobre la cual, a su vez aquella opera - y en relación con una determinado sistema de valores - que orienta a esa normatividad y pretende, en cada caso servirle como fundamento y razón legitimadora.” (DIAZ, 1982, p. 126).

plena y feliz donde se conviva coherentemente con la justicia y en equilibrio social. La historia de los Derechos Humanos nos muestra como la dignidad ha consolidado la Democracia, el Estado de Derecho y los derechos y libertades de la compleja dimensión humana. Es justamente la naturaleza compleja del linaje humano la que define su dignidad que se define justamente a partir de la “naturaleza humana”.

La visión triádica, relacional y atemporal que indicábamos líneas arriba como núcleo existencial de la dignidad de la humanidad se acerca a la concepción tridimensional del derecho que frente a una visión unidimensional, vincula la vida y la dignidad al Derecho. Sigo aquí la teoría tridimensional de Recasens por la que el derecho tiene tres dimensiones recíproca e indisolublemente trabadas entre sí: hecho, norma y valor. “El derecho es un hecho, una obra humana, estimulada por la conciencia de unas necesidades en la vida social, obra producida bajo la forma normativa; y que en su función para satisfacer esas necesidades intenta hacerlo de acuerdo con la realización de unos valores específicos.”⁸ En el desarrollo de una posición tridimensional entiendo la dignidad de la humanidad como razón de ser de un Derecho, expresión de la interacción dinámica de la vida del ser humano, el valor de la dignidad de la persona y el plexo normativo e institucional que regula la dignidad y los derechos humanos.

Aquí cobra sentido la teoría de la dinamogénesis de los valores⁹ para apoyar la fundamentación de la dignidad de la humanidad como criterio orientador de significado actual de los Derechos Humanos en ella los valores y principios impregnan las reglas jurídicas tanto a nivel estructural como funcional (BOBBIO, 1977).

La dignidad de la humanidad con independencia de su reconocimiento normativo es un valor, y lo es no sólo por que es expresión del *telos*, la finalidad última a la que aspira el Derecho, sino porque en ella se cumplen las notas que caracterizan a los valores. Es una afirmación fundamentadora y fundamental; es inspiradora del Derecho y posee luz interpretadora.¹⁰ Es decir, la dignidad de la humanidad participa de las tres funciones que tradicionalmente se han atribuido a los principios jurídicos, fuente, fundamento del orden jurídico y orientadores de la labor hermeneútica.

Si la dignidad de la persona presenta una doble dimensión: aquella que le pertenece como sujeto racional, libre que posee la capacidad de juzgar y expresarse mediante el lenguaje y, la natural, que le corresponde como elemento de la naturaleza, la dignidad de la humanidad amplía a tres los parámetros para su definición medular, donde la existencia individual, la dignidad y el género humano están trabados recíproca, histórica y interdependientemente en un todo que interacciona de forma dinámica. Reconoce valores

⁸ Recasens Siches (1981, p. 40). Aconsejo la consulta de Reale (1968).

⁹ Para una explicación de la teoría de la dinamogénesis de los valores véase Méndez Rocasolano (2000) donde expongo el significado y alcance de dicha teoría respecto al medio ambiente. En referencia a los Derechos humanos está también explicada Oliveira (2010).

¹⁰ Siguiendo a D. Pablo, su carácter fundamentador se observa claramente en el artículo 10.1 in fine “la dignidad de la person [...] son fundamento del orden político y de la paz social.” Asimismo la nota inspiradora se aprecia en el Preámbulo cuando indica que la decisión de la Nación española, soberana, es de “promover el progreso de la cultura y la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”; igualmente cuando se refiere el constituyente en el artículo que la consagra (10.1 CE) a “los derechos inviolables que le son inherentes.” Finalmente su función interpretativa es está tácitamente consagrada en el segundo apartado del art. 10 CE que remite la interpretación de los derechos fundamentales a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales que sobre materia de derechos y libertades fundamentales estén ratificados por España (LUCAS VERDÚ, 1984, p. 56).

a través de su vivencia los valoriza y los protege y eleva a imperativos mediante las reglas de conducta que la expresión normativa representa.

Esta nueva conciencia de la dignidad de la humanidad implica el aprendizaje, la incorporación y la adaptación a valores humanos que conformen una nueva base o nuevos pilares para que la felicidad y el desarrollo futuro sea posible.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial Sistema, traducción R. de Asís Roig, 1991.

BOBBIO, Nomberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milan: Ed. di Comunità, 1977.

DIAZ, Elias. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus, 1982.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HEIDEGGER, Martín. *El ser y el tiempo*. Traducción José Gaos. México: Edita Fondo de Cultura Económica, 1951.

KANT, Imanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa Calpe, 1994.

KIERKEGAARD, Sören. *El concepto de la angustia*. Buenos Aires: Espasa-Calpe Argentina, 1943.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *Estimativa y política constitucionales*. Madrid: Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, UCM, 1984.

MENDEZ ROCASOLANO, María. *El medio ambiente como derecho de la persona*. Madrid: Rodela, Madrid 2000.

MENDEZ ROCASOLANO, Maria; OLIVEIRA, Vladmir. *Direitos humanos, conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOUNIER, Emmanuel. *El personalism*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Buenos Aires, 1962.

REALE, Miguel. *Teoría tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6. ed. Mexico: Editorial Porrúa, 1981.

RORTY, Richard. Wittgenstein, Heidegger, and the Reification of Language, En GUIGNON, Charles (Ed.). *The Cambridge Companion to Heidegger*. Nueva York: Cambridge University Press, 1993.

SARTRE, Jean Pau. *El ser y la nada*. Buenos Aires: Editorial Ibero-Americana, 1949.

SKINNER, Burrhus Frederick. *Beyond Freedom and Dignity*. Londres-Nueva York: Capen-Knopf. Trad. Cast. *Más allá de la libertad y la dignidad*. Barcelona: Fontanella, 1973.

TAYLOR, Charles. *Las fuentes del yo*. La construcción de la identidad moderna. Barcelona: Paidós, 1996.

VALADIER, P. *L'Anarchie des valeurs*. Paris: Albin Michel, 1997.

VECCIO, Giogio del. *Los principios generales del Derecho*. Traducción F. Clemente de Diego. Barcelona: Bosch, 1979.

ZUBIRI, Xavier. *Naturaleza, Historia, Dios*. Buenos Aires: Editorial Poble, 1949.

DIGNIDADE HUMANA E O MULTICULTURALISMO

Arno Wolf*
Narciso Leandro Xavier Baez**

Resumo

A dignidade humana está no centro de todas as culturas e a diversidade cultural traz complexas análises em casos concretos de conflitos de direitos fundamentais. A análise das dimensões da dignidade e a teoria do sopesamento são instrumentos auxiliares para se resolver conflitos multiculturais de direitos humanos fundamentais, com reflexão e harmonização. A diversidade cultural em um mundo globalizado trouxe tensão exacerbada entre os direitos humanos tidos como universais e as particularidades específicas de cada cultura. Faz-se necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre essas especificidades de forma que uma não exclua a outra, buscando um diálogo de convivência multicultural, visualizando uma dimensão de dignidade inatingível, independente do contexto a ser analisado. Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Dignidade Humana. Multiculturalismo.

Human dignity and multiculturalism

Abstract

Human dignity is at the center of all cultures and cultural diversity brings complex analysis in concrete cases of conflicts of fundamental rights. The analysis of the dimensions of dignity and theory helps are tools to resolve conflicts human rights, with reflection and harmonization. The cultural diversity in a globalized world has brought heightened tension between human rights considered to be universal and of their specific culture. It is necessary to strike a balance between these specifics so that one does not exclude the other, seeking a multicultural dialog, displaying a dimension of dignity unattainable, regardless of the context to be analyzed.

Keywords: Fundamental Rights. Human Dignity. Multiculturalism.

1 INTRODUÇÃO

Conjugar os diversos direitos protegidos na Constituição Federal é uma tarefa árdua, estando o direito constitucional no foco dessa disputa. Nessa seara temos o estudo da dignidade humana, a qual guarda íntima relação com as complexas e imensuráveis manifestações da mente humana. O presente artigo traz o estudo da dignidade humana

* Universidade do Oeste de Santa Catarina; Rua Getúlio Vargas, 2125, Bairro Flor da Serra, 89600-000, Joaçaba, SC; arnowolf@uol.com.br

** Pós-doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos (fevereiro-julho/2011); Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996; Av. Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, SC; narciso.baez@gmail.com

buscando a compreensão jurídica de seu significado (ressaltando que há posições que negam a possibilidade de definição ante a complexidade do tema), suas possibilidades de ramificações em dimensões e sua análise em diversas culturas.

Nessa seara, a discussão sobre o multiculturalismo vinculado ao estudo da dignidade humana procura compreendê-lo e analisá-lo no contexto constitucional, variando a forma de tratamento conforme o caso concreto estudado, sempre tendo em mente que a atual Constituição Federal respeita todas as culturas que formam a sociedade brasileira sem objetivar pela homogeneização (SARMENTO; SARLET, 2008, p. 920).

O reconhecimento de que há seres e culturas diferentes faz tornar obrigação da sociedade e do poder público o respeito à pessoa humana em sua particular forma de existir e o requisito fundamental para essa efetivação é a tolerância.

A definição sobre os direitos humanos fundamentais e sua aplicabilidade dentro das diversas culturas também serão analisados. A diversidade cultural deve ser analisada especificamente em cada caso concreto estudado, para só assim saber se o atryto viola direitos fundamentais ou se apenas diz respeito a diferenças culturais. Para tanto, analisa-se a teoria dos direitos fundamentais, intimamente estudando a dignidade da pessoa humana em sua dupla dimensão (BAEZ, 2011, p. 27).

Em relação a teoria dos direitos fundamentais, analisar-se-á a distinção entre regras e princípios, cuja configuração é a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 85), não esquecendo da globalização, a qual não é exclusivo da sociedade contemporânea, já que a forma de se inserir no seio cultural depende do conjunto dos fatores sociais envolvidos e específicos (LUCAS, 2010, p. 186).

2 HISTÓRICO, EVOLUÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo jurídico associado aos direitos fundamentais é um problema que diz respeito à interpretação das formulações do direito escrito, e à verificação de quais direitos são considerados fundamentais. Também, a colisão entre normas fundamentais traz um conflito intrigante, no qual o sopesamento, a análise cultural e a análise dimensional da dignidade são necessários.

Em relação à origem e evolução dos direitos fundamentais, Barreto (2007, p. 128) afirma que seu surgimento se deu com a necessidade da limitação do poder do Estado, uma vez que havia muita interferência na vida privada de cada indivíduo. Essa foi uma aspiração do liberalismo. Exigia-se a não interferência na vida privada dos cidadãos, impondo limites ao poder público.

Para saber as características marcantes de uma sociedade, a análise de sua constituição é fundamental, já que é ela que planeja a espinha dorsal das decisões políticas em relação ao poder e em relação aos direitos da pessoa humana. Nessa análise, explicam Maliska e Suzin (2011, p. 170) que o Brasil é composto de uma realidade marcada por uma ampla diversidade cultural sendo necessário entender como tem sido a forma de se tratar esse tema. A discussão constituinte acabou por influenciar fortemente o texto da Constituição, a começar pelo seu preâmbulo.

Como exemplo, cita-se o panorama constitucional em relação ao tratamento da questão indígena. A Constituição Federal disciplinou os direitos dos índios de maneira detalhada. Surgiram muitas lideranças indígenas que propugnam pela defesa do povo e da cultura. Ao passo que existe normas constitucionais protetivas em relação aos indígenas, em casos concretos, o que se vê são constantes conflitos entre a visão ocidental e as práticas tradicionais indígenas. Esse quadro fez com que o Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal fossem cada vez mais acionados para dirimir conflitos de interesses envolvendo as comunidades indígenas, particulares e o Estado (SARMENTO; SARLET, 2011, p. 922).

Para Alexy (2003, p. 73), essa discussão sobre direitos fundamentais só é superável se houver um critério que permita diferenciar entre aquelas que são normas de direitos fundamentais e aquelas que não o são.

Em relação aos direitos fundamentais, uma das regras fundamentais que se garante é a proteção à liberdade cultural de todos os membros de nossa sociedade. Isso garante a liberdade de aderir e de sair de determinada cultura para assim exercer sua identidade própria. E essa escolha não pode gerar discriminação. Ou seja, a garantia não é só de poder exercer a cultura que bem entender. É mais. É garantir que a pessoa não será discriminada pela escolha do diferente.

Em relação ao estudo das normas de direito fundamental, Alexy (2008, p. 50-51) traz um importante estudo sobre o tema, fazendo um paralelo entre o conceito de norma de direito fundamental e o próprio conceito de direito fundamental, concluindo que a norma de direito fundamental é ainda mais ampla que o conceito de direito fundamental. E essa conclusão é advinda do fato de que normas de direitos fundamentais, acima de tudo, são normas, compartilhando de todos os problemas que dizem respeito ao conceito de norma.

A colisão de direitos fundamentais, também chamados de direitos humanos fundamentais, exige a difícil tarefa de harmonizar valores fundamentais. Muitas vezes esses conflitos são entre valores, mas em outras os conflitos são entre mesmos valores mas em culturas diferentes. Em ambas as situações, busca-se a harmonização de questões inquietantes para a alma humana. A classificação dos direitos fundamentais em dimensões pela doutrina atual visa auxiliar a questão, que é de suma importância.

Mais uma vez para ilustrar a questão da análise de conflitos de direitos fundamentais a luz de culturas diferentes, traz-se a questão do indígena. Discute-se sobre a exclusão ou não da culpabilidade pela ocorrência de erro de proibição ou de inexigibilidade de conduta diversa. Nesse diapasão, colaciona-se o estudo citado por Sarmento e Sarlet (2011, p. 952), o qual diz que a redação atual da proposta do novo Estatuto dos Povos Indígenas que tramita na Câmara dos Deputados caminha nesse sentido ao dispor que “É isento de pena o indígena que pratica o fato em função dos valores culturais de seu povo.” E continua, explicando que para verificar a incidência ou não de erro de proibição ou de inexigibilidade de conduta diversa a realização de perícia antropológica pode ser indispensável, pois só um profissional habilitado será capaz de aferir se os atos praticados se relacionam ou não com a tradição decorrente da cultura à qual pertence o índio, bem como até que ponto o mesmo tinha consciência da tal ilicitude perpetrada (SARMENTO; SARLET, 2011, p. 952).

Em relação especificamente às normas de direitos fundamentais se questiona quais normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição

são normas de direitos fundamentais, e quais não. Além dessa análise, deve-se sopesar, ao encontrar duas normas de direito fundamental em conflito, qual deve prevalecer. Esse estudo é explicado por Alexy (2008, p. 65-66), com sua teoria do sopesamento.

Bobbio (1992, p. 55) afirma que a função primária da lei é a de comprimir, não a de liberar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade; a de corrigir a árvore torta, não de deixá-la crescer selvagemmente. E continua, afirmando que a grande reviravolta teve início no Ocidente a partir da concepção cristã da vida, segundo a qual todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus.

E essa evolução do estudo do sujeito relacionado com a cultura resultou na eliminação de interesses individuais, já que o Estado, ainda que separado da nação, mantém base no seio comunitário, sendo que sem identidade cultural a nação não existiria (MALISKA; SUZIN, 2011, p. 188-189).

Verifica-se a colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por um titular impede, afeta, altera ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro membro da sociedade. E esse conflito pode ser entre membros pertencentes a culturas diferentes, com olhares de vida diferentes. É importante ressaltar que os direitos fundamentais que estejam em colisão, conflitantes, advenham diretamente da Constituição, ou seja, do direito positivo, ou que se possa deduzir do conteúdo constitucional. Assim, a colisão dos direitos fundamentais irá pressupor, obrigatoriamente, uma interpretação constitucional (BAEZ, 2011, p. 135).

Ainda para enriquecer o debate, Bobbio (1992, p. 68-70), citando a teoria de Kant, diz que o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida a liberdade como independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro, já que todos os demais direitos, incluído o direito à igualdade, estão compreendidos nele.

Toda discussão acerca da colisão de direitos fundamentais vem à tona quando o exercício de um direito humano fundamental confronta com o exercício de um outro direito, de outra pessoa. São confrontos de direitos. Mas esse confronto pode se referir à proteção de um bem da coletividade. Também, esse confronto pode se referir a direitos pertencentes a visões de mundo antagônicas, com diferenças culturais (BARRETO, 2007, p. 134).

A forma que a sociedade brasileira vê a vida é diferente da forma que a cultura indígena (também situada no mesmo país) entende a vida. O confronto, assim, é ainda mais complexo. Assim, há colisão de direitos fundamentais quando, no caso concreto, o exercício de um direito fundamental por um titular restringe o exercício de um direito fundamental de um outro titular.

3 CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA E O MULTICULTURALISMO

Ao se falar no valor da dignidade humana deve-se buscar o estudo da história, em épocas anteriores ao próprio cristianismo, não esquecendo que são valores consagrados tanto no ocidente como no oriente, tendo presença em diversas civilizações.

Na análise histórica da dignidade, percebe-se sua presença em diversas civilizações, como a tradição Hindu, que adota os sistemas de castas para a realização espiritual. Também, as culturas africana, islâmica, judaica são analisadas, destacando-se o estudo

de suas cartas de direitos humanos e encontrando como ponto nuclear convergente a existência da dignidade humana, ideia essa reforçada pela declaração para uma Ética Global, promulgada em 1993 (BAEZ, 2011, p. 28). Ou seja, dignidade humana não é um valor recente e muito menos apenas ocidental. É um valor comum a todos os povos.

Sarlet (2009, p. 20-21) explica que em relação à dimensão ontológica, cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano. Isso significa que é uma qualidade integrante e irrenunciável, devendo ser protegida e respeitada. O autor defende que a dignidade não tem como ser criada nem retirada, já que é reconhecida em cada ser humano como algo inerente, embora passível de violação. Assim, uma pessoa pode até estar com sua dignidade violada, suspensa, mas jamais terá ela retirada pois é um bem inerente à condição humana.

Importante trazer o posicionamento de Bobbio (1992, p. 55), o qual afirma que existe uma declaração comum, dizendo que a maioria dos governos concordou. Entretanto, sabe-se que muitos países possuem suas próprias cartas de direitos humanos, não se podendo falar em uma declaração completamente universal. Não obstante, usando a linha de raciocínio de Bobbio, afirma-se que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-lo. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis.

Com o entendimento de que a dignidade está no centro de todas as culturas, o desafio é entender o conceito de dignidade e suas dimensões de atuação, tarefa das mais árduas, já que a expressão é controvertida, ainda mais se estudada apenas sob o enfoque ocidental. Entretanto, percebe-se a uma linha de pensamento ao conceituar a dignidade humana como atributo possuído por todos os seres humanos, e que, segundo Kant, impediria sua coisificação, manifestando-se pela autodeterminação que todo indivíduo possui, sendo essa uma característica exclusiva dos seres racionais.

Conforme destacado por Baez (2011, p. 33), a dignidade humana é atribuída aos indivíduos, independentes de suas circunstâncias concretas ou dos danos que eventualmente tenham causado à realidade externa, ou seja, ela é igualmente reconhecida aos mais cruéis criminosos, pois eles são reconhecidos como pessoas e seus atos, por mais tenebrosos que sejam, não são capazes de apagar esse traço inato. E cita opinião de Dworkin que complementa esse raciocínio exemplificando que, no caso dos presos, os motivos que os levaram ao encarceramento compulsório, ainda que reprováveis, não autorizam que eles venham a ser tratados como meros objetos.

A diversidade cultural, entendida como a coexistência de diferentes culturas em mesmo momento histórico, é fenômeno antigo e que apresentou no passado maior riqueza. O isolamento não permitia a análise pelos demais. A globalização ensejou intensa convivência entre as culturas e, em consequência, o exame recíproco e a percepção das diferenças.

Em relação aos direitos humanos, Bobbio (1992, p. 32-33) adverte que os direitos humanos são o resultado da sociedade humana. E bem por isso eles são transformados ao longo

do tempo. E com essa conclusão, percebe-se que os direitos elancados em uma declaração nada mais são do que o resultado das aspirações desse momento histórico. E afirma que a declaração universal tem como fundamento os valores fundamentais que eram consolidados na segunda metade do século XX, sendo um resumo de todas as aspirações sociais e um ideal a ser perseguido no futuro. Mas isso não quer dizer que são eternamente estanques.

É indubitável a dificuldade de conceituar universalmente a dignidade humana, já que os critérios mudam conforme o local e a época e, mesmo que se aceitasse uma ideia comum de dignidade, haveria conflitos, concluindo que um dos papéis centrais do Direito e da Filosofia do Direito é o de assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares (SARLET, 2009, p. 39).

A diversidade cultural num mundo globalizado trouxe a tensão exacerbada entre os direitos humanos tidos como universais e as particularidades específicas de cada cultura. A consequência é uma luta desenfreada por reconhecimento, o que gera extremos de atuação, muitas vezes até fundamentalismos inaceitáveis.

Faz-se necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre as especificidades de cada cultura de forma que uma não exclua a outra, buscando um diálogo de convivência multicultural. É como bem afirma Lucas (2010, p. 192), é preciso encontrar uma maneira de administrar as singularidades de cada cultura, afirmadoras da identidade do grupo, mostrando-se mais adequadas medidas compensatórias do que igualitárias. Diante da sociedade multicultural, deve-se promover o diálogo que conduza os indivíduos a engajarem-se em um projeto comum de responsabilidades.

Pensando no valor inato da dignidade humana, ao abordar a Revolução Francesa e os Direitos do homem, Bobbio (1992, p. 82) destaca que o homem, antes de ter direitos civis que são o produto da história, tem direitos naturais que os precedem; e esses direitos naturais são o fundamento de todos os direitos civis. Seriam direitos naturais os que cabem ao homem em virtude de sua existência. A esse gênero pertencem todos os direitos intelectuais, ou direitos da mente, e também todos os direitos de agir como indivíduo para o próprio bem estar e para a própria felicidade que não sejam lesivos aos direitos naturais dos outros.

A concepção de cidadania consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, na integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos. Tem que haver aceitação do outro como indivíduo e do outro como cultura.

Interessante a afirmação de Lucas (2010, p. 193-194), ao explicar que o multiculturalismo não é pacífico, em razão de que a política do consumo rejeita ideologias e culturas, a fim de que os produtos sejam aceitos por todos. Não se aceita que a economia não possa adentrar em um país por impedimentos culturais. É a busca desenfreada por mercado. Essa é a política de consumo.

E como o Brasil pertence à categoria dos Estados multinacionais, nos quais a palavra povo se refere às subdivisões étnicas ou nacionais internamente existentes, muito difícil achar um catálogo completo, acerca do qual todos estejam de acordo. Isso seria praticamente impossível de estabelecer.

Também, percebe-se que se não existir respeito pela integridade física e pela vida, sem assegurar mínimas condições de vida, respeitando valores como identidade e intimidade, estar-se-á diante de um objeto, e não de um ser humano. Isso porque a pessoa passa a estar ao arbítrio das vontades de terceiro, mormente se não existir limitações no poder. Isso seria a contraposição a noção da dignidade da pessoa humana (MALISKA; SUZIN, 2011, p. 190).

A dignidade da pessoa humana deve ser vista com uma visão intercultural. Deve-se olhar a cultura alheia como algo existente, real, material e respeitável. Não se busca com essa visão que uma cultura se sobreponha a outra. O diálogo intercultural permite novos horizontes. Pensa-se na coexistência pacífica. O encontro de culturas pode enriquecer ambas e contribuir para o diálogo.

O princípio da dignidade humana é sopesado diante de outros princípios, com a finalidade de determinar o conteúdo da regra da dignidade humana. Importante diferenciação faz Lucas, ao explicar que o multiculturalismo demonstra que algumas regiões e países se caracterizam pelo surgimento de culturas sem exclusividade, prevalecendo umas sobre as outras. Assim, ao mesmo tempo, em um mesmo território tem-se a multiculturalidade. Já, a diversidade cultural consubstancia-se pelo fato de pessoas de culturas diferentes são direcionadas a conviver entre si (LUCAS, 2010, p. 185-186).

Por isso, é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência (ALEXY, 2008, p. 113).

E por fim, o pilar da distinção entre o ser humano e um objeto está na reação. O objeto pode ser levado de um lado para outro sem ter reação. Já um ser humano, dotado que é de consciência e de capacidade de decisão, terá reação sempre que tentarem o reduzir a mero instrumento do arbítrio de terceiros. Assim, como defendido por Kant, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir sendo um bem inato.

Com tudo exposto, Sarlet (2009, p. 37) conclui que a dignidade da pessoa humana seria uma qualidade inerente, intrínseca e reconhecida em cada ser humano e isso trás a obrigação do estado em respeitá-la. Isso gera um complexo de direitos e obrigações que protege o indivíduo de todo e qualquer ato que ofenda sua condição humana. Deve-se garantir condições mínimas existenciais como uma forma do todo humano.

4 DIMENSÃO BÁSICA DA DIGNIDADE HUMANA

Há a necessidade de proteção à diversidade cultural como forma de respeito à dignidade da pessoa humana. A dificuldade é adequar o respeito à diversidade quando esta diversidade, por sua formação cultural própria, conflita com valores tidos por universais, como a vida. Mister se faz neste momento trazer o exemplo do infanticídio indígena. Faz-se a análise de como as variadas formas culturais poderiam conviver com o universalismo, exigido para certos valores. Ou o que afetaria a dimensão básica da dignidade de qualquer

cidadão em qualquer local e em qualquer momento histórico. A partir desse momento, diferencia-se entre as dimensões da dignidade.

Baez (2011, p. 34) explica que dentro do gênero direitos humanos encontram-se os direitos humanos fundamentais (dimensão básica). Também diferencia direitos humanos fundamentais de direitos fundamentais. Explica que estes buscam promover as duas dimensões e devem passar por um processo de positivação e aqueles possuem fundamento na própria dignidade e são inerentes aos seres humanos e são limites mínimos que devem ser observados por todas as nações na regulação de suas práticas morais.

Lucas (2010, p. 176-179) aborda que as particularidades locais, culturas de determinadas tribos, rituais excêntricos e outras manifestações próprias de determinadas culturas são transmitidas ao mundo e passam a ser avaliadas pelo outro diferente. E explica que a consequência desse movimento é a defesa das diferenças, uma vez que a cultura do outro parece estranha, muitas vezes até absurda. Entretanto, ao ser difundida para todo o mundo, as outras culturas em choque devem procurar delimitar as particularidades individuais de cada uma. Nesse aspecto, a diferença é fundamental, para se conseguir encontrar o ponto comum. Aquele aspecto que deve ser respeitado em toda e qualquer cultura.

Ao se falar numa declaração Universal dos Direitos do Homem, Bobbio (1992, p. 92-93) conclui que de nenhum modo se tratava do homem abstrato, universal. O homem de que falava a Declaração era, na verdade, o burguês; os direitos tutelados pela Declaração eram os direitos do burguês, do homem egoísta. Do indivíduo singular. Ou seja, não é mesmo direito declarado, por exemplo, para um índio morador de uma tribo afastada na Amazônia, que comete infanticídio indígena por acreditar na crença de que isso é uma obrigação moral.

Com essas premissas, verifica-se a dimensão básica da dignidade, na qual traz bens jurídicos necessários a impedir a coisificação do indivíduo e é encontrado em todo ser humano, independente de lugar, cultura e de religião sendo um conjunto de direitos inerentes a uma vida minimamente digna. E essa dimensão básica impede até mesmo a disposição voluntária da dignidade, já que se trata de bem inato. Entretanto, esclarece-se que muitas relações de trabalho em que ocorre a prática de sujeição dos trabalhadores, não seria uma afetação à dignidade já que há um contrato laboral com consentimento recíproco. Não obstante, há práticas que são limitadas pelo conceito básico de dignidade humana (a qual, nesse núcleo fundamental, é inalienável), assim proibir-se-ia a venda de órgãos, por exemplo.

Esse conceito da dupla dimensão da dignidade, também é abordado por Sarlet (2009, p. 30), o qual sustenta que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz respeito às decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada.

E continua o mesmo autor, afirmando ser limite e tarefa do Estado não apenas que a pessoa não possa ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem ou a exponham a graves ameaças (SARLET, 2009, p. 30).

Esses direitos inerentes não podem ser deixados de lado. Muitas vezes ocorrem conflitos, estando em lados opostos situações que envolvem direitos fundamentais. Entretanto, a análise da dimensão básica busca retirar aquilo que é inerente ao homem em qualquer época e lugar, não podendo ser relevado. Isso não quer dizer que o outro direito em conflito será esquecido. É como afirma Alexy (2008, p. 96) um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de inviabilidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. E conclui o autor dizendo que a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.

No aspecto intercultural da dignidade, a cultura não pode aniquilar características que digam respeito à essência do homem, isso porque a prioridade nesse conflito é do indivíduo.

Como as culturas são divergentes entre si, ao se fazer a escolha dos valores a serem seguidos, indubitavelmente acaba se contrariando os valores de outra cultura. São escolhas. O que se deve garantir aos integrantes é essa possibilidade de escolha. Não se pode proibir que se retirem da comunidade nem obstruir a liberdade de poderem construir sua história particular a partir de novos conceitos culturais. Ninguém pode ser aprisionado por sua cultura.

Independentemente da identidade cultural seguida, os direitos humanos pretendem retratar o que é universalmente indispensável ao homem e devem ser o referencial comum para o diálogo entre as diferentes culturas, buscando aproximar as diferenças. E nesse ponto podemos chamar esse núcleo essencial de dimensão básica da dignidade humana. Ao não se aceitar a ideia de que há um núcleo a ser defendido, inatingível por qualquer prática cultural, estender-se-ia ao impraticável, já que toda e qualquer prática cultural teria que ser aceita. O entendimento da dimensão básica impõe limites. Garante direitos. E responde às inquietações da diversidade cultural.

Maliska e Suzin (2011, p. 245), em seu artigo, bem explica, que o objetivo é buscar uma uniformização temperada, com princípios de tolerância que aceitem as diferenças mas sem negar o que é requisito fundamental para a condição humana universal, independente da época, do povo ou da cultura. Esse requisito fundamental para a condição humana está ligado à dimensão básica da dignidade humana.

5 DIMENSÃO CULTURAL DA DIGNIDADE HUMANA

Apesar de na prática, regras e princípios serem considerados semelhantes, em sua aparência externa, pela forma como são respeitados pela sociedade como um todo, em verdade não o são, em razão de que as regras, quando devidamente válidas no ordenamento jurídico, exigem cumprimento integral, não possibilitando o seu exercício de forma parcial.

Noutro lado estão os princípios, que oferecem as diretrizes de como as regras devem ser interpretadas e aplicadas, não determinando, contudo, o resultado final do agir, apenas de orientação. Essa análise é fundamental para estudar os casos concretos de conflitos entre direitos humanos fundamentais, mormente quando analisados entre culturas diferentes.

O aspecto cultural e a sua ampla diversidade pode ser definido como a possibilidade de existir conjuntamente diversas culturas em um momento histórico específico. É o mundo atual. Tal característica tem se intensificada justamente pelo fenômeno moderno da globalização, e igualmente do avanço instantâneo das informações, quebrando os obstáculos das diferenças, de território e os limites do próprio ser humano, que necessitou adaptar-se a esse novo modelo e aprender a conviver com tais diversificações. Assim sendo, podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana possui uma dimensão fundada no aspecto cultural.

A dimensão cultural da dignidade humana considera as particularidades culturais de cada indivíduo ou do grupo social a que pertença, levando em consideração o momento histórico vivido e respeitando os aspectos individuais que os diferenciam uns dos outros.

Nessa linha de entendimento, Baez (2011, p. 33), apresenta um conceito, de modo a diferenciar as formas de proteção dos direitos humanos afirmando que os direitos humanos como gênero revelam os valores éticos que protegem a dignidade humana em suas duas dimensões. E cita a dimensão básica que impede a coisificação de qualquer forma do indivíduo humano, independente do contexto cultural, religioso, territorial e histórico e a dimensão cultural, a qual protege as diferentes culturas, garantindo a existência de diversas formas das sociedades aplicar o nível básico da dignidade humana.

A tendência, e o que se espera, é que os princípios possam coexistir uns com os outros. Entretanto, em determinadas situações, um princípio pode ser abdicado de aplicação quando houver outro com valor fundamental maior que aquele. E conflitos entre valores fundamentais, em culturas diferentes, geram uma complexa atividade para buscar no caso concreto as soluções. Essa dificuldade é aumentada pelas formas diferentes que cada indivíduo, inserido em determinadas culturas, tem de ver a vida. O valor que se dá, por exemplo, a um cachorro é diferente de acordo com a cultura que a pessoa está inserida. Da mesma forma, para a vaca, e para valores mais “fortes” como a vida, a religião e a liberdade. A pergunta é: como sopesar essas diferenças e garantir um mínimo?

Com relação às regras, Alexy (2008, p. 105) assim resolve que uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra.

Na hipótese dos direitos humanos fundamentais colidirem entre si, uma solução possível é a relativização dos princípios envolvidos na polêmica, através da aplicação da metodologia da ponderação dos princípios, onde se avaliará o peso valorativo de cada um, de modo a estabelecer uma ordem de prevalência, sem descuidar da forma mais justa ao caso concreto. Essa é a defesa de Alexy em seu livro sobre a teoria dos direitos fundamentais, com a essência defendida do sopesamento.

A este processo de sopesamento, assim mencionado como a avaliação do valor de cada princípio, importante aclarar que este não é um método realizado de forma impensada ou realizado em prejuízo do outro valor normativo pura e simplesmente. Pelo contrário, trata-se de um método que não analisa as circunstâncias de forma abstrata ou genérica, mas, sim, individualiza as peculiaridades de cada um.

Delineando sobre o tema, Alexy (2008, p. 175) fala do modelo do sopesamento que possibilitaria a satisfação das relações de fato que são exigidas, com uma análise

dos direitos fundamentais detalhada. E afirma também que as normas teriam um aspecto ambivalente.

Lucas (2010, p. 226-227) esclarece que o objetivo dos direitos humanos é estabelecer o ponto de equilíbrio entre a igualdade e a diferença, tanto em relação aos indivíduos como em relação às culturas, tendo como norte central identificar os pontos de convergência que os identificam como indivíduos únicos.

Nessa esteira, os direitos humanos considerados como universais tem como escopo assegurar à coletividade a segurança de seus direitos individuais, mesmo que pertençam a culturas e ideologias distintas.

Sustenta-se que toda cultura tem suas próprias noções acerca dos bens e dos valores. Essa análise deve ser feita com harmonia e com critérios, adequando-se tudo à dimensão social. Insta salientar, também, que as diferenças entre os indivíduos não pode gerar injustiça e que se deve evitar a todo custo a superposição de um indivíduo sobre outro (LUCAS, 2010, p. 209-211).

Mesmo diante das inúmeras variedades de posicionamentos relacionados à cultura, o valor do homem deve prevalecer a todas, pois se a variedade cultural prevalecesse o valor humano seria ocultado.

Nesse ponto, tem-se a teoria do sopesamento como uma forma de se solucionar casos concretos envolvendo choques de direitos humanos fundamentais. Entretanto, quando esse choque se dá em culturas com tradições morais divergentes, fica inviável a análise do sopesamento, já que o próprio sopesar exige atribuição de valores. E esses valores variariam de acordo com os olhos de quem está fazendo a análise.

Por isso, conjugação do sopesamento com a análise da dimensão básica da dignidade humana traria uma conclusão mais forte. Dessa forma, o desafio é encontrar o ponto nuclear comum às culturas e que, em nenhum momento poderia ser afastado. A resposta à pergunta formulada acima é: encontrar a dimensão básica da dignidade humana.

Baez completa dizendo que o núcleo dos direitos humanos é a própria dignidade humana a qual deve ser analisada pelas duas dimensões citadas, tanto a básica como a cultural. E explica que a dimensão básica seriam os direitos humanos fundamentais, os quais todos os indivíduos possuem, independente do contexto a ser analisado e a dimensão cultural e seriam os direitos humanos que dependem da análise cultural e são o resultado de cada povo. Mesmo dividindo os direitos humanos em dimensões, isso não retira o caráter indivisível da categoria. Isso porque as normas são independentes.

6 CONCLUSÃO

Os fatores da natureza humana universal devem guiar a análise das tradições divergentes entre as culturais existentes. A tolerância constitui uma condição fundamental para a convivência livre e tranquila. Respeitar o diferente e abrir o diálogo multicultural é imprescindível no atual mundo globalizado.

Muitas vezes o confronto concreto não diz respeito apenas a dois direitos fundamentais em choque dentro de uma cultura. Mas a uma situação ainda mais complexa de solução: dois direitos fundamentais em conflito e entre culturas diferentes. Há casos em

que uma das culturas (algumas tribos indígenas, por exemplo) possuem normas de convivência arcaicas não se enquadrando no modelo de constitucionalismo contemporâneo. Essa colisão deve ser analisada com reflexão e com tolerância, para que a cultura economicamente predominante não acabe por aniquilar a outra. Isso porque o poder público não deve interferir na vida particular do sujeito, cabendo ao Estado garantir a todos direitos iguais e situações favoráveis em busca de oportunidades, exercitando poder de justiça, sem excessiva interferência na vida pessoal.

O sopesamento defendido por Alexy (2008, p. 93) é uma saída para a solução de casos concretos. Se dois princípios colidem um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Entretanto a dificuldade está em fazer o sopesamento a luz das visões culturais divergentes. Olhar com os olhos do outro. Buscar a análise pelo diálogo intercultural, aproximando igualdades e diferenças. Deve-se reconhecer o direito de todo indivíduo de levantar-se contra os valores culturais experimentados e propor novas alternativas, sobretudo nos casos em que há dano à vida, à dignidade e à subsistência.

Ademais, é incontestável que uma sociedade que possui uma variedade de práticas culturais terá diversas formas de comportamento. A globalização, com o intercâmbio facilitado de pessoas, fez com que em um mesmo país convivessem pessoas de diversas origens étnicas, religiões, culturas, pensamentos e prioridades de vida. Essa heterogeneidade é crescente e conviver com o diferente passa a ser cada vez mais rotineiro. O que ocorre é que nenhuma dessas culturas, ao olhar a outra, poderá presumir ser a melhor ou a certa. Não se pode impor uma cultura.

Fica clara a existência de valores comuns mínimos, os quais configurariam a citada dimensão básica da dignidade humana. Aquela que todos têm. Independente do momento histórico, da cultura, da religião ou do território. Tem por ser pessoa humana. Com esse reconhecimento torna-se possível abrir um diálogo multicultural.

Os casos devem ser analisados no caso concreto. Como defendido no presente artigo, não obstante a complexidade de conceituar a dignidade humana, há convergência de pensamento ao analisar a dignidade humana como atributo possuído por todos os seres, fato esse que impediria a coisificação do indivíduo.

Para a solução dos embates entre direitos fundamentais em culturas diferentes, além da teoria do sopesamento de Alexy, da teoria da dupla dimensão da dignidade humana e da ideia Kantiana da coisificação, a análise da reação do ser humano é importante, já que, dotado de capacidade de decisão, o ser humano não aceita ser um mero instrumento ao arbítrio de terceiros.

E como dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir, sendo um bem inato, qualquer prática cultural que provoque reação pela sociedade inserida, causando a coisificação o ser humano, ofenderá o nível básico da dignidade humana e, dessa forma extrapolará os limites mínimos que devem ser observados por todos na regulação de suas práticas culturais e morais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos Humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais - novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais- Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.
- BARRETO, Sílvia Araújo Amorim Pereira. Os direitos humanos e os fetos anencéfalos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Org.). *Direitos humanos em evolução*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição Federal da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Manuais de Legislação).
- DIMOULIS, Dimitri. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Unijuí: Unijuí, 2010.
- MALISKA, Marcos Augusto; SUZIN, Jederson. O direito à diversidade das comunidades indígenas. multiculturalismo, direito à vida e infanticídio. *Direitos Fundamentais e justiça*, ano 5, n. 19, p. 165-181, jul./set. 2011.
- NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

O “PROJETO DE VIDA” DA PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Carlos Giovanni Pinto Portugal*
Rosalice Fidalgo Pinheiro**

1 INTRODUÇÃO

Sobreleva-se atualmente - ao menos na melhor doutrina - ser incontornável uma aceção do Direito Civil brasileiro não fundamentado por sobre as bases niveladoras do texto constitucional. Desde o surgimento da Constituição Democrática de 1988, uma revolução do pensamento jurídico tem promovido enormes transformações no Direito Privado, o que não poderia deixar de ocorrer ante a estruturação sistemática proporcionada pela filtragem de todo o ordenamento jurídico ante os pressupostos constitucionais.¹ Promove-se um viés de efetivação normativa dos direitos fundamentais a partir desta revolução paradigmática proporcionada pelo texto garantista e material da Constituição. A partir desta constatação, o presente estudo tem por escopo analisar a transversalidade dos direitos fundamentais na seara da responsabilidade civil, assumindo-se, para isto, postura voltada à noção de sua eficácia horizontal.² Não obstante, restaria impossível a tratativa pormenorizada de todo o material doutrinário e jurisprudencial já construído sobre o vastíssimo tema dos direitos fundamentais e o direito civil, o que implica fazer um corte epistemológico e, ao mesmo tempo, uma tentativa de aproximação racional entre: a responsabilidade civil por dano ao projeto de vida³ e os direitos fundamentais.

Seria, por certo, interessante a tratativa se feita de forma direta. Ocorre, porém, que mais uma limitação deve ser acrescida. A tratativa que aqui se pretende explorar - é importante consignar claramente - não partirá da análise da fundamentalidade do ressarcimento ou compensação cíveis,⁴ mas da possibilidade de compreensão do *projeto de vida humano* a partir da teoria dos direitos fundamentais. Partindo-se deste ponto, a pessoa

* Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia no Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil; Especialista em Processo Civil pela UniBrasil; advogado; Rua Marechal Deodoro, 431, Ed. Cond. Empresarial Arco, 9º andar, Centro, 80020-320, Curitiba, Paraná; contato@robertofatuch.adv.br

** Doutora em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná; Professora adjunta da Universidade Federal do Paraná; Professora e coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil.

¹ O termo “filtragem constitucional” é trabalhado em conhecida construção de Schier (2005).

² Por estar fora da pretensão deste artigo, não se abordará a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, muito embora se reconheça tal condição como pressuposto fundamental para a digressão.

³ Importante destacar que esta digressão se dá na esteira de melhor compreender o chamado “daño al proyecto de vida” da doutrina peruana e argentina, buscando-se, no entanto, uma compreensão acerca dos novos danos ressarcíveis para a construção de uma responsabilidade civil fundamentada nos direitos fundamentais (BURGOS, 2012).

⁴ A responsabilidade civil-constitucional, com esteio na melhor tutela da pessoa humana, é, sem dúvida, forma classicamente considerada para a manutenção da pessoa da vítima. A vinculação do presente estudo, contudo, não se vincula à ressarcibilidade do dano ao projeto de vida, mas do próprio projeto de vida como espaço de fundamental preocupação de um ordenamento jurídico disposto à tutela integral da pessoa humana. Assim, o “[...] princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil, a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável” [...] Quanto ao aumento das hipóteses de ressarcimento, sabe-se que a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira

humana que inatamente possui um projeto de vida factível poderá encontrar-se albergada, quando, e se, se verificar violado seu direito de personalidade. A compreensão última que se pretende chegar é a de ratificar a importância e autonomia de um direito ao projeto de vida (a justificar - por via reflexa - uma também autônoma concepção da ressarcibilidade do “dano ao projeto de vida”), assentando essa construção por sobre a teoria dos direitos fundamentais calcada na dignidade da pessoa humana. Importante consignar, a título de introdução, que uma tutela jurídica que pretenda abordar a integralidade da pessoa humana não poderá olvidar esse importante aspecto existencial e relacional: o projeto de vida.

É de grande valia ressaltar que: o princípio constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana, muito embora de central consideração na teoria dos direitos fundamentais, não se traduz em um único centro irradiador da argumentação no âmbito da teoria dos direitos fundamentais. Isto deve ser considerado sob pena de se cristalizar um *pan-constitucionalismo* que, paradoxalmente, empobrece a teoria que pretende fortalecer. É neste sentido que a “[...] dignidade da pessoa humana não pode ser compreendida como a única referência acerca da fundamentalidade dos direitos constitucionais.” (MORAES, 2014). Há que se ter cuidado: as construções argumentativas que encontram base nos direitos fundamentais não podem se tornar castelos de areia, de tal forma maleáveis e fragilizados, a ponto de ameaçar as conquistas jurídicas e sociais já alcançadas.⁵ Posto isto, o trabalho que ora se apresenta se esforçará em traçar uma *possibilidade* de tratativa do direito ao projeto de vida (e, por conseqüência lógica, da responsabilidade civil por dano ao projeto de vida), com base na teoria dos direitos fundamentais, com o fito de fortalecer a racionalidade da compreensão, e minorar uma utilização alargada, desmedida e meramente retórica do conceito de dignidade humana. Afinal, uma sólida teoria dos direitos fundamentais, sendo utilizada por meio de critérios racionais, por certo não dará azo a inúmeras e desarrazoadas construções argumentativas que terminam por minar o seu projeto unificador e tutelar.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais consubstanciados no texto constitucional se traduzem como normas cuja luz se espalha pelo ordenamento jurídico, mormente se analisados em uma visão sistemática.⁶ Eles têm especial característica, se colocando como nucleares pressupostos constitucionais para essa concepção sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Tais direitos especiais voltam-se à proteção da pessoa humana em seus aspectos mais caros, ficando consignados em posição jurídica de máxima consideração. Neste caminho, figurando os direitos fundamentais no texto jurídico de maior hierarquia possível no orde-

ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário (MORAES, 2014).

⁵ Nessa linha, há que se compreender o alerta de Ascensão (2006) para o efeito deletério de uma visão exacerbadamente liberal da dignidade da pessoa humana: “A unanimidade aparente na afirmação da dignidade da pessoa humana como fundamento das sociedades contemporâneas esconde as maiores divergências. Os direitos fundamentais traduzem antes uma visão sem base ética, que lisonjeia o homem-massa pela ilusão de que tudo lhe é dado e nada lhe é pedido.”

⁶ A noção de sistema constitucional é muito bem explanada no Capítulo 2 de consagrada obra do direito constitucional brasileiro: Bonavides (2011).

namento pátrio, ficam ao alvedrio de maiorias ocasionais, tornando-se verdadeiros pilares que sustentam uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária. Como aponta Mendes, Coelho e Branco (2008), a maior relevância dos direitos fundamentais é evidenciada por figurarem como pilar *ético-jurídico-político* da própria compreensão da Constituição.

Ocorre, porém, que não obstante o primado dos direitos fundamentais como pilares da sociedade e do Estado, os mesmos não se encontram engessados em possibilidades estáticas. Na visão dos autores, o catálogo de direitos fundamentais aumenta na conformidade do momento histórico em que são estabelecidos. Explica também que: “[...] esforço é necessário para identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo expresso da Constituição.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008). Vale também destacar a posição de Miranda (2006), para o qual os direitos fundamentais tanto evoluem, como sofrem vicissitudes e retrações na medida em que acompanham o processo histórico, as lutas do povo, a variação de variados regimes políticos o progresso científico e econômico. Ocorre, contudo, que o momento atual é de certo impasse na compreensão dos direitos fundamentais, bem como de excessos que suplantam as permissões interpretativas que partem do princípio da dignidade da pessoa humana. Encontram-se interpretações que, com vistas a resolução dos mais variados problemas, se pontuam em pobre argumentação de base, sempre com esteio na abertura semântica dos direitos fundamentais de forma a socorrer visão subjetivista e parcial. E isto, mesmo havendo dogmática positiva escorreita para a resolução sistemática e correta do problema concreto.⁷ Busca-se aqui, ao contrário, uma forma racional e ponderada da utilização de uma teoria que, não sendo hermeticamente fechada, possibilite um alargamento do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Apesar de posicionamentos contrários, para alguns constitucionalistas o princípio da dignidade humana é o próprio fundamento e núcleo dos direitos fundamentais. Para José Carlos Vieira de Andrade a dignidade da pessoa humana é o ponto central que dá referência e unidade aos direitos fundamentais. Dispõe o doutrinador de Coimbra em relação ao direito constitucional português:

Neste contexto se deve entender o princípio da dignidade da pessoa humana - consagrado no artigo 1º como princípio fundamental da Constituição - como o princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Estes preceitos não se justificam isoladamente pela proteção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além dos seus atos e atributos. (ANDRADE, 2012, p. 97).

Destarte, é importante observar que, mesmo optando-se por assentar o edifício dos direitos fundamentais por sobre uma densa concepção de dignidade humana, as construções possíveis de serem levadas a efeito a partir de sua interpretação não devem

⁷ Esclarecedora é a seguinte passagem: “O princípio da dignidade da pessoa humana tem sido apontado, por isso, não raro, como panacéia para a resolução de problemas jurídicos nem sempre complexos, onde a simples incidência ou aplicação de regras infraconstitucionais, mediante aplicação da velha lógica da subsunção, seria suficiente para uma adequada resposta jurídica. Como verdadeira vara de condão, sob a batuta da dignidade humana, tudo passa a ser princípio, tudo se torna relativizável mediante ponderação e então, por vezes, arbitrárias concepções da dignidade humana permitem soluções nem sempre defensáveis sob o plano do pensamento constitucional.” (SCHIER, 2005)

desconsiderar os demais direitos fundamentais. A conjuntura sistemática dos direitos fundamentais é que dão sentido à integridade do sistema constitucional.

Porém, se considerado o princípio da dignidade humana como eixo central da sistemática estruturada pelos direitos fundamentais, é importante esclarecer que esta dignidade não se reduz à lógica de um puro individualismo, abstraído do contexto social em que se promove a personalidade. O próprio professor, citado logo acima, esclarece que “[...] o valor da dignidade [...] não é um produto ideológico, uma especificidade do liberalismo individualista,” (ANDRADE, 2012, p. 105), conjugando-se com o parecer de Schier (2005, p. 19), para em esta *dignidade* também não pode estar “[...] fundada apenas em valores liberais da autonomia do sujeito.”

Sarlet (2009) dispõe, esclarecendo: “[...] os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.” Inegável assim a basilar condição da dignidade da pessoa humana para a teoria dos direitos fundamentais.

Ao considerar o valor da dignidade da pessoa humana como centro irradiador de unidade dos direitos fundamentais, e, por conseguinte, como cerne de todo o plano jurídico e político da sociedade, avoluma-se a valorização da condição inerente de cada indivíduo humano. Todos os potenciais próprios da personalidade humana se vêem protegidos sob uma ampla compreensão da dignidade. Poder-se-ia então, a partir da *ideia-valor* chave de dignidade da pessoa humana, construir uma argumentação que apresentasse o *projeto de vida* humano como um aspecto da necessária realização do indivíduo.

Contudo, frise-se, esta valorização da condição humana deve se dar com pálio no princípio da solidariedade (art. 3º, III, Constituição Federal)⁸ e não sob um manto liberal que impede a compreensão da pessoa como ser inter-relacional. Emerge de importância a crítica de Ascensão (2006, p. 152), na esteira de denunciar uma concepção de direitos fundamentais calcada em ideais liberais-individualistas. Anota o professor português que, em uma visão simplista e insistentemente constante de direitos fundamentais,⁹ o “[...] indivíduo tem direito a tudo. Cada dia se proclamam mais direitos fundamentais. Falta só um, que apenas não foi outorgado por uns restos de pudor: o *direito à felicidade*. Seria esclarecedor. Mas é duvidoso que surja, porque abriria demasiado o jogo.”

O jurista argentino Lorenzetti (1998, p. 161-162) bem dispôs neste aspecto, alertando que: “É necessário desenvolver proposições mais complexas em relação aos direitos fundamentais. É óbvio que há uma enorme brecha entre os elevados propósitos que nos motivam a declará-los e as reduzidas análises que efetuamos no momento de pô-los em prática.” Continua esclarecendo que uma *inflação de direitos fundamentais* pode desvalorizá-los e torná-los ineficazes. Alia-se a esta suposta *inflação* desmedida, uma compreensão leviana e incontrolável das implicações da dignidade da pessoa humana que pode embasar interpretações inteiramente conflitantes.

Assim, evitando-se o que justamente está sendo criticado, buscar-se-á compreender o “projeto de vida” não apenas a partir de *topois* que vinculem esse importante aspecto

⁸ A respeito do princípio da solidariedade, ver o excelente artigo de Moraes (2008).

⁹ De primeira geração, ou dimensão.

da personalidade de forma direta ao princípio da dignidade humana. Não que se acredite na impossibilidade de rigor dessa abordagem, mas por também se crer na real possibilidade de uma construção teórica racional mais densa, o que se fará buscando esteio na teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011), em obra jurídica já há muito consagrada.

3 O PROJETO DE VIDA DA PESSOA HUMANA

Após o término da Segunda Guerra Mundial houve um nítido avanço global, em termos jurídicos e políticos, no sentido de somarem-se esforços voltados a assegurar uma maior proteção à pessoa humana. Um desenvolvimento acelerado dos textos internacionais acerca dos direitos humanos, de forma até exponencial, foi verificado a partir do reconhecimento mundial das monstruosas violações de direitos ocorridas durante a ocupação de Hitler na Europa (PIOVESAN, 2012, p. 183).

Também se desenvolveram compreensões mais plurais acerca da personalidade humana, e da necessidade de reconhecimento de variadas formas de expressão desta condição inata de um ser humano integral. Como ficou consignado acima, as próprias construções levadas a cabo a partir da tutela da dignidade humana proporcionaram enormes avanços nos instrumentos protetivos, que tendem, cada vez mais, salvaguardar a plenitude da condição humana. Impõe esta evolução na consideração da pessoa humana, como reflexo natural, uma série de deveres de não prejudicar a esfera de direitos da pessoa. Este incremento do escopo protetivo da pessoa humana não pode, porém, estar subjugado a uma versão estritamente liberal-individualista. Ele implica estabelecer uma melhor condição humana não apenas para o indivíduo em seu isolamento social, mas na relação que o mesmo trava com a alteridade, ou seja, uma melhor condição fundada na coexistencialidade.

O reconhecimento de um direito ao projeto de vida de uma pessoa se dá na esteira de uma compreensão solidária desta vertente da liberdade humana, e não a partir de viés meramente privatístico-clássico. Assim se assenta a construção de Sessarego (2014). Para ele, há que se proteger o “livre desenvolvimento da personalidade” através da promoção de uma liberdade fenomênica, factível quando do exercício pleno de liberdade para atos, condutas e comportamentos que exteriorizam projetos pessoais, em uma condição sempre disposta por sobre a lógica da coexistencialidade (SESSAREGO, 2014). Analisando diversos ordenamentos jurídicos no direito comparado, o autor conclui que

[...] los ordenamientos jurídicos protegen genéricamente los derechos inviolables del hombre, inherentes a su propio ser o expresamente tutelan la libertad o su libre desarrollo o el libre desarrollo de la personalidad. Es decir, bajo diversas fórmulas, se protege la libertad, en sí misma, y su actuación o expresión fenoménica, cuyo máximo exponente es el “proyecto de vida.”

Assim, o projeto de vida, sendo expressão fenomênica do livre desenvolvimento da personalidade, promove a plena realização da pessoa humana no limite temporal de sua vida biológica.

A questão que aqui se põe, procurará indicar a possibilidade de uma construção argumentativa *jusfundamental* acerca do direito ao projeto de vida. Afinal, seria o direito ao

projeto de vida um direito fundamental autônomo, ou restaria configurado apenas sobre uma posição especial construída a partir do direito fundamental de liberdade?¹⁰ Ademais, como já indicado acima, restaria defender um direito ao projeto de vida por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seria também possível um tratamento de maior rigor técnico, para apurar, seja qual for sua estrita natureza, seu aspecto fundamental?

Em um primeiro momento é necessário tecer, já na perspectiva de uma teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2011), uma noção de fundamentalidade, para que, após, seja possível divagações maiores dentro da teoria dos direitos fundamentais. Tal concepção esclareça-se, estrutura-se ante uma construção democrática do Estado de direito constitucional, sendo que, como é notório, diversas concepções de direitos fundamentais são encontradas em outros modelos constitucionais.¹¹ Para Alexy (apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 239) aferir a fundamentalidade de um objeto de direito do homem, implica verificar duas condicionantes, quais sejam: os interesses e as carências que *podem* e *devem* ser protegidos e fomentados pelo direito. Assim, “[...] muitos homens têm uma carência fundamental de amor [...] Contudo, não existe um direito do homem ao amor, porque o amor não se deixa forçar pelo direito.” Continua dispondo que a “[...] segunda condição [além de poder proteger e fomentar] é que o interesse ou a carência seja tão fundamental que a necessidade do seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito.” (ALEXY apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 239). Nestes termos, a fundamentalidade de um objeto do direito do homem, caracterizando assim um direito fundamental, implica sua efetiva *possibilidade* de promoção e fomento, e, além, sua *possibilidade de fundamentação* pelo direito.

Bem se compreende a impossibilidade, em sede do que foi aludido acima, de se considerar a fundamentalidade do direito ao amor ou à felicidade. Isto, pois, há impedimento que obsta a promoção do amor ou da felicidade plena por meio do ordenamento jurídico em sua imperatividade. O projeto de vida da pessoa humana, porém, envolve sistemática diversa: a um, não está se pretendendo que o direito promova a integralidade da ocorrência do projeto factível, o que seria, de plano, uma impossibilidade que esvaziaria toda a fundamentalidade; a dois, deve-se compreender que o espaço de proteção imposto pelo direito ao projeto de vida é aquele que permite que o projeto factível possa vir a ocorrer, mas não a certeza que o mesmo venha a se concretizar.

Sessarego (2013), citado anteriormente em sua construção acerca dos direitos fundamentais cindida entre direitos fundamentais fundantes e fundados, dispõe em posição central a tutela da pessoa humana a partir da “vida de liberdade”. Sendo assim,

¹⁰ A questão traduz uma dificuldade prévia em se caracterizar o projeto de vida dentro da teoria dos direitos fundamentais. Veja-se que sobre a questão da heterogeneidade dessa especial categoria de direitos dispôs Vieira (2006): “Há a considerar, desde logo, relativamente a cada direito, a existência de um conteúdo principal, que abrange as faculdades ou garantias específicas de cada hipótese normativa, e de um conteúdo instrumental, que incluirá outras faculdades ou deveres, que, não constituindo o programa normativo do direito em si, decorrem diretamente da necessidade da sua efetivação, visando assegurar o seu respeito, a sua proteção ou sua promoção.”

¹¹ Vale colacionar aqui a visão de Hesse (apud MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 239), para o qual “[...] a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade. A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos.”

ratifica a fundamentalidade do projeto de vida, posto que para o professor da Pontifícia Universidade Católica do Peru:

Todos los derechos fundamentales fundados protegen diversos aspectos del ser humano - que es “vida de la libertad” - con la finalidad de que la libertad ontológica, que es pura decisión, pueda cumplirse y realizarse en la realidad como “proyecto de vida”. Es decir, que la libertad que somos, se proyecte al mundo exterior como acto, conducta o comportamiento, dada su vocación de realizarse, de concretarse. Esta fenomenalización de la libertad es el “proyecto de vida”. Todos los derechos fundados encuentran su sentido en la función protectora de la libertad. Sin ella, obviamente, todos los derechos fundamentales carecerían de razón de ser. Son “fundamentales” en cuanto o en relación con la protección de la vida de la libertad. En esto radica su “fundamentalidad.

Destarte, o projeto de vida, como componente intrínseco da liberdade humana existencial, se põe, na visão do citado jus filósofo latino como fundamento dos demais direitos fundamentais. Para ele, “[...] *la libertad fenoménica, la que aparece como “proyecto de vida”, es decir, el vivir mismo, es protegida autónomamente por el ordenamiento jurídico mediante los derechos fundamentales.*” (SESSAREGO, 2013).

Não obstante a posição, em primeiro momento privilegiada do projeto de vida em relação à noção de dignidade da pessoa humana e da liberdade inerente à plena projeção da personalidade,¹² outros pontos podem e devem ser considerados em relação a teoria dos direitos fundamentais.¹³

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FEIXE DE POSIÇÕES JURÍDICAS

Uma possibilidade de tratar o direito ao *projeto de vida pessoal* a partir de um ferramental técnico, propugnado por Alexy (2011), ocorre na medida em que algumas construções da teoria permitem um alargamento do âmbito de aplicação e verificação analítica dos direitos fundamentais. Importante esclarecer que tal aproximação inicial não se pretende impassível de críticas ou incorreções, o que se dá pela complexidade de tratamento da sólida obra do direito constitucional alemão. Com o fito de não descuidar de uma argumentação jusfundamental sólida, fica necessário proceder à digressão a partir de duas construções alexyanas importantes: aquela pertinente ao *direito fundamental atribuído*, e outra que se revela a partir do *feixe de posições* que ensejam um *direito fundamental completo*.

Outro alerta também se mostra de imprescindível contorno: a teoria dos direitos fundamentais alexyana se detém em uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã.¹⁴ Não obstante, o ferramental técnico de grande rigor e racionalidade sirva uma teoria dos direitos fundamentais que se mostre atenta à realidade constitucional brasileira.

¹² Aludindo ao artigo 3º da Constituição italiana, e dada a importância em relação ao livre desenvolvimento da personalidade, aponta Sessarego (2013) que “[...] es deber del Estado, mediante la aplicación de los derechos fundamentales, el asegurar la efectiva realización del “proyecto de vida.”

¹³ Importante esclarecer ainda, a possibilidade de tratativa de uma fundamentalidade do projeto de vida, de forma diversa, a partir do conceito de abertura material dos direitos fundamentais possibilitada por leitura singela do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal. Veja-se, quanto ao ponto: Sarlet (2009. p. 78).

¹⁴ A delimitação é conduzida pelo próprio Alexy (2011).

A dogmática dos direitos fundamentais conformada por Alexy (2011), se dá em três planos distintos de abordagem: via questões/dimensões normativas, empíricas e analíticas, sem as quais não seria possível o desenvolvimento racional de uma Ciência do Direito. Assim, para a análise depurada da fundamentalidade de um objeto do direito humano poder-se-ia deduzir questões desde a análise de conceitos mais elementares aos mais complexos do direito vigente, como a noção, entre outras, de liberdade, igualdade e dignidade. As questões empíricas também restariam importantes para aferição de tal fundamentalidade na averiguação do respaldo social e jurisprudencial de tal direito. Neste segundo aspecto, ter-se-ia de trabalhar, por exemplo, com o resultado prático da condição fundamental de um direito, e não somente a partir da cognição simples de conceitos. Terceira dimensão, a normativa, imporia a verificação da decisão válida para um problema jurídico a partir do direito positivo.

Desde já é possível compreender que, na postura do aludido jurista alemão, os esforços da dogmática dos direitos fundamentais não se dão apenas e tão somente no plano argumentativo. Sua construção vai além e adentra, inclusive, à “possibilidade de fundamentação racional dos juízos de valor.” (ALEXY, 2011, p. 36). Para ele, na construção de uma séria dogmática dos direitos fundamentais, “[...] combinar as três dimensões é uma condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática.” (ALEXY, 2006, p. 37). Inserta na questão ético-filosófica da dimensão normativa, por exemplo, é possível conceber que o projeto de vida se insere no plano da liberdade individual, “[...] direito único, original e conferido a todos,” e isso por força de sua humanidade, o que, segundo Kant (2003, p. 121), é caracterizado pelo “[...] atributo do ser humano como ser racional.” A liberdade, segundo ele, é conceito pertinente à ideia primeira de direito. Deduziu o filósofo de Konnigsberg: “O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade.” (KANT, 2003, p. 76). Ademais, sob uma vertente jurídico-dogmática da dimensão normativa, é indubitável que o projeto de vida, como expressão da liberdade, encontre respaldo de validade no sistema jurídico positivo vigente.

Em uma perspectiva analítica, os direitos fundamentais como direitos subjetivos podem ser designados a partir de três posições: direitos a algo, liberdades e competências (ALEXY, 2011, p. 193). Essas são as clássicas posições de direitos fundamentais da teoria alexyana.¹⁵ Assim, têm-se posições relativamente autônomas que, analiticamente, são possíveis de se extrair de um direito fundamental. Contudo, ao se tratar de um direito fundamental de liberdade de forma genérica, não se está tratando de uma ou outra posição específica, mas de um direito fundamental completo (ALEXY, 2011, p. 249).

Assim, segundo Alexy (2011, p. 193), um direito fundamental completo, como por exemplo, um direito geral de liberdade, implicaria diversas posições jurídicas a ele adstritas. Tais posições jurídicas são atribuições de direitos subjetivos provenientes de um direito fundamental. Os direitos a algo, como grupo de posições pertinentes a um direito

¹⁵ Na leitura da obra de Alexy (apud SARLET, 2009, p. 153) temos: “a) direitos a qualquer coisa (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações); b) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições) e c) os poderes (competências ou autorizações).”

fundamental, indicam a pretensão que se dirige contra alguém, tendo por objeto um fazer ou abstenção específicos. Tais direitos a algo se dão na perspectiva relacional da pessoa humana, que, em sede de proteção ao seu direito ao projeto de vida, se dirige a alguém no sentido de um fazer ou de uma abstenção. É neste aspecto que se verifica que os direitos a algo se dão tanto em viés negativo como positivo, ou seja, englobam direitos de defesa e direito a pretensões (ALEXY, 2011, p. 196). Assim, um direito ao não embaraço de ações, a não afetação de características e situações, a não-eliminação de situações jurídicas são passíveis de serem opostas em face do Estado, no aspecto negativo, para que o projeto de vida da pessoa humana possa ser desvelado com a liberdade que lhe deve nortear. Os direitos a ações positivas, impõem certos direitos que se desenvolvem tanto fática quanto normativamente. Se o Estado subsidia, em valores concretos, que determinado estudante participe de uma universidade particular, a ação é positiva e fática. Porém, ao estabelecer as normas para que tal financiamento ocorra, é o aspecto jurídico-normativo que o direito a algo está a promover. De todas as formas, como é de se compreender, é possível empreender a promoção e o fomento do projeto de vida da pessoa humana.

Também como uma posição jurídica fundamental independente, há o grupo das “liberdades”. A liberdade jurídica como posição voltada a concretizar a o projeto de vida, pode ser compreendida a partir de uma mera abstenção estatal, sendo então uma ação negativa, um direito de defesa puro. Explica Alexy (2011) que para que se garanta a liberdade não é necessário um direito a prestações, apenas um direito de defesa. Daí estarem incluídas as liberdades jurídicas não protegidas e as liberdades jurídicas protegidas. Nas primeiras, a posição jurídica é caracterizada tanto pela ausência de norma que impeça determinada ação ou abstenção, bem como pela inexistência de qualquer mandamento que produza obrigação. A permissão jurídica de se fazer algo é concomitante a de não fazer. Alexy (2011, p. 227) exemplifica: “Uma liberdade jurídica de professar uma crença surge apenas quando - mas também sempre quando - é não apenas permitido fazê-lo, mas também não o fazer.” Na visão do jurista, normas fundamentais permissivas, indicam que qualquer norma infraconstitucional que impeça ou reduza essa posição é inconstitucional (ALEXY, 2011, p. 231). Já as liberdades jurídicas protegidas implicam a existência de um direito ou norma que a institui.

Às posições jurídicas dos direitos a algo e das liberdades, somam-se as chamadas *competências*. Tais competências, trata Jellinek (apud ALEXY, 2011, p. 238): “[...] acrescentem à capacidade de ação do indivíduo, algo que ele por natureza não possui.” Prossegue dispondo que “[...] sem o conceito de competência, ou algo equivalente, seria apenas possível descrever as posições de uma cidadão como o destinatário de deveres, proibições e permissões [...], mas não como um legislador privado (*private legislator*).” (JELLINEK apud ALEXY, 2011, p. 242). Destarte, veja-se que sem as competências nos moldes propostos por Alexy (2011), o próprio campo do Direito Privado restaria comprometido. Não haveria possibilidade de o indivíduo promover por si, normas constitutivas. O contrato, o matrimônio, a constituição de uma sociedade, associações, da propriedade, e do testamento, por exemplo, inexistiriam, impossibilitando veementemente a projeção relacional e social da personalidade individual, maculando-se o projeto de vida e a plenitude de possibilidades de vivência do indivíduo em sociedade.

Sendo assim, como variadas posições podem se encontrar adstritas à um direito fundamental completo, compreende-se o mesmo a partir de uma consideração multifacetada de individuais posições de direitos fundamentais. Este feixe de posições fundamentais circunscrevem a complexa noção de um direito fundamental completo, o que corrobora com a dificuldade de delimitação estrita de seu âmbito de proteção.

É possível considerar, nas três posições jurídicas da teoria dos direitos fundamentais alexyana, variadas incursões que remetem a um direito ao projeto de vida, e, ademais, reputar defensável seu aspecto fundamental, seja por via de posições definitivas (regras), seja por via de posições *prima facie* (princípios) (ALEXY, 2011, p. 252), relacionadas. Desta forma, ao tutelar juridicamente a liberdade e a vida, como partes integrantes do indivíduo que traça um plano vital que o identifica, singulariza e inspira, os direitos fundamentais de liberdade e à vida, por exemplo, implicam uma série de posições jurídicas de variadas facetas que integram a real e efetiva proteção fundamental ao “projeto de vida”.

5 A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL ATRIBUÍDO

Se consideradas como normas que definem direitos fundamentais apenas aquelas cujos enunciados se encontram expressamente previstos da Constituição (dispositivos de direitos fundamentais), a própria abertura material disposta no artigo 5º parágrafo 2º estaria fadada ao esquecimento. O texto constitucional brasileiro não traz em seu bojo de enunciados fundamentais um direito ao projeto de vida. Restaria então impedida esta expressão fenomênica da liberdade humana de encontrar proteção jusfundamental?

Se observada a construção teórica de Alexy (2011, p. 74) quanto à existência válida de normas fundamentais atribuídas, essa ausência expressa de proteção fundamental ao projeto de vida pode ser afastada sem qualquer prejuízo de uma concreta afirmação acerca de sua fundamentalidade. Assim, um direito fundamental ao projeto de vida, nos mais variados aspectos normativos que poderia assumir, haveria de estar assentado por sobre uma norma fundamental expressa na Constituição, tal qual, por exemplo, o princípio da dignidade humana, ou a liberdade religiosa ou de profissão. Uma norma fundamental atribuída relacionada à tutela do projeto de vida como livre desenvolvimento da personalidade haveria de possibilitar “[...] uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.” (ALEXY, 2011, p. 74). Fica claro que muitas das extensões factíveis se dariam, primordialmente, com fundamento no direito geral de liberdade correlacionado à dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais expressos no texto constitucional.

Interessantes exemplos da consideração do projeto de vida da pessoa humana se veem da análise da postura atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O famoso caso *Cantoral Benavides vs. Peru* (2001)¹⁶ (caso presidido pelo juiz brasileiro Antônio Cançado Trindade), dá perfeita definição acerca da reparabilidade do dano ao projeto de vida, na medida em que uma prisão ilegal mitigou planos pessoais e profissionais de Luis Alberto Cantoral Benavides. Os quatro anos de prisão, seguidos de violências físicas e psicológicas, impediram radicalmente o então estudante universitário de prosseguir sua

¹⁶ Conforme se pode conferir na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2013).

vida e seus estudos. Verificando-se violados os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, afirmou a Corte que: *“Los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo como profesional. Todo esto ha representado un serio menoscabo para su ‘proyecto de vida’”*. Não obstante a inexistência de um dispositivo de direitos humanos que compreendesse, textualmente, ao projeto de vida, a correta argumentação frente aos artigos 5º e 7º da Convenção permitiu a compreensão de que um direito ao projeto de vida fora violado pelo Estado do Peru pela invasão ilegal à esfera de liberdade de Bonavides (2011).

Ademais, descreve Silva (2013, p. 233) que, esclarecendo o sentido do direito fundamental de liberdade, não basta garantir à pessoa humana a liberdade interna, mas a “[...] liberdade objetiva, [que] consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente.” Daí advir a possibilidade de consideração do projeto de vida, como liberdade possível de externalizações, na medida de uma norma de direito fundamental atribuída às disposições fundamentais constantes, expressamente, do texto constitucional. Há que se desenvolver, sempre, para aferição da fundamentalidade da norma atribuída, - frise-se, “[...] uma argumentação referida a direitos fundamentais que a sustente.” (ALEXY, 2011, p. 74).

O complexo problema pertinente à definição do conteúdo deste direito fundamental se dá na direta proporcionalidade de sua abertura semântica e amplitude da hipótese fática. É necessário assumir, porém, que não obstante a amplitude e indefinição genérica (*a priori*) do conteúdo do direito fundamental ao projeto de vida é necessário protegê-lo, posto que apenas desta forma, observa Sessarego (2012), a integralidade da pessoa humana (como inteireza não apenas psicossomática mas como ser que se confunde na própria liberdade fenomênica) estará de todo compreendida na esfera jurídica de proteção. Percebe-se que nem todo o projeto de vida de uma pessoa será âmbito compreendido pela norma fundamental. Seria impossível atingir-se, por exemplo, um ideal de vida abastado que tornasse a pessoa “a mais rica da cidade”, ou a plena felicidade. Afinal, esta impossibilidade estaria para além da própria possibilidade humana, isto se consideramos que, como o faz Vale (1975), viver implica contingência e um inapagável sentimento de desamparo ontológico de buscar uma plenitude que nunca se alcançará. Exclui-se de seu conteúdo projetos de vida que não sejam factíveis. Ademais é importante frisar, proteger o projeto de vida da pessoa humana não é garantir sua concretização, posto que tal finalidade restaria para “fora da impositividade do Direito.”

Pode uma norma de direito fundamental atribuída que venha a tutelar o projeto de vida, ser resultado de sopesamento de outros princípios fundantes (VALE, 1975, p. 102), bem como, por sua característica aberta, também implicar, na sua consideração ante um caso realístico, a utilização da técnica da ponderação.¹⁷ Assim, pode assumir o direito ao projeto de vida e ao livre desenvolvimento da personalidade, o caráter de normas

¹⁷ Entre outros, veja-se a vinculação entre ponderação e neoconstitucionalismo em esclarecedora menção de Sanchís (2003, p. 137).

de fundamentalidade atribuída com natureza de princípios (mandados de otimização)¹⁸ ou de regras. Sua também ampla possibilidade de restrição, porém, como se deduz da teoria alexyana, deverá empreender uma hercúlea jornada argumentativa, com base em outros direitos fundamentais colidentes, ante a consideração da máxima otimização possível do aludido direito fundamental.

Consideração significativa também se dá por meio do reconhecimento de que, o projeto de vida, juntamente com os outros direitos fundamentais, são “[...] elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º)”, dispõe Gilmar da Silva Mendes, sendo o direito, evidente formador de posições jurídicas que não podem ser extintas (MENDES, 2002). Nessa dimensão, a proteção ao direito fundamental ao projeto de vida implicaria a definição tanto de competências negativas do Poder Público e dos particulares (posto ser adequado, para a conotação de uma responsabilidade civil constitucional, a eficácia privada), quanto de prestações de caráter positivo, fáticas e normativas para a íntegra conformação do direito. Veja-se, por exemplo, com base no caso acima identificado, tratado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: um determinado jovem universitário, disposto e apto a estudar e exercer, futuramente, sua profissão com habilidade, vê-se injustamente obliterado de levar a cabo sua liberdade. A liberdade de proceder à realização de seu plano de vida se esvai na medida da retirada de suas possibilidades de prosseguir os estudos por uma prisão ilegal. Uma competência positiva para a concretização do projeto de vida estudantil e profissional - disposta pelo Estado por meio do fomento à educação como princípio constitucional - foi destruída, conjuntamente com a invasão extremada e ilegítima no espaço de liberdade negativa para a consecução do ideal fenomênico. A interferência ilegal do Poder Público na esfera de liberdade individual, ao mesmo tempo, impede o acesso do vitimado às outras competências positivas que derivam de direitos fundamentais.

Assim, a liberdade fenomênica ou o “projeto de vida” verossímil e realizável, deve ser compreendido através do viés de fundamentalidade que lhe identifica primordial valor jurídico como realizador da dignidade inerente da pessoa humana.

6 FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO AO PROJETO DE VIDA

Silva (2013, p. 107) esclarece que a dignidade da pessoa humana é sim, o valor supremo que têm por condão atrair o próprio conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. Observe-se, novamente, que tal postura inclinada à dignidade individual não deve ser contemplada apenas pelo viés clássico e individualista que marca um liberalismo radical. E é neste sentido que, complementam Canotilho e Moreira (2006):

¹⁸ Adota-se aqui, para a perfeita conformação das ideias, a vinculação entre direitos fundamentais como princípios e a teoria externa de restrição de direitos fundamentais. Assim, o que ajuda a compreensão do projeto de vida na perspectiva da fundamentalidade, o suporte fático dos direitos fundamentais “[...] é o mais amplo possível” o que implica, “entre outras coisas, que a colisão com outras normas pode exigir uma restrição à realização desse princípio.” (SILVA, 2006, p. 23-51).

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma idéia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

A partir dessa noção valorativa fundante, se pode estabelecer que, mormente na ordem civil,¹⁹ os direitos de personalidade, reputados como direitos fundamentais especificados em uma categoria própria,²⁰ vinculam-se à bem estabelecer e concretizar o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

A personalidade, como deduz Szaniawski (1993, p. 35), “[...] se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana,” e, prossegue, citando França (apud SZANIAWSKI, 1993), para o qual os direitos de personalidade envolvem “[...] as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos.” Daí se retirar que no sentido da ampla promoção e proteção da personalidade é que se pode tutelar em efetivo a dignidade da pessoa humana. Dentre os diversos direitos de personalidade, é possível invocar uma parcela de importância ímpar: o livre desenvolvimento da personalidade.

Entende-se que não seria possível “[...] garantir uma dignidade à pessoa humana se não lhe é facultado o desenvolvimento de sua personalidade de forma livre e autônoma.” (MIRANDA, 2013). É neste sentido que se tutela a própria liberdade humana, seja no aspecto subjetivo e ontológico seja no aspecto da externalização dessa personalidade, ou seja, no aspecto fenomênico que Sessarego (2013) prefere chamar de “projeto de vida.”

O projeto de vida, como parte integrante da realidade da liberdade exterior possível de ser expressada pela personalidade em termos de liberdade fenomênica como acima aludido, deve receber a tutela maior concedida pelo *status* jurídico privilegiado dos direitos fundamentais, não obstante a inexistência de expressa previsão legal, seja no texto constitucional, seja no rol descritivo do Código Civil vigente (como direito de personalidade).

É bem neste aspecto que pontuam com acerto Fachin e Ruzik (2014):

A gênese da tutela, assim, não reside na lei, sendo desnecessário arrolar direitos para que eles possam receber proteção jurídica: tudo aquilo que é inerente à personalidade do sujeito concreto é digno de proteção jurídica, por dizer respeito à dignidade da pessoa humana.

¹⁹ Importante destacar que boa parte da doutrina reconhece que os direitos de personalidade fazem parte do âmbito do direito civil, sendo direitos especiais oponíveis em face de particulares. Diversamente, concluem que os direitos fundamentais, estes próprios do direito público, seriam oponíveis pelo cidadão ante atividade ou ingerências abusivas do Estado. Importante contudo, mencionar, que compreende-se aqui a plena validade da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais (AZEAUD; MAZEAUD apud SZANIAWSKI, 1993, p. 29).

²⁰ Explica Szaniawski (1993, p. 28), em obra já consagrada do direito paranaense, ao menos como abordagem inicial dos direitos de personalidade, que “grande parte da doutrina e da jurisprudência admite a existência de determinada categoria de direitos que consistem no reconhecimento, ao ser humano, de um conjunto de prerrogativas que toda pessoa possui pela sua própria existência, decorrente da evolução da teoria dos direitos fundamentais como direitos inatos, produto da afirmação do pensamento do Direito Natural expressado através da Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os quais possuem, predominantemente, a denominação de direitos de personalidade.

A consideração de um projeto de vida da pessoa humana corresponde a um interesse e uma carência possíveis de serem tutelados pelo Direito, bem como implica ser uma questão de fundamental importância para a sustentação de um sistema jurídico fundado por sobre o valor primeiro da dignidade humana.

Importante consignar que, não obstante as críticas de Sessarego apontando a não identidade dos termos “projeto de vida” e “livre desenvolvimento da personalidade”, ambos refletem a exteriorização de uma liberdade ontológica da pessoa como sujeito de direitos. A Constituição portuguesa bem dispõe acerca do desenvolvimento da personalidade em seu artigo 26, n. 1, entre outros. Assevera Miranda (2013, p. 11178) que: “Ao tutelar um desenvolvimento da personalidade, consagra-se um direito de liberdade individual em relação à constituição da personalidade, integrando um ‘direito à diferença,’ se pondo a proteção de modo a permitir que cada pessoa, tecendo seu projeto de vida factível, possa vir a concretizá-lo, desde que não causado prejuízo a direito de terceiros.

O reconhecimento do projeto de vida e sua análise frente à teoria dos direitos fundamentais impõe-se ante a sistemática materialmente aberta dos direitos humanos. Assim, é por meio de uma interpretação feita em conformidade com a tábua de valores constitucionalmente estabelecida que se possibilita “[...] incorporarem novos conteúdos ao programa normativo dos direitos fundamentais, revelando que também neste sentido se está, na verdade, diante do eterno dilema representado pela relação dinâmica e dialética entre a norma jurídica e a realidade.” (SARLET, 2009, p. 151).

7 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO “PROJETO DE VIDA”

Assumida postura que reconhece a fundamentalidade do projeto de vida, também é importante, na tratativa conduzida por uma teoria dos direitos fundamentais, considerar suas possibilidades de restrição, muito embora já aventado acima.

É preciso uma tomada de posição no sentido de assumir uma dentre as conhecidas teorias: a teoria externa e a teoria interna de restrição dos direitos fundamentais. Para a chamada teoria interna ou imanente de restrição dos direitos fundamentais, o espaço de compreensão do próprio direito está limitado internamente, sendo a restrição algo pertinente ao próprio direito. Descreveu assim, Siebert (apud CANOTILHO, 2006, p. 344): “Todas as exigências da comunidade não são, pois limites externos, mas limites naturalmente ínsitos no Direito.” Ocorre, porém que, tanto em relação aos direitos fundamentais como em relação aos direitos de personalidade, esta teoria imanente concebe o espaço próprio do direito a partir de limitações que se denotam verdadeiros “coletes de força” (CANOTILHO, 2006, p. 344). De outro lado, a chamada teoria externa de restrição dos direitos fundamentais, tem o condão de “dissociar direitos e restrições” (CANOTILHO, 2006, p. 344). Nesta teoria, “[...] há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido.” (ALEXY, 2011, p. 277). Daí se verificar que uma opção pela teoria externa implica considerar os direitos fundamentais também como posições *prima facie*, e não apenas como posições definitivas. Então, por exemplo, o princípio geral de liberdade de ação (aqui considerado como essencial para a consecução de um projeto de vida humano) poderia tão somente ser restringido por outras

normas constitucionais, posto seu âmbito de aplicabilidade largo, definido *prima facie* com base na máxima otimização (ALEXY, 2011, p. 280).

Justamente por abarcar a possibilidade de consideração das normas constitucionais como princípios, a teoria externa se verifica melhor adaptada ao contexto atual, posto que indica uma concepção alargada do âmbito de aplicação do direito (*Tatbestand* alargado) e “permitem adaptar-se melhor os desafios da inclusividade e da multiculturalidade com que hoje se defronta a justiça constitucional”, em detrimento das possibilidades mais estreitas promovidas pela teoria imanente e do *Tatbestand* estrito (CANOTILHO, 2006, p. 359). Evidentemente, prescindindo de um suporte fático restrito, as possibilidades de tutela dos direitos fundamentais se encontram alargadas, prontas ao atendimento de todos os reclames da pessoa humana contemporânea (MOLLER, 2011, p. 219), essa mesma, que põe em seu projeto de vida todos os seus esforços pessoais e coexistenciais.

Para a compreensão da hipótese aqui aventada, qual seja, a da fundamentalidade do direito ao projeto de vida (a partir ou das posições jurídicas advindas de direitos fundamentais consagrados como o direito à vida e à liberdade, ou da consagração de um autônomo direito ao projeto de vida), assume-se que um âmbito de atuação mais extenso possível e a consideração, também extensa, da restringibilidade desse direito ou dessas posições, não tem o condão de diminuir a proteção aos direitos fundamentais. Ao contrário, assumir a restringibilidade de todos os direitos fundamentais é, em realidade, buscar protegê-los de limitações *a priori*, características da teoria imanente e do suporte fático restrito (SILVA, 2006, p. 49). Assim, uma restrição feita de forma interna, descartaria o esforço argumentativo que deverá ser promovido quando da restrição de um direito ou posição fundamental. É justamente isso que se deve evitar. A tutela do direito ao projeto de vida na perspectiva de uma teoria dos direitos fundamentais deve assumir a postura de que tal proteção se dá *prima facie*,²¹ o que implica buscar uma otimização que implique a concretização do projeto de vida, seja ele qual for, reconhecendo-o como meta existencial de todos os seres humanos.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto acima (tendo-se plena consciência da incompletude de tratamento, mas crendo-se, na mesma medida, que a digressão feita se reveste de importância capital para o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais adaptada à realidade constitucional), compreende-se que o projeto de vida da pessoa humana como conceito jurídico promove uma maior completude de compreensão da pessoa humana em seu livre percurso de desenvolvimento da personalidade.

Ocorre que, na medida em que primeiro se sustenta a validade e importância da teoria dos direitos fundamentais de construção alexyana, por segundo defende-se a validade prática da mesma teoria. Importa que sejam incrementados os esforços doutrinários

²¹ Como explica Borowiski (2000, p. 29-56): “La teoría de principios, y con ella la teoría de los derechos limitables, es hasta ahora ele mejor camino hacia un mayor entendimiento de la estructura de los derechos fundamentales.”

que permitam trazer racionalidade ao debate acerca de uma responsabilidade civil-constitucional projetada para a satisfação de direitos fundamentais.

É neste sentido que o esforço aqui realizado compreende algumas hipóteses quanto à fundamentalidade do projeto de vida, e, por via de consequência lógico-racional, a existência autônoma do “dano ao projeto de vida” (ou dano existencial como desenvolve a doutrina italiana) (ZIVIZ, 1999). Reconhecer à pessoa humana um direito ao projeto de vida implica considerar um projeto global que ultrapassa a mera concepção economicista de vida. Esta última visão limitada da personalidade humana insiste em convergir tudo à noção de patrimônio.²²

Muito embora não se encontre, no direito constitucional positivo brasileiro, uma menção normativa clara ao direito fundamental ao projeto de vida, a construção alexyana acerca da norma de direito fundamental atribuída, serve de hipótese bastante plausível para a existência de normas fundamentais atribuídas que sustentem tal direito fundamental que promova e proteja o livre desenvolvimento da personalidade em seu viés fenomênico, ou seja, o projeto de vida. Uma norma de direito fundamental atribuído que tutele o projeto de vida restaria albergado por normas fundamentais primárias, tais como o princípio da dignidade humana, ou o direito geral de liberdade.

Ademais, também é possível conceber, a partir da norma fundamental atribuída, que a autonomia de um direito ao projeto de vida vai além de uma simplória digressão ao princípio da dignidade humana, mas traduz-se em efetivo direito subjetivo fundamental, verificável a partir e variadas posições jurídicas fundamentais, desde os direitos a algo, até as liberdades e competências.

Em realidade, o que aqui se propõe, mesmo que em poucas linhas e restrita abordagem, ressalta uma amplitude possível de uma defesa racional da fundamentalidade do projeto de vida. O propósito que se almeja, é a construção de uma doutrina brasileira que acomode a tutela do projeto de vida baseada na condição relacional, existencial, e finita na qual se desenvolvem as projeções da personalidade humana, como já se vê em destaque na doutrina italiana, argentina, peruana (BURGOS, 2012).

O que não se pode olvidar é a necessidade de consideração de uma teoria dos direitos fundamentais que dê base à tutela do projeto de vida, fundada em uma argumentação racional calcada nos direitos fundamentais já reconhecidos. Importa abandonar qualquer construção que seja fundada em meros *topoi* e argumentações infundadas que a tudo justificam em torno da dignidade da pessoa humana. Exsurge de grande importância o alerta de Alexy (2011): “[...] a abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável. Mas ela é uma abertura qualificada. Ela diz respeito não a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismo.”

²² Para Ziviz (1999, p. 411-412), há uma “[...] diffusa tendenza ad una valorizzazione dell’ individuo, il quale viene visto come soggetto volto a perseguire un progetto di realizzazione personale che trascende la mera produzione di reddito. Sempre più nettamente viene prendendo corpo l’ idea della persona come soggetto desideroso di inventare un proprio progetto di vita avente carattere globale: che non si esaurisce, perciò, nello svolgimento di un ruolo esclusivamente economico.” Em tradução livre: “[...] uma difusa tendência a uma valorização do indivíduo a qual o vê como sujeito voltado a perseguir um projeto de realização pessoal que transcende a mera produção de renda. Está tomando forma cada vez mais clara a ideia da pessoa como sujeito interessado em realizar um projeto de vida, com uma natureza global: a de que não se exaure, portanto, no curso de um papel puramente econômico.”

Assim, a defesa de uma nova responsabilidade civil, calcada por sobre a nova lógica da constitucionalização desse ramo do direito, impele que a construção da nova dogmática, considerando novos danos como o dano ao projeto de vida ou o dano existencial, não prescindia de uma análise acurada dos “novos” direitos fundamentais da pessoa humana cuja compensação ou tutela visam assegurar. Afinal, como certa feita deduziu Vieira (2006, p. 2006), a “[...] História revela um sistema de direitos fundamentais em permanente transformação, na busca de um ‘estatuto de humanidade.’”

REFERÊNCIAS

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

ANDRADE, J. C. V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ASCENSÃO, J. de O. Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, ano 6, n. 1, 2006.

BOROWISKI, M. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 20, n. 59, maio/ago. 2000.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BURGOS, O. R. *Daños al proyecto de vida*. Buenos Aires: Astrea, 2012.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, I. W. (Org.). *Constituição direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 02 set. 2013.

FACHIN, L. E.; RUZYK, C. P. *A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*. 2014. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5-Conselheiros/Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

KANT, I. *Metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003.

LORENZETTI, R. L. Fundamentos do direito privado. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 1998.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, G. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002.

MIRANDA, F. A. O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano 2, n. 10, p. 11175-11211, 2013.

MIRANDA, J. Os direitos fundamentais e o terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado nem para outro. *Revista TRF 3ª Região*, Rio de Janeiro, v. 75, jan./fev. 2006.

MOLLER, M. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

MORAES, M. C. B. de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. 2014. Disponível em: >http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bo-din_n29.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

MORAES, M. C. B. de. O princípio da solidariedade. In: MATOS, A. C. H. (Org.). *Novos direitos e constituição*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANCHÍS, L. P. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta: Madrid, 2003.

SARLET, I. W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIER, P. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out. dez. 2005.

SESSAREGO, C. F. El “daño al proyecto de vida” ¿merece protection jurídica? 2012. Disponível em: <<http://www.personaedanno.it/danni-non-patrimoniali-disciplina/el-proyecto-de-vida-merece-proteccion-juridica-carlos-fernandez-sessarego>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

SESSAREGO, C. F. El “proyecto de vida” y los derechos fundamentales en el anteproyecto constitucional. 2013. Disponível em: <http://derechogeneral.blogspot.com.br/2012/02/el-proyecto-de-vida-y-los-derechos.html> Acesso em 02/02/2014.

SESSAREGO, C. F. ¿Existe un daño al proyecto de vida? 2014. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, ano. 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

SZANIAWSKI, E. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

VALLE, A. B. F. *Filosofia do homem: fundamentos de antroposofia metafísica*. São Paulo: Convívio, 1975.

VIEIRA, J. C. A. Os direitos fundamentais no século XXI. In: PEREZ ROYO, J. *Derecho constitucional para El siglo XXI*: T. 1. Navarra: Aranzadi, 2006.

ZIVIZ, P. *La tutela risarcitoria della persona: danno morale e danno esistenziale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1999.

SEGURANÇA JURÍDICA NUM MODELO DE REGRAS E PRINCÍPIOS¹

Carlos Antonio Lesskiu*
Paulo Ricardo Schier**

1 SEGURANÇA JURÍDICA: APORTES INICIAIS

A ideia de segurança jurídica é uma das categorias centrais de todo o Direito. É princípio, é direito fundamental, é pressuposto da jurisdição constitucional democrática e pressuposto do próprio Estado de Direito (como Estado Constitucional), e enfim está presente - explícita ou implicitamente - em qualquer debate que envolva a aplicação, realização e concretização do Direito.

Produz, bem por isso, um grande espectro de efeitos diretos e está presente, indiretamente, em um sem número de institutos e direitos fundamentais, tais como a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, previstos no art. 5º, XXXVI. Todavia, importa para o presente texto a abordagem da segurança jurídica como pressuposto lógico do sistema normativo, que demanda coerência e previsibilidade. E, nesta linha, a segurança jurídica é um dos elementos principais do Estado de Direito em contraposição a outros modelos de Estado em que a igualdade, a universalidade e a racionalidade dos direitos fundamentais não são asseguradas.

Não é sem exagero, portanto, na ótica de Sarlet (2012), que a segurança jurídica é tida “[...] como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de sobreprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito,” por esta razão a segurança deve estar presente em todas as dimensões da vida dos cidadãos. Os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de direito (CANOTILHO, 2000, p. 256).

A humanidade passou por diversas etapas até chegar ao atual Estado Democrático de Direito (também conhecido como Estado Constitucional). Do absolutismo ao atual constitucionalismo foram séculos de história. E neste processo o Direito sempre buscou a difícil tarefa de garantir estabilidade nas relações sociais e públicas.

Ao tempo do chamado Estado de legalidade (ou Estado de Direito em sentido meramente formal) a segurança jurídica estava pautada na ideia liberal de lei (no sentido de “reserva de lei”, mas sem vinculação de conteúdo). Havia, neste contexto, um pressuposto: o de que a lei seria expressão da vontade geral emanada do parlamento. A lei era percebida como produto de um consenso facilmente obtido por decorrência de unidade

* Mestrando do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil; Procurador do Município de Curitiba; R. Konrad Adenauer, 442, Tarumã, 82820-540, Curitiba, Paraná, Santa Catarina; mestrado@unibrasil.com.br

** Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná; Professor de Direito Constitucional, em nível de graduação e mestrado, da UniBrasil e do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional; Professor Convidado da Universidade de Wroclaw (Polônia); Advogado militante; R. Konrad Adenauer, 442, Tarumã, 82820-540, Curitiba, Paraná; paranapauloschier@uol.com.br

¹ A base central do presente texto foi, inicialmente, apresentada como trabalho de conclusão da disciplina Direitos Fundamentais e sua Regulação Legislativa, ministrada pelo Professor Dr. Paulo Ricardo Schier, perante o Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil. Após a aprovação a pesquisa foi ampliada e revisada com a colaboração do professor da disciplina.

de valores na esfera legislativa, que era garantida, dentre diversos mecanismos, pelo voto censitário. A falta de pluralismo parlamentar e representativo garantia coerência à legislação e aos projetos públicos, assegurando, então, segurança jurídica, previsibilidade e coerência normativa. O problema era que este sistema legalista justificava uma inevitável ideologia liberal - hegemônica à época - que sempre pudesse manter o *status quo*. O direito era colocado como “neutro” e a aplicação da norma abstraía questões morais, sendo certo que, neste modelo, encontrou-se terreno fértil a ideia de que a aplicação da lei se dava pela subsunção. A segurança jurídica, então, decorria de uma unidade substancial dos valores do sistema (valores liberais de mercado e de mundo), garantida pela noção de vontade geral, expressada pela preeminência da lei e do parlamento, institucionalizada em nível constitucional.

Esse modelo, todavia, acabou mostrando seus limites com a crise do liberalismo, a questão social, a universalização do sufrágio, a emergência de experiências totalitárias (sob a égide deste modelo de Direito) e duas Guerras Mundiais, que conduziram a uma revisão da leitura do papel da Constituição, do Estado de Direito e da doutrina do positivismo, subjacente e operacionalizados do universo do constitucionalismo liberal. Então, após a Segunda Guerra Mundial, assistiu-se a uma verdadeira reconstrução do constitucionalismo a partir da proliferação de constituições substancializadas, plenamente normativas e vinculantes, permitindo um forte controle da atividade legislativa. Passa-se a desconfiar da racionalidade do legislador e este começa a ser controlado a partir da racionalidade da Constituição, dos direitos fundamentais e seus princípios. Tais mudanças impuseram a necessidade de superação de uma certa perspectiva positivista de direito, sendo certo que a emergência do pós-positivismo, desde então, é cada vez mais evidente. A lei passa a amoldar-se aos direitos e princípios fundamentais. Desenvolve-se uma nova perspectiva para o direito a partir da normatividade central dos princípios e direitos com sede constitucional.

E é neste modelo pós-positivista que a tarefa de conciliar a segurança jurídica na aplicação da lei, de forma vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais que devem ser realizados ao máximo, tem se mostrado um grande desafio.

Nota-se, portanto, que se tem aqui feito referência à noção de segurança jurídica não como uma categoria específica da dogmática jurídica voltada para a estabilização de relações jurídicas. A ideia de segurança, que perpassa o presente texto, está vinculada com a perspectiva pressuposta de exigência de racionalidade e coerência do Direito. É disso que se trata quando se afirma, por exemplo, que um modelo de constitucionalismo fundado em princípios, sem os devidos cuidados, pode possibilitar um direito decisionista, voluntarista ou autorizador de decisões que coloquem em risco a previsibilidade e racionalidade do direito em detrimento da segurança.

É sobre este momento de pós-positivismo, em que a segurança jurídica aparece como uma categoria “em crise”, é pretende refletir o presente texto.

2 DO CONSTITUCIONALISMO POSITIVISTA AO ESTADO CONSTITUCIONAL

Com a revolução francesa surge uma nova forma de Estado moderno na forma Estado de Direito com poderes limitados e garantidor de direitos fundamentais com caráter de

universalidade. Neste contexto, a declaração dos direitos do homem e dos cidadãos é uma referência. Dos processos revolucionários burgueses adveio a ideia de que toda soberania reside na nação e nenhum indivíduo pode exercer uma autoridade que não venha dela.

A lei assume papel preponderante, sendo ela - neste momento- a expressão da vontade geral e da soberania da nação. Ocorre, neste quadro, um deslocamento da soberania da figura do rei para o parlamento. A execução da lei por um novo sujeito - a administração pública, contribui para o fim do Estado jurisdicional (onde inexistia distinção entre função administrativa e jurisdicional). No Estado legislativo e administrativo, gerado pela Revolução francesa há um governo, uma legislação, uma função administrativa válida para todo o território, consagrando a vontade geral contida na lei. Isto, no entanto, não é suficiente para definir um novo Estado.

Para Fioravanti (2004, p. 75-95), a força deste novo Estado está na substituição dos antigos privilégios e direito dos estamentos por direitos individuais baseados no princípio da igualdade. A soberania neste Estado consiste em uma lei positiva no Estado, garantidora de direitos dos indivíduos em condições de igualdade. Este é o grande fio condutor que se estenderá por todo século XIX: a ligação entre soberania, direitos individuais e princípio da igualdade, sustentados num Estado e garantidos pela lei. Um Estado de Direito e ao mesmo tempo direito dos indivíduos, ao invés de múltiplos poderes e privilégios da antiga ordem. O direito é o grande fio condutor e o Estado de Direito é a nova forma política que se buscava em substituição ao Estado jurisdicional, o que ocorreu por meio da revolução.

Referido modelo desenvolvia-se bem e era funcional num contexto de liberalismo. Mas quando este modelo se vê em crise, os institutos e pressupostos do Estado de Direito formal demanda revisão.

Este Estado de Direito passa, a partir do século XX, principalmente após a primeira guerra mundial, a não dar conta dos problemas surgidos (questão social, crise do liberalismo, incrementação e aumento da pobreza, exclusão social do proletariado etc.). Segundo Fioravanti (2004, p. 75-95) este Estado de Direito é a forma política que prevaleceu desde o século XIX até metade do século XX, quando os Estados nacionais passam a adotar uma constituição liberal, facilitadora do equilíbrio de poderes, em especial parlamentos e monarquias. A lei assume a forma sistemática, ordenada em Códigos civil, penal e processos.

O Estado de Direito clássico era representado por uma ideologia liberal, que tutelava, de maneira estática, uma ordem social que atendesse os interesses de uma burguesia dominante. Esse modelo já não mais servia aos interesses da população de forma democrática. A neutralidade do direito - como se via ele num modelo positivista -, continha uma ideologia liberal desde a Revolução Francesa, cujo objetivo era apenas a manutenção do *status quo*. Não era pra menos que este Estado entrasse em crise. É quando o Estado legislativo é superado e o novo caráter político que sucede da superação liberal que previa a separação de estado e sociedade esforça-se em caracterizar e institucionalizar um novo Estado como social, como uma nova relação entre Estado, cidadãos e sociedade, onde a própria ordem normativa determine à ordem econômica e social na busca da dignidade da pessoa humana (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 14).

Na Europa, após a segunda guerra surge uma necessidade de respostas às atrocidades cometidas pelo nazismo e outras formas de totalitarismos. Neste momento histórico ganham importância os direitos humanos que, segundo Barboza (2011), são elevados de patamar no sistema jurídico pois transferem para o judiciário conteúdo moral e político, expandindo o *judicial review*.

Neste contexto desenvolve-se uma doutrina que se intitulou constitucionalismo ou pós-positivismo. A tendência era ir além da lei, que segundo Kelsen não era dotada de conteúdo moral numa preocupação com conteúdo valorativo. Os direitos fundamentais passam a ser balizadores das leis produzidas pelos parlamentos. Este constitucionalismo tem como característica a supremacia da Constituição, com o judiciário sendo fortalecido como órgão que zele por essa Constituição.

Neste sentido, leciona Duarte e Pozzolo (2006, p. 16-17):

[...] a Constituição de Weimar representa o lugar de um novo pacto social, uma síntese de compromisso entre as instâncias divergentes e mediáveis, que confia a uma superior legalidade, a constitucional, o estatuto de uma ordem complexa, sobretudo frente às alternantes finalidades legislativas, frente às contingentes maiorias parlamentares.

As diversas constituições que vão surgindo, no pós-guerra, sobretudo dos países ocidentais, trazem cada vez mais direitos fundamentais. O constitucionalismo é forçado, então, a desenvolver um novo modelo teórico que permitisse a aplicação da Constituição para além de uma função meramente formal, instrumental, procedimental. E não foram poucas as teorias que se desenvolveram tentando criar uma verdadeira dogmática específica no campo dos direitos fundamentais. Nesta linha, por exemplo, Alexy (2011) se propõe a criar uma teoria de direitos fundamentais buscando um regime jurídico para esses direitos, já que democracias se desenvolvem em torno deles. A ideia de uma teoria geral é garantir segurança ao sistema jurídico, de uma forma científica. Tem a preocupação, em outros autores também, de uma teoria geral (porque vale para todos os direitos fundamentais) não nos moldes positivistas, mas voltada para uma constituição dotada de historicidade.

Para Barroso (2006, p. 27-28), “[...] o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.” Diz Barroso (2006, p. 27-28) que após a segunda guerra o direito já não se adequava ao positivismo jurídico, já que irreversível a aproximação dos valores à norma. Prossegue o autor:

Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo (pós-positivismo) moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.

Termos como constitucionalismo e neoconstitucionalismo refletem esta ruptura com o positivismo jurídico, que para alguns justificou regimes antidemocráticos. Para Sanchis (2003, p. 101), o constitucionalismo como ideologia política é uma filosofia que considera que o Estado constitucional de Direito representa a melhor e mais justa forma de organização política, pois é uma objeção à supremacia do legislador. Na constituição maiores garantias judiciais contra as decisões das maiorias parlamentares.

Já o neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, segundo Sanchis (2003, p. 101), são expressões não muito precisas de uma nova cultura jurídica, com quatro sentidos:

- a) Representa um determinado Estado de Direito, um modelo institucional de determinada forma de organização política;
- b) uma teoria de direito para explicar determinado modelo;
- c) ideologia ou filosofia política que defende o que se definir como neoconstitucionalismo;
- d) filosofia jurídica que afeta questões conceituais e metodológicas da definição de direito.

Para o autor, o neoconstitucionalismo é a revisão de algumas teses centrais do positivismo, incorporando valores ou princípios de natureza moral, o que não se admitia no positivismo. Isso se contrapõe a Kelsen (1998) que na sua teoria pura do direito, procura abstrair tudo que não pertence ao objeto de seu estudo. Tem como princípio metodológico fundamental libertar a ciência jurídica de elementos que lhe são estranhos (SANCHIS, 2003, p. 110).

Nesta linha, Zagrebelsky (2007) sustenta que o positivismo jurídico ficou reduzido a algo que já ficou para trás na história. No novo modelo de Estado Constitucional não há mais espaço para uma teoria pura, que vincula o direito à lei estreita. A realidade jurídica reclama uma Constituição repleta de princípios e valores morais que dependerão de uma interpretação moral para o real alcance de significado e conteúdo.

Por tal razão Pozzolo (2003, p. 190-191) afirma que para o constitucionalismo, o positivismo expulsou de suas fronteiras a análise de valores éticos. Então o positivismo não consegue dar correta descrição nem mesmo do direito positivo, sendo obsoleto para um novo paradigma do Direito Constitucional.

Assim, o positivismo jurídico era o sistema que privilegiava a lei com expressões como *dura lex, sed lex*, expressão em latim que quer dizer a lei dura, porém lei. Não havia muito espaço intérprete, já que a moral não estava presente na lei. Esse sistema jurídico dá lugar a um sistema baseado na Constituição onde valores fundamentais, mormente decorrentes da Declaração dos Direitos Humanos, são inseridos nos textos constitucionais. A lei passa a não ser tão soberana já que ela deve se amoldar a direitos fundamentais positivados nas constituições. Não é possível olvidar aqui do direito internacional que, segundo a lição de Canotilho (2000, p. 232, tradução nossa), é um dos principais garantidores dos valores materiais do direito: “Hoje os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de *princípios e regras jurídicas* internacionais.” Esse novo

sistema é o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo. A diferença entre ambos é que no pós-positivismo as leis estão submissas aos direitos fundamentais e devem realizá-los, sendo necessário nega-se a denominada subsunção para se privilegiara a realização de um direito fundamental. Há um novo paradigma que é a realização dos direitos fundamentais e não mais a velha máxima *dura lex, sed lex*.

Sobre neoconstitucionalismo Shier (2005) afirma:

Não se olvide que aquilo que a doutrina tem designado como “neoconstitucionalismo”, em princípio, não substancia, organicamente, uma nova teoria constitucional ou um movimento doutrinário. Antes disso parece tratar-se, o “neoconstitucionalismo”, em verdade, de um momento teórico em que os constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um momento em que se busca soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas. Daí, então, justifica-se o entendimento de não haver sempre convergência entre os diversos modelos do pensamento “neoconstitucionalista.”

Uma marca muito forte do neoconstitucionalismo é a busca pela via jurídica da concretização dos direitos humanos, tendo no papel dos juizes grande preponderância sobre o legislador. Isso porque cabe ao juiz interpretar os princípios constitucionais, ainda que para isso deixe de aplicar a lei.

O positivismo reflete a ideia da tripartição de poderes de Montesquieu onde a lei era a expressão máxima da soberania popular e ao juiz cabia a aplicação da lei na expressão maior da segurança jurídica de um sistema voltado a garantir a ordem liberal que o criara.

A teoria pura do direito de Kelsen (1998) melhor representou a ideia positivista, fornecendo uma teoria de interpretação, onde procurava abstrair tudo que não pertencia ao objeto de seu estudo. Na sua teoria, o princípio metodológico fundamental é libertar a ciência jurídica de elementos que lhe são estranhos.

Para Kelsen (1998) nos fatos que se classificam como jurídicos ou que tem alguma conexão com o direito, percebe-se dois elementos. Um deles é um ato que se realiza no espaço ou no tempo, ou uma série destes atos, condutas humanas perceptíveis. Outro elemento é o significado disso para o direito. Assim, teríamos o direito como conjunto de atos ou fatos e o significado que lhes atribui o ordenamento jurídico. Assim, validade limita-se a conduta do indivíduo e a conduta é normatizada. Então a norma é o sentido de um ato pelo qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada a competência para alguém. A norma é um dever-ser e o ato de vontade que a produziu um ser. O dever-ser objetivo é uma norma válida que obriga seus destinatários a cumpri-la, já que esta norma provém de um ato legislativo, a quem a Constituição conferiu este sentido objetivo. O ato criador da Constituição tem sentido normativo não só subjetivo como objetivo.

Assim, em Kelsen (1998), eficácia é a realização fática daquilo previsto na norma. Já a validade é atributo da norma quando esta produz ou está em condições de produzir efeitos. A validade se verifica com a observância do processo de criação da norma, portanto no plano do dever ser.

Para o positivismo o direito era concebido como um sistema sem lacunas baseado na lógica da subsunção, excluídos elementos do ordenamento social não postos na norma

(lei) (MULLER, 1989, p. 111-126). Para Kelsen (1998) importa que o direito tenha sido posto por quem detenha autoridade, isto é a positivação, não importando o conteúdo, já que dizia respeito ao ser, o que não lhe importava senão o dever ser contido na norma.

Entre a realidade (ser) e a vontade do Estado enquanto norma (dever ser) há uma constante tensão. Para Kelsen a norma era vista do ponto de vista formal como ser e dever ser, já que pretendia uma teoria pura. Em oposição Carl Schmitt entendia que a norma era construída a partir de conceitos não jurídicos. Neste contexto Muller (1989) tem a pretensão de romper direito como norma enquanto texto, na visão positivista que dizia que a realidade não participa do direito. Com essa visão o positivismo justificava regimes como o nazista. Para Muller a realidade engloba fatos, e além do texto há uma realidade que participa do direito. Para ele direito não é só texto nem apenas realidade. Muller desenvolve um programa normativo. O programa define o limite não podendo a lei ser superada apenas pelo contexto. O limite é o texto, Muller (1989) quer assegurar o estado de direito, limitando o intérprete, já que este tem subjetividade. Para isso ele usa de um silogismo não como Kelsen (1998), pois usa a realidade. Para isso cria a teoria interna dos direitos fundamentais.

O direito é mal compreendido como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado *ex post facto* com as relações da realidade histórica. Já a norma é mal compreendida como ordem, juízo hipotético, premissa maior formada a partir de princípios da lógica formal, como vontade materialmente vazia. Direito e realidade, norma e recorte normatizado da realidade estão justapostos em si sem se relacionar, são opostos com o rigor pós Kant de ser e dever ser, e só se encontram no caminho de uma subsunção da hipótese legal a uma premissa maior normativa. A opinião de que a norma e o texto da norma são uma só coisa ainda está amplamente difundida, devendo ainda ser considerada predominante também a metódica do direito constitucional. Até hoje os modos de trabalho do direito constitucional não são entendidos como métodos, mas a metódica da interpretação de textos de norma, transmitidas pela tradição. Ocorre que a norma é mais que um enunciado colocado no papel, não podendo sua aplicação esgotar-se na interpretação de um texto. Deve sim buscar a concretização da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos (MULLER, 2000, p. 42).

Segundo Alexy (2011, p. 50-84), Muller caracteriza sua teoria com uma “[...] teoria da norma que supera o positivismo jurídico,” e segundo ele, o enunciado central de sua “teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica” consiste na “não identidade entre norma e texto normativo”. Para ele norma jurídica é mais que texto. Em Muller o texto normativo expressa o programa da norma mais conhecido como comando jurídico.

Na crítica de Alexy (2011, p. 50-84) à teoria de Muller ele diz que o problema está em Muller aceitar como elementos da fundamentação jurídica além dos elementos relacionados à norma, elementos não relacionados a ela, contudo não pertencentes à norma. Levando esta preposição a sério, de que na fundamentação jurídica somente pode ser utilizado aquilo que pertence à norma, então teríamos que incluir no conceito de norma todo arsenal de argumentação jurídica ou restringir em prejuízo à racionalidade o âmbito dessa argumentação. Os juízos axiológicos independentes necessários às fundamentações jurídicas, deveriam ser incluídos no conceito de norma ou eliminados da argumentação jurídica.

No positivismo a norma continha regras e os princípios eram utilizados na interpretação das normas. Usam-se os métodos de interpretação gramatical, lógico, histórico e teleológico e subsidiariamente a analogia e os princípios gerais de direito. Paulo Schier afirma que: “[...] nos modelos conservadores da teoria jurídica, os princípios não passavam de conselhos éticos ou morais aos quais não estavam os legisladores vinculados.” (SCHIER, 2002, p. 98).

No pós-positivismo, com a integração de valores na norma, a positivação de direitos fundamentais nas constituições modernas, os princípios ganham relevância.

3 PRINCÍPIOS E REGRAS

Alexy (2011, p. 85-121) desenvolve uma teoria dos direitos fundamentais, onde o que tem maior relevo é a diferença entre regras e princípios, que para ele é o segredo à solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Não há teoria adequada sobre restrições de direitos fundamentais, sem esta distinção, nem também sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Esta distinção entre regras e princípios é a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais.

Regras e princípios são normas, no âmbito do dever ser, constituindo-se permissão e proibição. Ainda assim são espécies diferentes de normas, pois para Alexy (2011, p. 85-121) princípios são normas com grau de generalidade alto, já a generalidade das regras é baixa. O mestre alemão dá o exemplo da liberdade de crença que é de alta generalidade e a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença é de generalidade baixa. Assim, a primeira norma é princípio e a segunda é regra. Ainda das lições de Alexy (2011) extrai-se:

Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (SCHIER, 2002, p. 91).

Outra diferença entre regras e princípios diz Alexy (2011, p. 92-93) se dá na colisão entre princípios e o conflito entre regras. O conflito entre regras se resolve quando se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Ou uma norma jurídica é válida ou não é. Se é válida é aplicável ao caso concreto e sua consequência jurídica é válida. Na colisão entre princípios, por outro lado, um deles terá que ceder, o que não significa que seja considerado inválido e nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que um dos princípios tem precedência sobre o outro em determinadas condições, mas apenas para um caso concreto. Conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade enquanto colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso, já que somente princípios válidos podem colidir. Há uma relação de tensão que não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza por si só de prioridade. O conflito deve, ao contrário, ser resolvido por meio

de um sopesamento entre os interesses conflitantes, sendo objetivo deste sopesamento, definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto. Neste caso, um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro e essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. A solução para tanto, está no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base no caso concreto. Tomando-se o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária.

O próprio Alexy (2011, p. 109-119) traz na sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais três objeções contra o conceito de princípios, rebatendo cada um deles:

- a) há colisões entre princípios que podem ser resolvidas por meio da declaração de invalidade de um deles;
- b) que existem princípios absolutos, que nunca podem ser colocados em uma relação de preferência em face de outros princípios;
- c) que o conceito de princípio é muito amplo e por isso inútil, porque abarcaria todo e qualquer interesse que possa ser introduzido em um processo de sopesamento. Com brilhantismo ele rebate cada um dos argumentos.

Quanto à primeira objeção, diz que há determinados princípios que são excluídos do ordenamento jurídico, como, por exemplo, o princípio da segregação racial. O confronto deste princípio com qualquer outro, será resolvido como um conflito de regras, já que o conceito de colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes.

Na segunda objeção, traz a invalidade de princípios e diz respeito a princípios extremamente fracos, isto é, princípios que em caso alguma prevalecem sobre outros para falar então de princípios absolutos. Seriam eles princípios extremamente fortes, ou seja, que em nenhuma hipótese cedem em relação a outros. Para Alexy (2011, p. 109-119) seria fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais, já que princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se se referirem a interesses coletivos e forem absolutos, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele, não havendo direitos fundamentais onde o princípio absoluto alcançar. Por outro vértice, se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites levaria a uma situação contraditória, pois estariam, sendo opostos direitos absolutos de dois lados e algum teria que ceder, o que negaria ele ser absoluto. Ele entende ser possível sustentar a dignidade humana como direito absoluto, já que a constituição alemã dispõe no art. 1º, § 1º, 1: “A dignidade humana é inviolável”. Mesmo nesse caso Alexy (2011, 110-114) entende que não há um princípio absoluto da dignidade humana e o que temos na constituição alemã é uma regra. A dignidade da pessoa humana como princípio é também sopesada, como no caso de prisão perpétua.

Em relação à terceira objeção, Alexy (2011, p. 114) diz princípios podem se referir tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos. Ocorre que o fato de um princípio se referir a interesses coletivos significa que ele exige a criação ou a manutenção de situações que satisfaçam, na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas, critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais.

Ainda sobre princípios, Alexy (2011, p. 116-120) diz que há conexão entre a teoria dos princípios e a teoria da proporcionalidade, nas suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*.

Para Ávila (2011, p. 177), a adequação importa numa “[...] relação, exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim.” Silva (2002, p. 36) entende por adequado não apenas o meio para alcançar o objetivo mas “[...] também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.” E complementa dizendo que “[...] uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido. ” (SILVA, 2002, p. 37).

Para Barcelos (2005, p. 169-170):

[...] as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas procuram realizar. Os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente ações que devem ser praticadas para obtenção desses fins.

Schier (2002, p. 102) diz que o primeiro critério para distinção seria o grau de abstração presente nos princípios o que traz a indeterminação. Para o autor ainda há “[...] um critério normogenético (isto é, que diz respeito às relações de fundamentação e derivação entre princípios e regras). De acordo com este critério, todas as regras decorrem, ou devem decorrer, de um princípio.”

Para o positivismo a norma está separada da realidade. O positivismo cria um direito sem lacunas onde o sentido da norma decorre da subsunção, num raciocínio silogístico. Há separação entre o direito e a moral, esta pertencendo à filosofia do direito. Para o positivismo norma é texto. Schier (2005, p. 5), sobre o positivismo afirma que:

Sob a ditadura de esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte à própria Constituição.

Já no pós-positivismo a realidade integra a norma. Portanto norma não é texto, sendo este apenas o início para o conhecimento da norma.

Para Canotilho (1991), o sistema constitucional pós-positivista é composto de regras e princípios. Estas regras e princípios são espécies de normas constitucionais. Schier (2005, p. 7) afirma que a Constituição possui normatividades regulatórias diferentes. Levando-se às últimas consequências o modelo por ele descrito “[...] a norma, em verdade, é o produto da interpretação de enunciados linguísticos jurídicos sob a luz de um caso concreto demandante de resposta.” Portanto, ao contrário do positivismo onde norma era texto escrito, no pós-positivismo norma é aquilo que se extrai do texto normativo.

Já Dworkin (2002) distingue regras e princípios da seguinte maneira:

[...] a diferença entre regras jurídicas e princípios jurídicos é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas a maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

E mais adiante Dworkin (2002, p. 42) diz:

[...] os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem, a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato) aquele que vai resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um.

Não há um único modelo de normas. Ávila (2009) dispõe que:

[...] a Constituição Brasileira de 1988 tem princípios e regras, cada qual com funções diferentes, não se podendo falar, desse modo, da primazia de uma norma sobre outra, mas, tão-só, de funções e eficácias diferentes e complementares.

De igual forma em outros países no pós-positivismo o Direito é composto por regras e princípios, com funções diferentes como explanado na lição de Schier (2002).

Carneiro e Lemos (2012) asseveram que:

Princípios diferem das regras, pois não são comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios e, por tanto, no caso concreto (de colisão) devem ser ponderados, ao contrário das regras que no caso concreto (de conflito), devem ser consideradas válidas ou inválidas.

Em se tratando de direitos fundamentais e sua maior efetividade ou realização a adoção de um suporte fático restrito ou amplo para estes direitos fundamentais vai determinar o grau de sopesamento.

4 SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Suporte fático é conceito conhecido em nosso direito pelo direito penal, onde se trabalha o tipo penal. Também conhecido no direito tributário como fato gerador ou hipótese de incidência tributária. É aquilo que está previsto de forma abstrata na lei prevendo-se caso ocorram tais situações uma consequência no mundo jurídico.

Então, suporte fático é a norma jurídica estruturada por uma hipótese e uma consequência, as quais são separadas por um modal deôntico. Para que ocorra a consequência faz-se necessário o preenchimento da hipótese, ocasião em que há o suporte fático concreto pois até então era abstrato.

O suporte fático abstrato, de Alexy e Borowski, tem como elementos o âmbito de proteção (aquilo que é protegido como a igualdade e a intimidade) e a intervenção estatal, caracterizada como aquilo do que se está protegendo no âmbito de proteção.

Silva (2009, p. 74-75) propõe um modelo alternativo, pois entende que a junção de âmbito de proteção e intervenção estatal não são suficientes para conceituar o suporte fático. Confira-se:

Ora, se são os elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental, é facilmente perceptível que não basta a ocorrência desses dois elementos para que a consequência jurídica de um direito de liberdade seja acionada. É ainda necessário que não haja fundamentação constitucional (não FC) para a intervenção. Se houver fundamentação constitucional para a intervenção estar-se-á diante não de uma violação, mas de uma restrição constitucional ao direito fundamental, o que impede a ativação da consequência jurídica (declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*). Por isso, parece-me mais correto definir o suporte fático não apenas como APx e IEx), mas incluir nesse conceito a ausência de fundamentação constitucional.

No entanto, Silva (2009, p. 75), em nota de rodapé esclarece que Alexy e Borowski não ignoram esse conceito ampliado de suporte fático e o denominam de suporte fático amplo, mas não seria esse o conceito que os mencionados autores fazem menção quando se referem a suporte fático.

Para que se realize a consequência jurídica prevista na norma de direito fundamental é preciso que ocorram todos esses elementos componentes do suporte fático. Quanto a intervenção estatal, deve-se observar o tipo de direito envolvido, pois em se tratando de liberdades públicas, a atuação estatal deveria estar ausente. No caso de direitos sociais, é o contrário, pois é necessária a intervenção estatal pois é mister uma ação prestacional.

Desse modo, na lição de Silva (2009, p. 76), o suporte fático de direito fundamental se realiza com a consequência jurídica prevista na norma quando conjugados os elementos antes vistos. Nas dimensões negativas das liberdades públicas, inexistindo fundamentação para intervenção é necessária abstenção estatal. Isso, no controle de constitucionalidade se verifica com o preenchimento do suporte fático, que é a intervenção sem fundamento no âmbito de proteção de um direito e a consequência jurídica que é a exigência de abstenção estatal. O resultado é a declaração de inconstitucionalidade da intervenção.

Mais adiante, ele diz que o âmbito de proteção dos direitos sociais inclui ações estatais que realizem esses direitos, e que há um direito definitivo para a realização desta ação (SILVA, 2009, p. 77-78).

4.1 SUPORTE FÁTICO RESTRITO

A decisão por um suporte fático amplo ou restrito tem efeitos na definição de como controlar as restrições aos direitos fundamentais. Segundo Silva (2009, p. 79-80), suporte fático restrito é aquele que tem como principal característica “[...] a não garantia de algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção dessas normas.”

Na teoria do suporte fático restrito não há espaço para discussão sobre restrições a direitos fundamentais ou sopesamento entre princípios, uma vez que tais ações, estados ou posições jurídicas que, abstratamente poderiam ser incluídas no âmbito de proteção da norma, são excluídas *a priori*, o que impossibilitaria conflitos com o que está dentro do âmbito de proteção.

Como então definir o conteúdo do suporte fático restrito, já que isso importa na exclusão, desde logo, de ações, estados ou posições jurídicas, do âmbito de proteção de normas de direitos fundamentais?

Várias são as teses que tentam explicar essa questão. Todas elas buscam pela essência de determinado direito ou determinada manifestação humana, rechaçando a colisão entre direitos fundamentais. Silva (2009, p. 82) diz que tais teses se utilizam das seguintes estratégias: interpretação histórico-sistemática; delimitação do âmbito da norma, sobretudo na versão desenvolvida por Friedrich Müller; a fixação de uma prioridade estanque das liberdades básicas, na forma proposta por John Rawls.

A interpretação histórica refere-se aos precedentes legislativos. No que se refere ao âmbito da norma e especificidade, Muller é um dos melhores defensores do suporte fático restrito para direitos fundamentais. Muller diz que a principal tarefa da dogmática dos direitos fundamentais seria a precisa delimitação da amplitude fática desses direitos. Com isso teriam apenas colisões aparentes e não propriamente ditas. Com isso ele pretende definir o conteúdo do direito fundamental que seria o mesmo que definir seus limites (SILVA, 2009, p. 88).

Para rematar as estratégia de suporte fático restrito, Silva (2009) traz o pensamento de John Rawls, que não se dedicou propriamente a uma análise do suporte fático restrito. É que Rawls rejeita o suporte fático amplo no intuito de evitar colisões de direitos fundamentais, evitando o sopesamento. Para conseguir seu intento ele: reduz o número de liberdades fundamentais; pressupõe caráter absoluto das liberdades quando em conflitos com outros direitos ou com interesses coletivos, incluindo-se aí os direitos sociais, que para ele não fazem parte das categorias de direito elencados e excluindo determinadas variáveis do suporte fático desses direitos.

De tudo isso podemos concluir que a teoria do suporte fático restrito tem como pressuposto a limitação do âmbito de proteção de direitos, definindo ainda a extensão do conceito de intervenção.

4.2 SUPORTE FÁTICO AMPLO

Já no que respeita ao suporte fático amplo, Silva (2009, p. 94) leciona que nele não é necessário fundamentar o que deve e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Nele não se dá importância em definir qual a extensão do conceito de intervenção estatal. O modelo de suporte fático amplo tem como preocupação a argumentação que é possível na esfera constitucional destas intervenções.

Alexy (2011, p. 321) critica as teorias restritas do suporte fático. Em especial a teoria do alcance material de Friedrich Müller, já exposta anteriormente pela lições de Virgílio Afonso e a teoria da limitação do suporte fático em virtude de leis gerais de Rüdiger. Para o autor, estas teorias são falhas por não explicarem com se dá a exclusão definitiva da proteção de direito fundamental. O jogo das razões e contrarrazões dessas teorias seria resultado de ponderação.

Alexy (2011, p. 322), que defende um suporte fático amplo, prossegue afirmando que “[...] uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milita em favor de sua proteção.”

Existem várias regras para definir o que pode ser incluído no âmbito de proteção. Alexy (2011, p. 322) define duas que ele considera especialmente importantes, quais sejam:

[...] que são “(1) Tudo aquilo que apresentar uma característica que - considerada isoladamente - seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes.” e “(2) No campo semântico do suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas.”

Segundo Silva (2009, p. 97), a principal dificuldade para uma teoria de suporte fático restrito é como enfrentar o método de definição desse suporte. Quais critérios para garantir ou excluir condutas *prima facie*. Geralmente a fundamentação é por pura intuição.

A tese central para um suporte fático restrito é a exclusão *a priori* de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Por outro lado, o suporte fático amplo rechaça essa premissa. Dito isto, Silva (2009) questiona: o que é protegido pelos direitos fundamentais? Para o suporte amplo, ao contrário do restrito, a resposta não chega a ser um problema. A definição do que é protegido dependerá de um sopesamento em casos concretos antes de se decidir ou não pela proteção definitiva. No caso do suporte restrito a definição geralmente é a própria definição do que é protegido definitivamente (ALEXY, 2011, p. 321).

A questão que envolve o suporte fático amplo e o suporte fático restrito é a amplitude dos direitos fundamentais. Se adotarmos um suporte fático restrito, estaremos limitando os direitos fundamentais, o que em tese traria mais segurança jurídica por não dar espaço ao sopesamento. Já a adoção de um suporte fático amplo, como defendido por Alexy (2001) e Silva (2009) implica em abarcar todos os direitos fundamentais, cabendo o sopesamento para definição do que será definitivamente protegido. Isso será feito por sopesamento, o que demanda o ônus argumentativo.

5 SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança sempre foi um grande desejo do homem e é uma imposição de qualquer ordem jurídica que se pretenda racional. Neste sentido a segurança é o mesmo que estabilidade, coerência, previsibilidade. Num modelo em que impera a segurança jurídica, que o modelo demandado pelo Estado Constitucional, pode-se até não exigir que o homem comporte-se de forma racional e previsível em todas as circunstâncias; mas o mesmo não ocorre quando se fala do Direito e do Estado.

A vida em sociedade nem sempre significou vida com segurança já que a sociedade passou por períodos de absolutismos e totalitarismos até chegar às modernas democracias (ainda não consolidadas plenamente).

Hobbes (2003 apud TORRES, 2011, p. 131-132) entende que todo homem para fazer parte de uma República deveria se obrigar a respeitar as leis. O Estado é o maior dos poderes humanos, composto de forma consensual pelos poderes da maioria dos homens, numa só pessoa natural ou civil. Para o autor inglês, o Leviatã seria a única maneira de uma vida feliz e segura. A vontade de todos era transferida para uma única vontade, no caso o Estado, que por coerção conteria às vontades individuais contrárias às leis estabelecidas.

Hobbes (2003 apud TORRES, 2011, p. 131-132) afirma que o controle de poder era para evitar a insegurança já que as paixões naturais precisavam ser contidas pelo medo das sanções. Nas palavras do próprio Hobbes (2003 apud TORRES, 2011, p. 132-133):

Isso é mais do que consentimento ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *autorizo e transfiro o meu direito de me governar a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires para ele o teu direito, autorizando de uma maneira semelhante todas as suas ações*. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa chama-se *Republica*, em latim, *Civitas*. Esta é a geração daquele grande *Leviatã*.

A preocupação do homem moderno pela segurança não é nova, pois já na Declaração de Direito da Virgínia de 1776, em seu artigo 1º encontra-se: “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.”

Assim, modernamente, ao menos na cultura ocidental, o direito organizado como sistema passa a balizar a pretendida segurança. Não é a moral, a religião ou os costumes, mas o direito o veículo idealizador da segurança, daí a segurança jurídica.

Silva (2013) define segurança jurídica como “[...] o conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.” Santi (2000, p. 77), por sua vez, ao descrever a segurança jurídica como valor fundamental assim se expressa:

A segurança jurídica é um valor fundamental que o ordenamento jurídico persegue. O direito-em-si não apresenta essa segurança, se apresentasse esse cânone seria desnecessário. Muito pelo contrário, o direito convive com o risco, com a insegurança: todas as normas jurídicas infraconstitucionais e constitucionais são, com exceção das chamadas cláusulas pétreas e das normas individuais e concretas que recebem o efeito da coisa julgada, susceptíveis de alteração, seja mediante controle jurisdicional, seja mediante o exercício das competências legislativa, judicial e administrativa. Por isso, a determinação do direito só é aferível no horizonte do presente. A segurança jurídica do futuro é garantir a estabilidade jurídica ao presente, que se torna passado.

Carvalho (2010, p. 198) entende que a segurança jurídica é uma regra a ser seguida no sistema jurídico visando a propagação de um sentimento de previsibilidade o que traz tranquilidade quanto aos efeitos das normas jurídicas pois “[...] tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.”

A segurança jurídica é intrínseca à própria formação do Estado.

A Constituição Federal de 1988 já no artigo 1º dispõe que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. No artigo 5º diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O Estado democrático de direito impõe a existência de segurança jurídica, o que demanda proteção da confiança e a irretroatividade não só de leis, mas de medidas que atentem contra a dignidade da pessoa humana.

Como conciliar a segurança jurídica e ao mesmo tempo a realização dos direitos fundamentais constitucionalizados é o grande desafio do tempo presente. Segurança jurídica tem tudo a ver com regras e princípios, bem como o suporte fático dos direitos fundamentais. Se restrito, há mais segurança, mas por outro lado menos realização de justiça. Se amplo, a justiça pode ser melhor realizada assim como os direitos fundamentais melhor aplicados. Daí surge a questão da racionalidade para a aplicação de princípios. A segurança jurídica necessariamente passará pela racionalidade na aplicação dos princípios.

Na época do positivismo privilegiava-se o modelo de regras, onde os princípios eram vistos como “cano de escape” conforme Schier (2005) utilizando-se da expressão de Paulo Bonavides para dizer que não havia normatividade nos princípios.

Por outro lado, um sistema formado apenas por princípios, não traz a segurança jurídica necessária à estabilidade do sistema. Além disso, um modelo de princípios pode acarretar no chamado decisionismo.

Para Alexy (2011, p. 135) o modelo puro de regras fracassa em todas as três formas de regulação dos direitos fundamentais. O modelo puro de princípios fora abandonado porque não leva a sério as regulações encontradas na constituição. Assim, há duas formas antagônicas e puras que não são aceitas, o que acaba levando a uma forma mista ou combinada. Surge então o modelo de regras e princípios, da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras.

Parece-nos mais adequado que o modelo ideal é baseado em regras e princípios. Não há como existir um modelo baseado apenas em princípios ou apenas em regras. Neste sentido, Schier (2002, p. 105):

Toma-se, contudo, como ponto principal, o fato de verificar-se a absoluta impossibilidade de existência de um sistema formado apenas por regras (pois inexisteriam critérios seguros para a solução de colisões e resolução de casos difíceis), assim como seria impossível a existência de um sistema formado apenas por princípios (diante da enorme imprecisão de seus enunciados o que geraria dúvidas sobre exata forma de agir na situações concretas).

As regras por sua previsibilidade trazem segurança, que é o que se almeja no direito, ou seja, “[...] a harmonia de um sistema jurídico reside no equilíbrio eficiente entre segurança e justiça.” (BARCELOS, 2005, p. 186).

A conclusão não poderia ser outra senão de que não nos parece que possamos ter um sistema justo apenas com regras, como já foi no passado, no auge do positivismo. Da mesma forma não teríamos segurança num modelo apenas de princípios, pois correríamos o risco de incidir em decisionismo, como anotado por Sarmiento (2006, p. 200):

[...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça - ou o que entendem por justiça -, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Quer nos parecer que é mais sensato um modelo de direito fundado tanto em princípios como regras, com base no que ensina Barcelos (2005, p. 187):

[...] se as regras respondem pela segurança e os princípios pela justiça, conclui-se que, quanto mais regras houver no sistema, mais seguro, isto é, mais previsível, mais estável ele será; porém, mais dificilmente ele será capaz de adaptar-se a situações novas. Por outro lado, quanto mais princípios existirem, maior será o seu grau de flexibilidade e sua capacidade de acomodar e solucionar situações imprevistas.

Das lições de Ávila (2009, p. 4), temos que a Constituição brasileira é composta tanto de regras como princípios, com predominância das regras. O jurista gaúcho entende que no caso de regras constitucionais não podem os princípios afastá-las, já que estas regras tem a função de resolver um conflito. Insiste que entre a regra constitucional e o princípio vence a regra, pois não cabe ao intérprete descartar normas rígidas da constituição, pois não foi essa a pretensão do poder constituinte (ÁVILA, 2009, p. 5-6).

De qualquer forma, uma constituição deve retratar o que respeita o povo e o governo, e cabe aos operadores do direito prosseguir na busca de uma dogmática constitucional, vinculada à democracia e direitos fundamentais.

Fica bastante claro que num modelo apenas de regras há bastante segurança jurídica, mas não há a realização da justiça, pois não há flexibilização das regras. Já os princípios comportam grande margem para a interpretação e, por conseguinte, adaptação à novas realidades do direito, que não é estático.

A crítica que se faz à essa nova forma de pensar e aplicar o direito, privilegiando-se os princípios constitucionais, que buscam realizar os direitos fundamentais, é a falta de racionalidade antes muito clara no modelo positivista. Essa é uma das principais críticas metodológicas à teoria dos princípios de Alexy, que acaba valendo para a teoria externa, pois diz respeito exatamente à racionalidade do processo de solução de colisões entre princípios, que é o sopesamento. Segundo a crítica, faltaria ao sopesamento racionalidade e decidibilidade, sendo o sopesamento um decisionismo disfarçado (SILVA, 2009, p. 126-182).

Para Silva (2009, p. 126-182), é impossível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito, até porque outros métodos não conferem uma racionalidade perfeita. Para o autor, a subsunção, embora pareça ser formalmente uma operação lógica, apresenta problemas de fundamentação substancial como qualquer teoria. Ele lembra Kelsen quando diz que o direito aplicado é como uma moldura onde existem diversas possibilidades de aplicação. E assim, sobre a racionalidade conclui que nem mesmo entre os positivistas a aplicação do direito é um processo puramente racional.

Assim, não procede a crítica da falta de segurança jurídica quanto a utilização do sopesamento por haver falta de racionalidade, pois ao juiz cabe um grande subjetivismo. E ele rebate pois entende que a segurança jurídica não dependeria apenas do método de aplicação do direito e de solução de colisões entre direitos fundamentais. Crer nisso seria o mesmo que partilhar ingenuamente de um otimismo metodológico (SILVA, 2009, p. 126-182).

Com o advento da Constituição de 1988, segundo Schier superada a fase de adaptação entre a euforia e a desconfiança por sair de um regime militar de 24 anos chega-se a uma nova pedagogia constitucional, com a ajuda da comunidade acadêmica. Houve um trabalho de convencimento da sociedade de que a Constituição era dotada de normatividade própria e que toda aplicação e interpretação do direito deveria ser constitucional, pois o momento era do Direito Constitucional da Efetividade (SCHIER, 2002).

O modelo de princípios levado a extremos, sem a construção de uma dogmática, pode levar a um déficit de racionalidade. Neste sentido pensamos estar com a razão Schier (2013, p. 2) quando desenvolve a ideia de filtragem constitucional onde se busca a força normativa da Constituição através de uma dogmática constitucional principialista, enquanto sistema aberto de regras e princípios. É preciso, diz Schier (2013, p. 12), “[...] tomar certas cautelas para não alargar os horizontes da principiologia constitucional a ponto de afirmar que toda e qualquer norma pode ser ponderada ou relativizada.”

Realmente é preciso buscar uma dogmática que garanta certa racionalidade, pois do contrário, como diz Schier “na falta de tradição democrática e de teorias constitucionais adequadas, os discursos simplistas podem autorizar a construção de um constitucionalismo com conteúdo autoritário, com forte carga de voluntarismo ou solipsismo e *déficit* de racionalidade.” (SCHIER, 2013, p. 6).

Para Sarmiento (2009, p. 312),

[...] cada vez mais o Poder Judiciário tem sido provocado a manifestar-se e dar ‘a última palavra’ sobre temas que dividem a opinião pública e que tem impacto real ou simbólico na vida das pessoas, a partir da interpretação de normas constitucionais de significado dúbio.

Isso decorre a importância da construção de uma dogmática que reduza as incertezas e subjetivismo, o que não será tarefa fácil. Também por aí e vê da inviabilidade de um modelo apenas de princípios.

Um modelo apenas baseado em princípios, com a redução excessiva de regras, acaba por levar a uma falta de racionalidade que beira o decisionismo, como anotado por Sarmiento (2009, p. 200).

Desta forma, é necessário a conjugação de um modelo de regras e princípios, grande virtude da doutrina de Alexy. Não podemos deixar que os excessos cometidos por juízes nos levem ao retrocesso do positivismo puro. É preciso construir uma dogmática que promova a justiça com segurança jurídica. Este o grande desafio para os juristas, operadores do direito e juízes, na busca incansável pela realização da justiça.

Importantes são as observações de Silva (2010, p. 149-150) quando diz que se entendermos segurança jurídica como previsibilidade na atividade jurisdicional, não basta a definição de métodos, pois isso pode ocorrer na subsunção, modelo regras como no sopesamento, modelo de princípios, mas num acompanhamento crítico da doutrina jurídica sobre a atividade jurisdicional. A doutrina deve cobrar consistência nas decisões dos Tribunais superiores.

Toda a discussão sobre a segurança jurídica envolve os chamados direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são normas de enunciado deontico, que buscam a realização dos direitos humanos.

Como vimos anteriormente as regras não são mensuradas por graduação, valendo-se do tudo ou nada. Já os “[...] princípios, são mandamentos otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2011, p. 117). O sopesamento é a maneira utilizada através da lei de colisão entre princípios antagônicos. Alexy (2011, p. 165) dispõe que a racionalidade do sopesamento não está numa única solução para um caso mas num modelo de sopesamento fundamentado. Em suas palavras “[...] um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional.” (ALEXY, 2011, p. 165).

Papel preponderante nessa fundamentação racional é o da proporcionalidade que antes vimos, pois busca avaliar critérios de circunstâncias fáticas e jurídicas de um direito fundamental diante de outro. Através da adequação e necessidade fática e também da adequação jurídica chega-se à uma fundamentação racional, o que elimina incertezas aumentando a segurança jurídica das decisões.

De qualquer maneira, sempre haverá subjetividade, como também havia num modelo positivista. Nesse sentido, Carneiro e Lemos (2012, p. 120):

A definição do conteúdo de princípios (ou para alguns postulados) como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, proporcionalidade em sentido estrito, solida-

riedade, também transfere para o intérprete e aplicador uma dose importante de discricionariedade.

Essa discricionariedade fica bem demonstrada quando o Poder Judiciário é chamado a intervir na efetivação de direitos fundamentais. Na efetivação de direitos sociais na área de saúde percebe-se o que alguns têm chamado de ativismo judicial e outros de judicialização de prestações sociais, conforme Hartmann (2011, p. 155) em artigo publicado na Revista Direitos Fundamentais e Democracia do programa de mestrado da Unibrasil.

Percebe-se que o judiciário, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, tem alterado políticas públicas, quando determina que se forneça determinado medicamento que ainda não possui comprovação de eficiência, não possui registro na ANVISA e há casos ainda em que sequer são comercializados no Brasil. Tudo isso a um custo muito elevado, o que poderá comprometer as políticas públicas elaboradas por aqueles eleitos democraticamente.

Na Justiça Federal do Paraná, para citar apenas um julgado, já houve decisão determinando ao ente público a aquisição de medicamento não registrado na ANVISA e de altíssimo custo. A Lei Federal 12.401/2011² veda o pagamento pelo SUS de medicamento que não contenha registro na ANVISA. Cabe ao órgão regulador o controle de registros de acordo com a eficácia comprovada de medicamentos, trazendo segurança ao cidadão. Esta política pública é de competência do Poder Executivo. Quando Judiciário determina que o poder executivo importe medicamento sem registro na ANVISA, ignora regra expressa na lei federal já citada, e altera a política de medicamentos do SUS.

Numa interpretação irrestrita do princípio da dignidade da pessoa humana viola-se regra expressa, com suposta ofensa à separação de poderes, já que cabe ao executivo a elaboração de políticas de saúde, devidamente aprovadas pelo poder legislativo.

Dessa forma, tudo indica que ainda vão surgir muitos excessos do Poder Judiciário a partir do que se denomina de ativismo, muitas vezes impulsionado por forte decisionismo. Estes excessos devem ser criticados pela doutrina jurídica que deve cobrar coerência dos Tribunais (SILVA, 2010, p. 149-150), como bem anotado por Virgílio Afonso.

O retrocesso ao positivismo parece impossível, além de indesejável. O avanço é inevitável, e nele haverá abusos dos juízes. Mas como já dito, a comunidade jurídica atenta promoverá a crítica pertinente, o que contribuirá para uma busca pela justiça, mas com segurança jurídica.

Muito do que se afirmou permite concluir que se está a passar por um momento de crise de segurança e de racionalidade do Direito. O discurso dos princípios, hoje inevitável, não raro é manipulado de forma inadequada, sem os cuidados metodológicos que a teoria da argumentação a ele inerente demanda. E, nesta seara, parece que o grande problema da segurança jurídica, em face de aplicações decisionistas do Direito decorre não exatamente da emergência de um modelo de constitucionalismo pautado em princípios,

² Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

mas de uma aplicação inadequada da teoria dos princípios. Os erros, certamente, precisam ser corrigidos, mas sem que isso implique em um retrocesso do Estado Constitucional.

6 CONCLUSÃO

Não há como retroceder ao sistema positivista apenas em nome de uma segurança jurídica, até porque mesmo no positivismo havia subjetividade para decidir. Como bem anotado anteriormente não existia garantia absoluta de racionalidade.

O pós-positivismo trouxe a aproximação do direito à realidade social e aos valores morais, abandonando-se a ideia de neutralidade do direito, já que em nome dessa neutralidade vigorou um sistema jurídico injusto, que justificou regimes antidemocráticos e até mesmo cruéis.

Sabidamente houve e ainda há excessos dos juízes, acarretando no que muitos autores denominam de decisionismo e seu inarredável subjetismo incontrolável, deixando de aplicar leis em nome de princípios constitucionais “superiores”. No exemplo antes citado, de ações judiciais por busca de medicamentos, onde o Juízo acaba por atropelar um plano de política pública de saúde, competência do poder executivo, baseado na emoção. Isto porque, estando a vida do cidadão em risco, o que o leva a pleitear medicamentos experimentais, sem a devida comprovação de eficácia, o judiciário determina a aquisição pelo ente público, dando a impressão de uma atitude de “lavar as mãos”.

Excessos são esperados, ao menos por um tempo, como também se espera uma crítica da doutrina, o que contribuirá para o amadurecimento das questões relacionadas a efetivação de direitos fundamentais. Passada essa etapa, acredita-se que a “poeira tenda a abaixar” e a doutrina brasileira cresça na construção de uma dogmática constitucional adequada para o aperfeiçoamento do constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, H. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, fev./mar. 2009.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA, E. M. de Q. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARCELOS, A. P. de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, L. R. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CANOTILHO, Jose Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARNEIRO, C.; LEMOS, M. A. F. O movimento pós-positivista e a “visão” neoconstitucionalista da ponderação: a valoração de princípios em Robert Alexy. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 105-124, jul./dez. 2012.
- CARVALHO, P. De B. *Curso de direito tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COELHO, L. F. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DUARTE, É. O. R.; POZZOLO, S. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, L. Passado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- FIORAVANTI, M. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, M. (Ed.) *El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- HARTMANN, M. C. B. Ativismos judicial e a concretização de prestações sociais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 153-169, jan./jun. 2011.
- HOBBS, T. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MULLER, F. *Métodos de trabalho em direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MULLER, F. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. *Revista espanhola de derecho constitucional*, ano 9, n. 27, 1989.
- POZZOLO, S. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, M. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

SANTI, E. M. D. *Decadência e prescrição no Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SANCHIS, L. P. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, D. Intepretação constitucional, pré-compreensão e capacidades constitucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHIER, P. R. *Direito constitucional: anotações nucleares*. Curitiba: Juruá, 2002.

SCHIER, P. R. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2013.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, L. V. A. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002.

SILVA, V. A. da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, V. A. da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2007.

INTERÉS DE UNA TEORÍA GENERAL DE LOS “DEBERES FUNDAMENTALES”: SOBRE EL CONCEPTO ONTOLÓGICO CLÁSICO DE “DIGNIDAD”¹

Jorge Jiménez Leube*

Resumen

Reflexión sobre el interés del estudio de la eficacia de los Derechos Fundamentales desde el punto de vista de las obligaciones, deberes y cargas que implican. Se plantea la posibilidad de trabajar en una Teoría General de los Deberes Fundamentales basada en las aportaciones realizadas por diversos autores contemporáneos y en la recuperación de la reflexión sobre el tema aportada por la filosofía estoica clásica.

Palabras clave: Derechos y deberes del hombre. Teoría General de los Derechos Humanos y Fundamentales. Dignidad humana.

Et justa omnia; decora sunt, ut justa contra, ut turpia, sic indecora. M.T. Cicerón. *De Off.* I, 99.

1 INTRODUCCIÓN: FIN DE LA UTOPIÍA. UNA NUEVA MENTALIDAD “RESPONSABLE”

En Europa una nueva mentalidad colectiva, una nueva forma de pensar, más sincera y responsable, comienza a reconocer y asumir que toda declaración de derechos implica la necesidad de declarar obligaciones. La mejor doctrina, y una buena parte de la ciudadanía, ya son plenamente conscientes de que el continuo aumento de la complejidad de la regulación y la constante creación de nuevas autoridades y órganos y la atribución de competencias en materia de Derechos Fundamentales puede convertir en ineficaz y vacua a una buena parte de la actuación en esta materia.

Las profesoras Navas Castillo (NAVAS CASTILLO, 2012) relatan el episodio de la fallida aprobación del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. Dieciocho de los Estados miembros aprobaron el Tratado, aunque en muchos como en España este trascendental instrumento fue aprobado con una de las mayores abstenciones que se conoce. El pueblo soberano de dos de los Estados Fundadores de la Unión Europea (Francia y Países Bajos) dijo “no” a ese Tratado,

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad “Alfonso X “El Sabio”. Madrid. jimelue@uax.es. (www.uax.es). Ponencia expuesta en la presentación del libro: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et alii (Eds.) *A Problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa - Desafios materiais e eficaciais.* II Simpósio Internacional de Direito: Dimensões materiais e eficaciais dos Direitos Fundamentais. Fortaleza, Auditorio da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) 26 de marzo de 2012. Palestra no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade 9 de Julho (UNINOVE), 28 de marzo de 2012, Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Unidade de Chapecó, 30 de marzo de 2012.

¹ Este trabalho foi publicado originalmente em EJJL, Vol 14, n.1, 2013, pp. 265-276.

lo que paralizó su aprobación. Este grave fracaso de la construcción europea² creo que merece alguna mayor reflexión, aunque yo me limitaré a formular una pregunta:

Si ese fallido Tratado en lugar de contener una prolija regulación de órganos y competencias se hubiera limitado a contener una clara y explícita Declaración de Derechos y Libertades, y un esbozo -general y abstracto- de los órganos y estructura de la Unión Europea: ¿Hubiera sido mejor acogido por los ciudadanos? ¿Y si esa Declaración hubiera contenido detalle de obligaciones y deberes de los poderes europeos respecto a los ciudadanos?

Con ocasión de la crisis, en algunos estados los ciudadanos han pedido a sus gobiernos aumentos de impuestos y de jornadas laborales. Pese a quien pese, una mentalidad postmoderna, de carácter más responsable y pragmático, está superando las visiones utópicas e inflamadas que se sembraron en la modernidad.

En este papel se expone que esta nueva “mentalidad responsable” es más acorde con el pensamiento clásico latino, y por tanto más acorde con el nexo de unión de nuestros dos continentes y de nuestras dos culturas. En Europa el anhelo colectivo de seguridad, libertad e igualdad, la búsqueda de la dignidad, hoy ya no se contenta con discursos populistas y promesas incumplibles.

En todo caso ahí queda planteada la cuestión. El tratamiento de los Derechos desde la óptica de los Deberes es una visión distinta, pero quizá más realista y útil que la actual, al menos desde el punto de vista de la *efectividad de los derechos / deberes fundamentales*, que al fin y al cabo sí es el tema que hoy nos ocupa.

2 NOTA ACERCA DE LOS ANTECEDENTES DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

No podemos compartir la idea de que la reflexión sobre los derechos fundamentales se comience a realizar en el pensamiento ilustrado, o en el pensamiento revolucionario francés, ni que la Teoría de la Justicia o la denominada “cultura jurídica contemporánea” deba buscar en esas doctrinas sus fundamentos.

Como antecedentes de la declaración francesa adoptada en 1789 y de las posteriores contenidas en las once modificaciones de la Constitución francesa sucedidas entre 1789 y 1830 y por tanto también de las actuales declaraciones de derechos, habitualmente se citan textos orientados a la protección de los derechos individuales y patrimoniales la *Petition of Right* de 1628, *el Acta de Habeas corpus contra detenciones arbitrarias* de 1679 o la *Declaration of Rights* de 1689.

3 ¿UN ANTIGUO PROGRAMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, YA OLVIDADO?

En mi opinión, mucho antes que todos estos textos y declaraciones, algunos textos filosóficos clásicos latinos ya se referían con toda naturalidad y frecuencia al tema de los

² La Parte II, incorporaba al Texto del Tratado la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Tras el fracaso del intento de aprobación del Tratado mediante referéndum, los poderes europeos (mediante la ratificación del Tratado de Lisboa, por el que se modificó el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), firmado en la capital portuguesa, el 13 de diciembre de 2007, finalmente impuso a los ciudadanos europeos, prácticamente sin cambios, el texto contenido en la fallido tratado constitucional.

derechos fundamentales. De hecho, el propio concepto de “dignidad”, cuyo logro es el objetivo de dichas declaraciones, es de indiscutible cuño latino.

Felicidad, dignidad, justicia, atención a las necesidades básicas: Los tratados clásicos sobre los deberes (*De officiis*) contienen un auténtico, aunque olvidado, *Programa de Derechos Humanos y Fundamentales*. Lo que ocurre es que la Filosofía clásica trata los derechos fundamentales desde la otra cara de la moneda, desde la otra forma en que es posible estudiarlos de forma rigurosa: si hoy -aquí- alguien tiene un derecho (efectivo) a la vida, es porque *todos cumplen con la obligación* de respetarla.

Para desarrollar este “distinto programa” que nos regala la antigüedad sólo hace falta mirar las actuales declaraciones desde otro punto de vista. Para que la honestidad, el decoro y la utilidad personal y común resulten efectivos en cada tiempo, también en cada tiempo debemos formular y responder a las siguientes preguntas:

¿Qué obligaciones - personales, o colectivas, o difusas o futuras- debemos cumplir?

¿Qué cargas, personales o colectivas, debemos levantar?

¿A qué sujeto/s público o privado, pueden y deben resultarle/s exigido el cumplimiento de esas obligaciones o el levantamiento de esas cargas?

¿Con sujeción a qué términos, plazos, condiciones o modos debemos hacer todo eso?

La formulación de todas estas preguntas, y sus correspondientes respuestas puede aplicarse a la reflexión sobre concretos derechos. Así, la consideración del Derecho a una vivienda digna, implica la delimitación de múltiples obligaciones:

- a) Una obligación genérica, que afecta a todas las autoridades y poderes públicos, de diseñar y ejecutar políticas que faciliten el acceso a la vivienda.
- b) Una más concreta de los órganos de las administraciones con específica competencia en la materia. Esta obligación legal se deriva de su atribución competencial. Su nivel de cumplimiento debe vincularse en cada caso a su disponibilidad presupuestaria.
- c) Concretas obligaciones de colaboración y de facilitación de los informes y datos necesarios para la ejecución de las políticas de vivienda, exigibles a otros órganos administrativos.
- d) Una limitación general de todo derecho de propiedad del suelo, por razón de su vinculación a la utilidad pública y al interés general.
- e) Obligaciones concretas sobre personas jurídico públicas o privadas, que ven su propiedad o su trabajo vinculado a este fin público, sin perjuicio de su derecho de indemnización.
- f) Cuantas otras se definan y concreten, en cada lugar y en cada tiempo.

4 CATÁLOGOS DE DEBERES FUNDAMENTALES

Bajo esta concepción, la declaración de cualquier Derecho Fundamental se debe concretar en la redacción de un gran catálogo de obligaciones, deberes y cargas. La dis-

tinción entre estos conceptos ha sido claramente expuesta por María José Falcón y Tella (FALCÓN Y TELLA 2004).

Lógicamente este “catálogo” será distinto en cada lugar y en cada tiempo, y dependerá de la realidad social, de las concretas circunstancias y de la existencia de recursos humanos y materiales disponibles.

Los catálogos podrían distinguir entre:

- a) “Deberes morales” o recomendaciones. No resultan exigibles. Posiblemente únicamente puedan estar materializados en un repertorio de “buenas prácticas”, y no en un catálogo de deberes. Un deber de esta naturaleza no puede crear un auténtico derecho correlativo, ya que realmente su cumplimiento no es exigible a nadie, en ningún tiempo, ni bajo ninguna condición.
- b) Deberes. El interés jurídico protegido por su cumplimiento puede ser colectivo, difuso, e incluso futuro. Crean derechos correlativos, aunque sean derechos colectivos, o difusos o de sujetos futuros (próximas generaciones). El trabajo teórico en este campo es el de hacer efectiva la representación de esos intereses. Las nuevas generaciones deben estar representadas por sujetos actuales, para hacer efectiva la titularidad y la exigencia de cumplimiento, los intereses difusos deben resultar atribuidos a sujetos asociativos, y los intereses públicos y generales a personas jurídico-públicas. La declaración una “Libertad”, individual o colectiva, privada o pública, siempre debe implicar la creación un interés jurídicamente protegido.
- c) Obligaciones. Como dijimos deben tener atribuido sujeto activo y pasivo, bien sea público o privado, y pueden resultar sometidas a condición, término o modo. Genera auténticos derechos subjetivos correlativos, individuales o colectivos.
- d) Cargas. Su levantamiento es condición necesaria para el ejercicio de un derecho.

5 NUEVO MÉTODO, NUEVA TÉCNICA

Desde un punto de vista práctico no me parece prudente recomendar ni emprender ninguna reforma de las Declaraciones y Anexos de Libertades y Derechos ya contenidas en las normas jurídicas vigentes. Pienso que un orden jurídico procesal y material del valor, extensión y complejidad que ha alcanzado la construcción dogmática de los Derechos fundamentales nos debe merecer el máximo respeto, casi veneración.

La regulación positiva (internacional, regional, estatal, local...) en materia de Derechos Fundamentales y su desarrollo jurisprudencial debe ser la base del desarrollo de los deberes fundamentales.

No se deben sustituir las técnicas de las legislaciones anteriores, ni esas legislaciones, sino acumular sobre ellas unas técnicas nuevas. Repasando la Historia del Derecho podemos encontrar buenos ejemplos de este “cambio suave” que propongo.

En el Medioevo europeo, la complejidad se bordó desde la complejidad, descubriendo nuevos métodos, que dieron lugar a nuevas formas de Derecho, basadas en un respeto reverencial al existente. Bajo una nueva metodología, en los Siglos XII y XIII mediante los

nuevos textos jurídicos que se escribieron en Castilla, se intentó fijar, conservar, traducir y difundir el valioso Derecho existente: se trató de hacerlo eficaz.

Como expone Johanés Kabatec (KABATEC 2012), en una primera fase el derecho de las fazañas y las costumbres: casuístico y vivo. En una segunda fase el derecho de tradición romana, que ya había sido anteriormente elaborado y sistematizado.

Los historiadores del derecho, recordándonos y explicándonos la historia de esta lejana experiencia, común a España y Portugal, pueden marcar el camino.

6 ALGUNAS INTERESANTES DECLARACIONES DE “DEBERES FUNDAMENTALES”

Es evidente y resulta conocido que esta idea de estudiar el tema de los Derechos Fundamentales “a la luz” de los deberes no es original, ni siquiera posiblemente novedosa. Este enfoque está adoptado en la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (Carta de la OEA, Bogotá, 1948), en los arts. 29 y 30 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948, en la Declaración de Responsabilidades y Deberes Humanos (o DRDH) propuesto en 1998 en Valencia, en el marco de la UNESCO y con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos; en la *Declaración sobre las responsabilidades de las generaciones presentes hacia las generaciones futuras* adoptada por la Unesco el 12 de noviembre de 1997, o en la interesante proposición privada elaborada por Karel Vasak de redactar una *Declaración universal de los deberes del hombre* (VASAK 1989). Pero hay que hacer constar que este planteamiento no siempre ha estado bien considerado por la doctrina (OST; VAN; DROOGHENBROEËK, 2004). La Iglesia Católica también se refiere habitualmente en su doctrina oficial a este tema de los deberes: “*En nombre de la libertad debe haber una correlación entre derechos y deberes, por la cual cada persona está llamada a asumir la responsabilidad de sus opciones, tomadas al entrar en relación con los otros.*”³

Para el Vaticano la promoción de los Derechos Humanos se considera la estrategia más eficaz para extirpar las desigualdades entre Países y grupos sociales y aumentar la seguridad global. Se reivindica muy especialmente el carácter absoluto de los Derechos Humanos y su carácter indivisible, lo que impide su aplicación por partes separadas, integrando derechos y obligaciones. En consecuencia de este planteamiento integrador se concede la máxima importancia a una concreta obligación o deber que deben cumplir todos los estados y organizaciones internacionales y que se enuncia bajo el Principio de la “responsabilidad de proteger”.

7 CONTENIDO MATERIAL EL CONCEPTO CLÁSICO DE DIGNIDAD COMO POSIBLE FUNDAMENTO DE UNA “TEORÍA GENERAL” DE LOS DEBERES FUNDAMENTALES

Es indiscutible que cuando los filósofos romanos, antes del nacimiento de Cristo, utilizaban el término “dignidad” se estaban refiriendo a conceptos muy distintos de los que hoy le asignamos. Si, como pienso, los nuevos tiempos se van a caracterizar por un

³ Encuentro con el personal de la Organización de las Naciones Unidas, Discurso de S.S. Benedicto XVI, Nueva York, 18 de abril de 2008, en <<http://www.vatican.va>>.

mayor interés en los deberes, el estudio de los orígenes de sus conceptos puede resultar interesante. ¿Qué es y cómo se define el concepto ontológico clásico -pagano- de dignidad?

Para los antiguos estoicos⁴ el respeto y cumplimiento de nuestros deberes nos produce el beneficio de la *eudaimonía*, término griego que nosotros habitualmente traducimos como “felicidad”.

En el origen del pensamiento jurídico, esta filosofía pagana relacionaba la felicidad con la sabiduría, y la sabiduría con la honestidad, el decoro y la utilidad. Por ello, entienden que todo hombre está obligado a cumplir con tres grandes grupos de deberes:

- a) Deberes para conseguir una conducta “honesta”: Son obligaciones derivadas de la inteligencia y conocimiento de la vida, de lo que, en base a la experiencia, se considera justo. Su cumplimiento impone una doble obligación: la de trabajar por la Justicia y la de no permanecer quieto ante la injusticia. En general podemos considerar “honesto” a quien cumple con sus obligaciones, y como consecuencia muestra una actitud inteligente, respetuosa con los demás, valiente y firme, lo que convierte en exitosa a su conducta y la aparta del miedo, de la temeridad o la negligencia. La Justicia, junto con la prudencia, fortaleza y temperanza, contribuye a la honestidad. La honestidad (*honestum vivere*) contribuye a la sabiduría (*sapientia*), porque es la sabiduría la que hace posible que alcancemos una vida provechosa y feliz (*valeat ad bene beateque vivendum*). Sin embargo, tampoco es posible alcanzar la sabiduría sin cumplir con los deberes vinculados al decoro y a la utilidad.
- b) Un segundo grupo de deberes, que tienen que ver con el “decoro”; es decir, con la relevancia externa de nuestras acciones, con la belleza de lo que hacemos, con la adecuación de nuestra conducta al entorno social y al tiempo y a las circunstancias que nos rodean. Con el decoro está relacionado el altruismo (*beneficentia*), la generosidad (*liberalitas*) y la bondad (*bonitas*). Como dijimos, ninguna de estas virtudes se puede confundir con la virtud de la Justicia. A diferencia de la justicia, la dignidad (*dignitas*) no se relaciona con la honestidad, sino con la belleza. En la concepción estoica clásica la *dignitas* tiene que ver con la pulcritud. Cicerón (VALVERDE, 2007) incluso distinguió entre dos dignidades una *dignitas* equiparada a lo grave (*gravitas*); es decir, a lo viril, lo duro y lo necesario; y otra equiparada a lo suave (*suavitas*) y a lo femenino, a la que denominó *venustas*.

Hay que precisar que esta dignidad latina, de dos cabezas, no está solo relacionada con la belleza y limpieza física (aunque a también a ella contribuya), sino que se relaciona principalmente con la adecuación de las acciones a la naturaleza, con la huida de los efectos de las perturbaciones del ánimo y de las flaquezas.

⁴ Sobre esta concepción Vid. IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Reseña del concepto ontológico clásico de virtud, In Civilizar, USA, Bogotá 7. 2004 url: <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/Resena_Concepto_Ontologico_Clasico_De_Virtud.htm>

MELO SALCEDO, Ileana Marlitt .Algunos aportes al concepto de justicia, In Civilizar, USA, Bogotá 7. 2004 url: http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/Algunos_Aportes_Al_Concepto_De_Justicia.htm

Igual que la Justicia contribuye a un objetivo superior (la honestidad), la dignidad contribuye a otro: el decoro (*decorum*). Esta es la relación que unirá la Justicia y la dignidad: el decoro no puede separarse de la honestidad, porque todo lo que es honesto, también resulta decoroso, y lo que resulta injusto es indecoroso.⁵

- c) Por último, un tercer grupo de deberes, los relacionados con lo que resulta útil y necesario para la vida: la salud, los recursos imprescindibles, e incluso los lujos y las riquezas. Estos deberes relacionados con la *utilidad* nos obligan a cuidar de nosotros y de las personas que tenemos a nuestro cargo. Nos fuerzan a trabajar para conservar nuestro patrimonio, y para tratar de conseguir los recursos necesarios para la existencia. Si no cuidamos de las cosas útiles y necesarias tampoco podremos hacer efectiva ni la honestidad ni el decoro. El cuidado de la salud y la economía permite conseguir los recursos necesarios para hacer efectivas la Justicia, la Bondad y la Benevolencia.

Aplicando este esquema al tema que nos ocupa, y siendo coherentes con el planteamiento expuesto, en primer lugar debemos considerar como imprescindible la consecución de la honestidad (*honestum vivere, alterum non laedere*), de la que la Justicia es piedra angular.

Antes de buscar el decoro (la belleza de las acciones que nos acerca la felicidad) es condición necesaria dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Justicia. La primera obligación es la de tener la voluntad de dar a cada uno lo suyo (Antes de hacerme regalos... ¡págame lo que me debes!).

El trabajo pendiente de localización y asignación de cargas, obligaciones y deberes no debe convertirse en una nueva utopía inalcanzable. Para conseguir el mayor grado posible de efectividad de los derechos declarados, no podemos olvidarnos de la “utilidad” (los recursos existentes). Sin relativizar los derechos, el respeto a la salud personal y colectiva, y los medios materiales realmente disponibles en cada tiempo y lugar deben condicionar y modificar la atribución de obligaciones, cargas y deberes, fijando su calendario de cumplimiento.

Teniendo en cuenta y respetando estas dos dimensiones, podremos abordar la tercera: el altruismo, generosidad y bondad que hace efectiva la dignidad humana, convierte en decorosa la actuación individual y pública, y nos aproxima a la felicidad (vida buena) posible en cada lugar y en cada tiempo.

8 CONCLUSIONES

Hablar de “Deberes Fundamentales” obliga a referirse a las desagradables obligaciones y cargas, a los plazos y términos, a las condiciones y modos, a los derechos subjetivos y a la responsabilidad individual y colectiva. Por ello, habitualmente se prefiere tratar este tema únicamente bajo la agradable cara de los derechos, aunque una nueva

⁵ Et justa omnia; decora sunt, ut justa contra, ut turpia, sic indecora. M.T. Cicerón. De Off. I, 99.

“mentalidad responsable” rechaza esa visión por ineficaz, demandando nuevas construcciones materiales.

Antes de que se pudiera redactar ninguna de las declaraciones de Derechos de la Edad Moderna, los filósofos romanos, siguiendo la inspiración griega, trataban seriamente el tema de los Derechos Humanos y Fundamentales, aunque lo hacían desde la otra cara de la moneda, la de los “Deberes Fundamentales”.

La referencia a los deberes fundamentales, o a determinados deberes, ya ha sido incorporado en diversos textos y declaraciones, cuya revisión se propone.

Desde un punto de vista teórico, en el pensamiento clásico se establecieron tres grupos de deberes: los derivados de la honestidad, los del decoro y los de la utilidad. El efectivo cumplimiento de todos ellos, en el grado posible, proporciona la felicidad, lógicamente también en el grado posible.

La Justicia es condición necesaria, aunque no suficiente, de la felicidad. Una sociedad justa siempre será honesta. Es decir, que si queremos una sociedad honesta debemos trabajar por la Justicia; pero si además también queremos una sociedad feliz, también deberemos trabajar por el decoro (dignidad, altruismo, benevolencia, bondad), para lo que es imprescindible el respeto a la salud y la prudente disposición de recursos materiales (utilidad).

La teoría de los Deberes Fundamentales puede plasmarse en un concreto trabajo de glosa de las actuales declaraciones de derechos, que se materialice en la redacción de catálogos de obligaciones deberes y cargas asociados con cada Derecho Fundamental, cada lugar y cada tiempo; con detalle de los sujetos individuales y colectivos, privados y públicos implicados en su cumplimiento, y las responsabilidades derivadas de los mismos.

REFERENCIAS

BAEZ, N. L. Xavier *et alii* (Eds.), *A problemática dos Direitos Humanos. Fundamentais na América Latina e na Europa: Desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

FALCÓN Y TELLA, M. J. Capacidad jurídica y derechos humanos. In: *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Madrid: v. 5, pp. 215-241, 2004. url :< <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0404110215A> Fecha de acceso: 07 mar. 2013

GARCÍA VALVERDE, J. M. Cicerón y la Filosofía Helenística (algunas reflexiones sobre la originalidad y las fuentes del pensamiento ciceroniano) In. *Fragmentos de Filosofía*, n. 5, 2007, p. 115-133, 2007. Disponible en: <<http://institucional.us.es/revistas/fragmentos/5/ART%204.pdf>>. Fecha de acceso: 07 mar. 2013.

JIMÉNEZ LEUBE, J. Sobre el planteamiento ontológico clásico de las virtudes. In *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*. UAX, Madrid, UAX, n. 1, 2003.

KABATEC, J. Cómo investigar las tradiciones discursivas medievales? El ejemplo de los textos jurídicos castellanos. In DANIEL JACOB y JOHANNES KABATEK (eds.), *Lengua medieval y tradiciones discursivas en la Península ibérica: descripción gramatical-pragmática histórica-metodología*. Vervuert-Iberoamericana, Frankfurt/M.-Madrid, p. 97-132, 2001. Disponible en: <<http://tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2009/3826/pdf/C38.pdf>>. Fecha de acceso: 07 mar. 2013.

NAVAS CASTILLO, A.; NAVAS CASTILLO, F. Los derechos en el marco de la Unión Europea. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier *et alii.* (eds). *Problemática de los derechos humanos fundamentales en América Latina y Europa: Desafíos materiales y de eficacia*. Madrid, Marcial Pons, 2012.

OST, F.; VAN DROOGHENBROECK, S. La responsabilidad como cara oculta de los derechos humanos. In: *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Madrid: v. 5, p. 785-843, 2004. Disponible en: <<http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/AND-H0404110785A>>. Fecha de acceso: 07 mar. 2013.

VASAK, K. Proposition pour une Déclaration universelle des devoirs de l'homme, introduction et texte In MEYER-BISCH, P., DURAND, J.P. (Dir.). In *Revue d'éthique et de théologie morale*. Les Éditions du Cerf Paris: Le supplément 168: Les devoirs de l'homme. De la réciprocité dans les droits de l'homme, pp. 9-17; annexes pp. 159- 173, 1989

DEVER FUNDAMENTAL: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO¹

Luísa Cortat Simonetti Gonçalves*
Daury César Fabriz**

1 INTRODUÇÃO

Direitos e garantias fundamentais são temas afetos à maior parte das ordens constitucionais ocidentais, assim como às discussões jurídicas em uma escala global. Seus conceitos, categorias, classificações e exceções são muito bem definidos, mesmo quando há aproximações distintas a eles. Deveres fundamentais, por outro lado, apesar de ser tema tão importante na efetivação dos objetivos e princípios de tais ordens, são geralmente relegados a um papel de menor relevância, se lembrados. Ademais, de modo geral, quando se fala em deveres fundamentais refere-se às obrigações governamentais, deixando de lado os deveres individuais ou da sociedade, isto é os deveres de particulares.

Um exemplo de tal aproximação aparece no texto constitucional brasileiro, que se refere explicitamente a esses deveres apenas em algumas situações: Capítulo I do Título II, mesmo trazendo um rol de direitos e garantias; deveres dos policiais civis (art. 24, XVI); deveres profissionais (art. 103-B, §4º, e 130-A, §2º); deveres militares (art. 142, §3º, I e X); deveres no casamento (art. 226).

O principal aspecto enfrentado é a carência de legislação e de discussões teóricas acerca dos deveres fundamentais individuais, sempre considerando que, embora o tema não seja totalmente esquecido, ele não é pesquisado como cientificamente deveria e, principalmente, não é tão pesquisado como acontece com os direitos fundamentais. Visando contribuir para a sistematização e aprofundamento desse instituto jurídico, o grupo de pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” da pós-graduação *stricto sensu* da FDV tem pesquisado e escrito sobre o tema há mais de três anos. Com o crescimento e consolidação da base teórica, e considerando todo o material já produzido, a seguinte questão foi enfrentada: qual é o conceito de dever fundamental que deve guiar as discussões e análises no campo jurídico?

Um importante aspecto sobre a construção de um conceito é que ele é essencial para compreender a realidade, ao mesmo tempo em que reflete um processo de pesquisa completo. Conforme lembra Espíndola (2002, p. 35), uma conceituação é algo mais abrangente, profundo e complexo que uma definição, vez que uma definição “[...] consiste na

* Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais; Professor do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo; Professor e Coordenador da Faculdade de Direito de Vitória; Líder do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” na Faculdade de Direito de Vitória; Av. Fernando Ferrari, s/n, Goiabeiras, 29066-970, Vitória, Espírito Santo, Brasil

** Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória; Pós-graduanda em Economia e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Paraná; Membro do Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” na Faculdade de Direito de Vitória; Advogada; Faculdades de Direito de Vitória. Rua Dr. João Carlos de Souza, 779 Santa Lúcia, 29056-919, Vitória, Espírito Santo, Brasil; luisacs@gmail.com

¹ Artigo científico apresentado ao Programa de Pós Graduação (Mestrado) da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como parte integrante das atividades do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, sob responsabilidade dos professores Drs. Daury César Fabriz e Adriano Sant’Ana Pedra, e orientado pelo segundo coautor.

explicitação dos elementos do conceito, configurando, a rigor, uma tautologia, uma vez que se propõe a estabelecer o significado de algo intrinsecamente dotado de significado.” (ADEODATO, 2002, p. 17).

Nesse sentido, este artigo usa primeiramente uma definição, descrevendo os elementos presentes no conceito, mas em seguida conceitua, aprofundando na apresentação do processo de pesquisa.

Utilizando técnica bibliográfica e método dialógico, o grupo chegou a um conceito conjunto ainda no primeiro semestre de 2013,² o qual é apresentado neste artigo. Para uma melhor compreensão do processo de construção dos componentes do conceito e do conceito como um todo, é importante ter em mente durante toda a explicação que o conceito surge em um debate jurídico e pretende, neste primeiro momento, apenas suprir o vácuo que se criou na teoria devido ao uso corrente - e já enraizado no mundo jurídico - da expressão “deveres fundamentais”, sem sua exata definição. Em outras palavras, o grupo está apresentando um conceito com a intenção de delimitar o significado de uma expressão no campo jurídico que já é amplamente usada.

Por fim, é possível visualizar claramente a relevância do conceito e, conseqüentemente, de apresentá-lo em um artigo científico, já que conceitos são pré-requisitos para efetivamente compreender a realidade e são ferramentas para um melhor estudo de um objeto de pesquisa.

2 TEORIA DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

O primeiro passo nesse complicada tarefa é identificar e compreender as discussões que já existam relativamente ao conceito almejado. Assim, o grupo iniciou sua pesquisa a partir da leitura teórica disponível, a maior parte da qual restrita ao estudo de um dever fundamental específico. Uma vez que não se trata aqui de uma revisão crítica de literatura, o foco é apresentar os aspectos que foram discutidos pelo grupo, contrastando com o que já se apresenta na literatura jurídica.

Inicialmente, já que o trabalho aconteceu no Brasil, é importante considerar que a Constituição Brasileira estabelece o objetivo de assegurar um estado democrático destinado a garantir direitos individuais e sociais, liberdade, segurança, bem estar, desenvolvimento, equidade e justiça, como valores de uma sociedade fraterna, plural e livre de preconceitos. Basicamente, então, é possível generalizar, conforme apontado por Gonçalves e Pedra (2011, p. 209-216), que as constituições de ordens democráticas costumam assentar as bases axiológicas do Estado pretendido.

Embora as características foquem na figura estatal, torna-se claro que cumprir esses objetivos somente é viável se a sociedade se mobilizar como um grupo de indivíduos, afinal, equidade, fraternidade e harmonia são adjetivos que pressupõem pluralidade

² Nesse período, os membros do grupo eram: a autora principal deste artigo (Luísa Cortat Simonetti Gonçalves); Ademilson Lima de Souza; Álvaro Augusto Lauff Machado; Aubério da Silva Brito; Bruna Lyra Duque; Cláudio Toríbio Saade; Danilo Negreiros; Elion Vargas Teixeira; Elisa Helena Lesqueves Galante; Flaviana Röpke da Silva; Heleno Florindo da Silva; Henrique da Cunha Tavares; Ivy de Souza Abreu; Jorge Abikair Filho; Julio Pinheiro Faro Homem; Monique Giannini Afoumado Venturin; Pedro Gallo Vieira; Pedro Henrique Nascimento Zanon; Ronaldo Louzada Bernardo Segundo. Professores doutores coordenadores do grupo: Daury César Fabríz e Adriano Sant’Ana Pedra.

de sujeitos. Nesse diapasão, Canotilho (2003, p. 536) estabelece que “[...] as idéias de ‘solidariedade’ e de ‘fraternidade’ apontam para deveres fundamentais entre cidadãos.” A defesa é de que, se há um objetivo comum, deve haver, também, um correspondente esforço comum.

Todas as teorias disponíveis sobre deveres fundamentais no campo jurídico foram levadas em consideração. No entanto, em nenhuma delas foi encontrada sugestão de conceito, o que explica, em grande parte, o método adotado pelo grupo de pesquisa, considerando os elementos identificados nos trabalhos analisados.

Alguns desses aspectos que serão melhor expostos nos itens seguintes, podem assim ser resumidos:

- a) Classificação como uma categoria jurídico-constitucional, independentemente de ser expressamente prevista na constituição, mesmo havendo a necessidade de uma ligação indispensável com a Constituição (NABAIS, 2007, p. 169-171; CANOTILHO, 2003, p. 532);
- b) Envolve atos comissivos ou passivos (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. p. 75; PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987, p. 334-336);
- c) Discussões sobre necessidade ou dispensabilidade de sanções a fim de caracterizar um dever (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987, p. 334-336);
- d) Se a existência de um dever fundamental pressupõe relação direta com um direito fundamental (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987, p. 201-214; LANCHESTER, 2010, p. 67-76);
- e) Inerentemente comunitários e custos públicos (NABAIS, 2002, p. 19-21);
- f) Base na solidariedade e dignidade humana (CANOTILHO, 2003, p. 536).

Uma vez que o primeiro passo no estabelecimento de um conceito é fixar definições por meio da descrição técnica dos elementos considerados, esse foi o caminho escolhido pelo grupo, conforme já explicado na introdução. Então, o primeiro passo foi identificar e depois discutir as características que o conceito deveria apresentar.

3 A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO

O primeiro passo no processo de construção foi dividir o grupo em quatro subgrupos menores e, como todos os membros já conheciam a bibliografia básica e já eram pesquisadores em deveres fundamentais, cada um dos subgrupos escreveu uma primeira proposta de conceito ou de elementos que deveriam compor o conceito.

Uma proposta foi “[...] os deveres fundamentais podem ser concebidos como uma categoria jurídica, expressa ou implicitamente prevista no texto constitucional, que se voltam à ação positiva ou negativa, e o seu descumprimento poderá ocasionar a aplicação de determinada sanção.”

A ideia central em classificar dever fundamental como uma categoria é separá-lo dos direitos fundamentais, explicitando sua autonomia relativamente à espécie e às teorias de direitos fundamentais. Essa sugestão vem ao encontro do que Nabais (2007, p. 169) traz

à discussão. A partir das suas ideias, também é possível retirar a segunda característica sugerida, de que o dever não necessariamente precisa estar expresso no texto constitucional, desde que dele seja derivado (NABAIS, 2007, p. 16; NABAIS, 2004, p. 63).

Quando esse primeiro subgrupo menciona ações positivas ou negativas, está se referindo ao fato de que a pessoa obrigada pode não só ter o dever de fazer algo, mas talvez, em algumas situações, o dever de não fazer algo. Além disso, o verbo poder, quando se fala em sanção, indica possibilidade, claramente contrastando com a necessidade de existência de sanção para que se caracterize um dever fundamental. Essas ideias aparecem, respectivamente, em Dimoulis e Martins (2011, p. 75), Peces-Barba (1987, p. 336) e Peces-Barba (1987, p. 334-335).

Seguindo para as sugestões do segundo subgrupo, quatro características são enfrentadas, pois ele sistematizou o conceito como “[...] condutas positivas, negativas ou de tolerância, constitucionalmente prescritas, independentemente de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais a elas relacionados, em razão da preservação da ordem social solidária,” isto é, com três características quase idênticas a algumas trazidas pelo primeiro subgrupo.

Entretanto, alguns pontos merecem maior atenção. Por exemplo, é prioritário notar que quando a prescrição constitucional é mencionada, ela está, em verdade, conotando a mesma ideia proposta na sugestão anteriormente discutida. Em seguida, quando refletindo sobre o tipo de ação envolvida, é agora acrescentada a tolerância.

A característica nova que aparece é a que diz respeito à relação entre direitos e deveres fundamentais. A conceituação desse subgrupo coincide com a percepção exposta por Peces-Barba (1987, p. 336):

[...] direitos fundamentais como os jurídicos que se referem à [...] satisfação de necessidade básicas ou que afetam setores que são especialmente importantes para a organização e funcionamento das instituições públicas, ou ao exercício de direitos fundamentais, geralmente no âmbito constitucional³

Em outras palavras, o autor é adepto da corrente que analisa os deveres fundamentais conjuntamente aos direitos fundamentais, o que leva ao entendimento de que a existência de um depende da existência do outro.

O terceiro conceito sugerido foi: “São obrigações jurídicas relacionadas a um sacrifício trivial do obrigado, fundamentalmente constitucionais e relacionadas a um direito fundamental correspondente, que surgem concomitantemente a estes, sendo assim, inerentes à solidariedade e passíveis de sofrer sanção em caso de descumprimento.”

As novas características trazidas à atenção neste ponto são o sacrifício trivial e a relação com a solidariedade. Relativamente ao sacrifício trivial, as observações feitas pelo terceiro se aproximam às de Valdés (1986b) e significam que o dever imposto a um indivíduo não pode ser exacerbado ou ir além das possibilidades dele. A relação com a

³ No original: “[...] deberes fundamentales como aquellos jurídicos que se refieren a [...] La satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las Instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional”.

solidariedade, por outro lado, deriva dos pensamentos de Nabais (2007), que coloca a solidariedade com uma contenção à individualidade.

O quarto subgrupo, a fim de simplificar a sistematização das ideias apresentadas pelo grupo como um todo, não produziu um conceito sugerido. Ao invés disso, listou as características que acredita serem essenciais de aparecerem (aqui acompanhadas, em nota de rodapé, pelos autores que se aproximam do mesmo entendimento): devem ter fundamento na Constituição (NABAIS, 2007, p. 170-171; CANOTILHO, 2003, p. 532); ambição de balancear entre direitos e deveres fundamentais (KOUBI, 2000, p. 201-214; LANCHESTER, 2010, p. 67-76); fundamento na solidariedade e na dignidade humana (GARZÓN VALDÉS, 1986b; NABAIS, 2007; CANOTILHO, 2003, p. 536); aparece como um marco de subjetividade na lei e de respeito à diferença (KOUBI, 2000, p. 201-214); uma reaproximação da lei com a moral (DUTRA, 2011); e raízes globais (LANCHESTER, 2010).

Diante de todo o exposto, mediou-se um debate que durou alguns encontros do grupo, e, para organizar, arranjou as sugestões descritas no Quadro 1:

Quadro 1 - Mediação do debate realizado nos encontros

	Subgrupo 1	Subgrupo 2	Subgrupo 3	Subgrupo 4
Categoria Jurídica	X			
Previsão expressa na Constituição	X	X	X	X
Previsão implícita na Constituição	X	X	X	X
Ação positiva	X	X		
Ação negativa	X	X		
Possibilidade de sanção em caso de descumprimento	X	X	X	
Correlação com direitos fundamentais		X	X	
Concomitância ao surgimento de direitos fundamentais			X	
Preservação da ordem jurídica		X		
Tolerância		X		
Preservação de uma ordem social solidária		X		
Sacrifício trivial			X	
Solidariedade inerente			X	
Ambição de balancear direitos e deveres				X
Base na solidariedade e na dignidade humana				X
Surgimento como um marco de subjetividade na lei e de respeito à diferença				X
Reaproximação da lei com a moral				X
Raízes globais				X

Fonte: os autores.

Após debater todos esses pontos, bem como alguns outros que não eram centrais ao foco destinado neste texto, o grupo chegou a um conceito que inclui as características destacadas (embora adaptadas), e que se apresenta da seguinte forma: *dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.*

Este artigo, porém, visa não apenas apresentar o conceito, mas também expor algumas explicações necessárias a se evitar entendimentos equivocados relativamente a ele:

- a) A proporção na conduta imposta é importante para manter o respeito aos valores de um Estado Democrático de Direito, e a escolha de palavras - ao invés de trivial, conforme sugerido anteriormente, por exemplo - foi feita devido à delimitação jurídica do trabalho, uma vez que proporcionalidade é uma definição já existente na área e, portanto, carrega já consigo o conteúdo pretendido. Outras opções consideradas, mas depois rejeitadas, foram condutas balanceadas, condutas não exorbitantes, condutas não excessivas, ou apenas condutas.
- b) Mencionar a finalidade de promoção de direitos fundamentais não significa uma correlação necessária com um direito fundamental. Essa expressão significa, no entanto, que a justificativa para a caracterização de um dever como fundamental precisa ter seu fundamento final na promoção de direitos fundamentais.
- c) Juntamente com o número ii, é essencial não esquecer que colocar o dever fundamental como uma categoria jurídico-constitucional o leva a uma autonomia teórica relativamente aos direitos fundamentais, e isso deve sempre ser levado em consideração quando argumentar-se acerca de um dever fundamental específico.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tudo isso considerado, o artigo apresentou todo o processo envolvido na construção de um conceito de deveres fundamentais. Há uma grande importância em fazê-lo no direito, pois a Academia e a Jurisprudência necessitam de envidar maiores esforços relativamente a essa categoria, a qual sempre foi relegada a um segundo plano quando comparada à dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, Academia e Jurisprudência não têm como melhorar o quadro se a categoria e seu conceito não estão bem estabelecidos no âmbito jurídico.

Esses objetivos explicam satisfatoriamente a delimitação do tema e porque essa primeira abordagem do conceito não aprofunda em outras áreas do conhecimento, ainda que correlatas, tais como filosofia e sociologia, por exemplo, mesmo que todos os sujeitos envolvidos tenham plena consciência da importância de uma relação próxima com tais áreas nesta discussão.

O resultado vem, então, de uma metodologia dialógica, que implica um processo interativo, dinâmico, aberto e repetitivo, caracterizado por uma estratégia de construção adaptável e sujeita a alterações durante todo o processo. Além disso, tal processo viabi-

liza o surgimento de situações imprevisíveis, requerendo, portanto, pluralidade de amostras e ferramentas, assim como uma melhor compreensão dos resultados.

Todo o processo envolveu um grupo de diversos pesquisadores já inseridos nos meandros dessa complexa categoria que é o dever fundamental. Envolveu, também, a consideração e a tentativa de diálogo com toda a bibliografia disponível.

A pretensão, conforme se pode concluir, é sugerir uma (primeira) solução para o vácuo identificado nessa importante área do direito, sempre considerando que uma categoria tão relevante como o dever fundamental, dentro e fora do direito, necessita ser bem delimitado teoricamente a fim de ser debatido com seriedade.

REFERÊNCIAS

ABIKAIR FILHO, J.; FABRIZ, D. C. A teoria geral da prestação do dever fundamental, sob a ótica de Lévinas. *Derecho y Cambio Social*, n. 31, 2013.

ABREU, I. de S.; FABRIZ, D. C. O dever fundamental de proteção das matas ciliares e das nascentes com base no princípio da proibição do retrocesso: uma análise do Código Florestal brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, n. 32, 2013.

ADEODATO, J. M. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEGRE MARTÍNEZ, M. Á. Los deberes en la constitución española: esencialidad y problemática. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 23, 2009.

BAYÓN MOHINO, J. C. Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites (observaciones al artículo de Ernesto Garzón Valdés). *Doxa*, n. 3, 1986.

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

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DÍAZ REVORIO, F. J. Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, v. 5, n. 28, 2011.

DI COSIMO, G. Doveri di difesa della patria, servizio militare, servizio civile. *Archivio Pace Diritti Umani*, Padova, p. 55-66, 09 nov. 2011.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOMÍNGUEZ, A. G. El deber constitucional de votar. *Revista Jurídica*, n. 7, p. 73-75, 2003.

DURÁN ROJO, L. A. La noción del deber constitucional de contribuir. *Enfoque Constitucional*, p. 1-18, nov. 2007.

DURÁN ROJO, L. A. Los deberes de colaboración tributaria. *Enfoque constitucional*, p. 1-12, 2007.

DUTRA, D. J. V. Direitos, deveres não: o teor cognitivo da moral moderna. *Veritas*, v. 56, n. 3, 2011.

ESPÍNDOLA, R. S. *Conceito de princípios constitucionais*: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARO, J. P. Deveres como condição para a concretização de direitos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 79, 2012.

FARO, J. P. Deveres fundamentais e a Constituição brasileira. *Revista FIDES*, Natal, v. 1, n. 2, 2010.

FARO, J. P.; FABRIZ, D. C. Dos deveres fundamentais: notas preparatórias para uma survey - a questão taxonômica. In: BUSSINGUER, E. C. de A. (Org.). *Direitos fundamentais*: pesquisas. Curitiba: CRV, 2011.

FARO, J. P. Los deberes fundamentales y la constitución brasileña. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 24, 2011.

FARO, J. P. Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2009.

GARZÓN VALDÉS, E. Algunos comentarios críticos a las críticas de Juan Carlos Bayón y Francisco Laporta. *Doxa*, v. 3, 1986a.

GARZÓN VALDÉS, E. Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*, v. 3, 1986b.

GONÇALVES, L. C. S.; FABRIZ, D. C. A medida do binômio necessidade-possibilidade no dever fundamental dos descendentes de proverem os ascendentes. In: BUSSINGUER, E. C. de A. (Org.). *Direitos e deveres fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GONÇALVES, L. C. S.; PEDRA, A. S. Deveres fundamentais: a ressocialização enquanto dever do próprio apenado. In: BUSSINGUER, E. C. de A. (Org.). *Direitos fundamentais*: pesquisas. Curitiba: CRV, 2011.

GONZÁLEZ LAGIER, D.; RÓDENAS, Á. Los deberes positivos generales y el concepto de “causa”. *Doxa*, v. 30, 2007.

KOUBI, M. G. La déférence, un devoir sans droit? *Communications*, v. 69, p. 201-214, 2000.

LANCHESTER, F. Los deberes constitucionales en el derecho comparado. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, v. 7, n. 13, 2010.

- LAPORTA, F. J. Algunos problemas de los deberes positivos generales (observaciones a un artículo de Ernesto Garzón Valdés). *Doxa*, n. 3, 1986.
- MACHADO, Á. A. L.; PEDRA, A. S. A redução das alíquotas do IPI incidente na comercialização de veículos automotores: uma (in)justificável relativização do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos. In: BUSSINGUER, E. C. de A. (Org.). *Direitos e deveres fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- MARQUES, F. L.; FABRIZ, D. C. Breves considerações sobre deveres com sanção e deveres sem sanção no direito brasileiro. *Derecho y Cambio Social*, n. 31, 2013.
- MEYER-BISCH, P. *Les devoirs de l'homme: de la réciprocité dans les droits de l'homme*. Fribourg: Étidions Universitaires, 1989.
- NABAIS, J. C. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackenzie*, São Pauloano 3, n. 2, p. 11-30, 2002.
- NABAIS, J. C. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.
- NABAIS, J. C. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2007.
- PALOMBELLA, G. De los derechos y de su relación con los deberes y los fines. *Derechos y Libertades*, n. 17, 2007.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. Los deberes fundamentales. *Doxa*, n. 4, 1987.
- PEDRA, A. S. Los deberes fundamentales y la tutela efectiva de los derechos fundamentales. In: CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, 11., 2013, Tucumán. *Anais...* Tucumán, 2013.
- PEDRA, A. S.; PEDRA, A. S. Dever fundamental de pagar tributos, omissão legislativa inconstitucional e deslocamento provisório da competência legislativa. In: BUSSINGUER, E. C. de A. (Org.). *Direitos e deveres fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- ROCA, V. ¿De qué hablamos cuando hablamos de deberes jurídicos? (Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Nino del caso especial). *Doxa*, n. 25, 2002.
- RUBIO LLORENTE, F. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 21, n. 61, 2001.
- SILVA, H. F. da; FABRIZ, D. C. A família e o afeto: o dever fundamental dos pais em dar afeto aos filhos como mecanismo de proteção ao desenvolvimento da personalidade e concretização da dignidade humana. In: BUSSINGUER, E. C. de A. (Org.). *Direitos e deveres fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- SPESSIMILLI, N. N.; PEDRA, A. S. A alienação parental e o dever fundamental de proteção integral à criança e ao adolescente. In: BUSSINGUER, E. C. de A. (Org.). *Direitos e deveres fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

TAVARES, H. da C.; PEDRA, A. S. As obrigações tributárias acessórias e a proporcionalidade na sua instituição: uma análise a partir da teoria dos deveres fundamentais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 109, 2013.

TAVARES, H. da C.; PEDRA, A. S. Obrigações tributárias acessórias na perspectiva do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos: uma reflexão acerca dos critérios para sua instituição. In: ALLEMAND, L. C. S. (Coord.). *Direito tributário: questões atuais*. Brasília, DF: Conselho Federal da OAB, 2012.

VARELA DÍAZ, S. La idea de deber constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 4, 1982.

VERNENGO, R. J. Deberes prescriptivos y deberes descriptivos. *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid, p. 263-273, 1993.

VIEIRA, P. G. *O serviço militar compulsório para médicos: uma abordagem da teoria dos deveres fundamentais à luz da ética da alteridade*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2012.

VIEIRA, P. G.; PEDRA, A. S. A inelegibilidade do analfabeto e o dever fundamental à educação. In: SILVEIRA, V. (Org.). *Anais do XX Congresso Internacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

VIEIRA, P. G.; PEDRA, A. S. O dever fundamental do serviço militar para médicos. In: BUSSINGUER, E. C. de A. (Org.). *Direitos fundamentais: pesquisas*. Curitiba: CRV, 2011.

VIEIRA, P. G.; PEDRA, A. S. O rol de deveres fundamentais na Constituição como *numerus apertus*. *Derecho y Cambio Social*, n. 31, 2013.

QUEM É O CIDADÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA?

Priscila Tinelli Pinheiro*
Adriano Sant'Ana Pedra**

1 INTRODUÇÃO

A apropriação de termos oriundos da linguagem natural causa, ao Direito, os reflexos do fenômeno da “textura aberta da linguagem”, sendo um exemplo a imprecisão dos significados. Isso faz com que o processo de interpretação da norma jurídica seja fundamental para a sua aplicação ao caso concreto.

É neste diapasão que o termo “cidadão” ainda enfrenta dificuldades de ultrapassar o antigo conceito, o qual limita o exercício da cidadania aos direitos políticos, e adotar uma concepção moderna e extensiva, que baseia esse exercício em uma tríade de direitos, qual seja: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais.

Ainda é recorrente na doutrina brasileira a adoção do conceito restritivo de “cidadão”, porém é inegável que o termo cidadania passou e, ainda passa, por reformulações, uma vez que o seu protagonista - o cidadão - faz parte de uma sociedade que evolui constantemente. Isso implica dizer que o referido conceito não é estanque e deve, portanto, refletir a realidade social a qual se insere.

Desta feita - e partindo do pressuposto de que os temas que envolvem este trabalho são a linguagem natural, os direitos que constituem o exercício da cidadania e o conceito de cidadão adotado pela Constituição Federal de 1988 -, como forma de problematizar o presente estudo, será proposto um objetivo geral - que pode ser considerado como fio condutor e que se pretende, em última análise, examinar - qual seja: verificar quem é considerado cidadão perante a Constituição Federal de 1988.

Este é, portanto, o objetivo geral da pesquisa, a que se pretende contribuir com o debate. Noutro caminhar, como objetivos específicos pretende-se: primeiramente, verificar como se dá a apropriação dos termos originários da linguagem comum, pelo Direito, e as consequências advindas de tal situação; num segundo momento, analisar quais as possíveis dimensões assumidas pela cidadania e o porquê de se falar em uma cidadania multidimensional; e, finalmente, apontar o conceito ideal de cidadão por meio das aparições do termo no texto constitucional de 1988.

Assim, propõe-se o desenvolvimento do presente estudo através de uma pesquisa com fôlego teórico, vale dizer, partir-se-á do exame de referenciais teóricos que abordem os temas apresentados e do próprio texto constitucional de 1988, propondo-se um diálogo

* Mestranda em Direitos e Garantias Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória; Advogada; priscilatinelli@hotmail.com

** Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória; Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória; Procurador Federal; Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 779, Santa Luzia, 29056-295, Vitória, Espírito Santo, Brasil; adriano-pedra@ig.com.br

e uma contraposição de ideias, ampliando-se o debate, visando a construção dialética e provisória de um novo saber ou uma nova concepção do tema proposto, sem a pretensão de esgotá-lo.

2 LINGUAGEM NATURAL E A SUA “TEXTURA ABERTA”: OS ENTRAVES CAUSADOS NA LINGUAGEM JURÍDICA

A linguagem jurídica é formada tanto por expressões técnicas quanto por termos oriundos da linguagem natural, uma vez que a ciência do Direito não possui uma linguagem própria, como é o caso das ciências exatas, as quais se constituem por símbolos e por códigos específicos.

Salienta-se, desta forma, que a adoção de termos comuns pela linguagem jurídica tem como fundamentos o fato dela não possui uma linguagem própria e, além disso, o fato de que “[...] a função social do Direito estaria seriamente comprometida se as normas jurídicas fossem formuladas de maneira que apenas um pequeno grupo de iniciados pudesse compreendê-las” (PEDRA, 2012, p. 3), haja vista que a legislação é produzida pelo povo, por meio de seus representantes políticos, e para o povo, o destinatário das condutas prescritas pelo Direito.

Caso não fosse observada essa função social, a ciência do Direito se transformaria em algo ainda mais distante daquilo que é de possível compreensão pelo homem do povo - aquele que não possui formação jurídica -, o que já ocorre em decorrência da típica prática do “juridiquês”, a qual se caracteriza primordialmente pelo “[...] preciosismo empregado na linguagem jurídica e os problemas que rondam a construção textual na área do direito.” (ANDRADE, 2007, p. 351). Vale dizer, assim, que essa situação é, essencialmente, “[...] um desvio que contempla o uso descomedido de latinismo, de termos ou expressões arcaicas ou mesmo rebuscadas e de neologismos.” (ANDRADE, 2007, p. 351).

Pode-se dizer, então, que “[...] uma linguagem hermética e demasiadamente científica distancia - e pode até mesmo isolar - o direito do seu destinatário final, o povo e a sociedade como um todo” (MUKAI, 2008, p. 19), pois o tornará incompreensível para os que devem agir em conformidade com as condutas prescritas na lei. Desse modo, “[...] seria possível dizer que a compreensão da norma pelo seu destinatário é imprescindível para que este, de forma consciente, tome a decisão de cumprimento ou descumprimento desta” (MUKAI, 2008, p. 21), ou seja, a compreensão do texto normativo, pelo povo, permite o conhecimento dos seus respectivos direitos e deveres.

Faz-se imprescindível, então, que a construção das normas jurídicas ocorra de forma clara e simples para que atinja a sua finalidade: compreensão pela população. Tendo em vista que o próprio povo assume o papel de destinatário final das normas jurídicas, é razoável que ele tenha, ao menos, a possibilidade de compreender o que lhe é permitido e, por conseguinte, o que lhe é defeso.

Contudo, o uso de expressões típicas da linguagem comum, não isenta a jurídica de eventuais problemas de interpretação, uma vez que eles também são característicos desse tipo de linguagem. Pode-se dizer, assim, que a linguagem jurídica é dotada de problemas como vagueza e ambiguidade, porque ela advém da linguagem natural.

Cumprir destacar que um termo é considerado vago quando “[...] não existe uma regra definida quanto a sua aplicação, [...] devendo aos usuários decidir pragmaticamente se incluem ou não determinadas situações, objetos ou subclasses de termos dentro da denotação.” (WARAT, 1995, p. 76). O exemplo utilizado pelo autor a fim de ilustrar esta situação é a expressão “calvo”, pois se trata de um termo extremamente impreciso, já que não existe um padrão que defina quando a pessoa é caracterizada como calva, assim, a vagueza é identificada por termos que, com o tempo e o espaço, sofrem alterações de sentido (WARAT, 1995, p. 77).

Em consonância com as considerações acerca da vagueza dos termos advindos da linguagem natural, Manuel Atienza destaca que há dificuldade de se eliminar esse problema dos nossos conceitos, principalmente quando eles provêm da linguagem natural e não de “[...] uma linguagem artificial construída com o propósito de eliminar, no possível, a vagueza e as imprecisões em geral - linguagem científica.” (ATIENZA, 2010 apud PEDRA, 2012, p. 5).

Por outro lado, a ambiguidade é evidenciada no caso em que “[...] um termo possui mais de um conjunto de propriedades designativas, isto é, um mesmo rótulo ou significante veicula propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos claramente diferenciáveis.” (WARAT, 1995, p. 78). A título de exemplo, o autor cita a palavra “manga”, a qual pode ser classificada como ambígua por apresentar duplo significado: fruta ou parte do vestuário.

No que tange à esfera jurídica, elegemos o exemplo da expressão “cidadão” - objeto deste estudo -, que é um termo presente no senso comum, mas que foi apropriado pelo Direito. Trata-se de uma palavra que acarreta profundas incertezas significativas, pois a apropriação pela ciência jurídica conferiu-lhe significado diverso daquele típico da linguagem natural, o que será analisado com mais profundidade nos próximos tópicos.

Acerca dos problemas típicos da linguagem natural que acabam por afetar também a linguagem jurídica, Larenz (1997, p. 284) destaca que:

[...] a necessidade de interpretação não é um defeito que pudesse remediar-se em definitivo mediante uma redação tão precisa quanto possível, mas continuará a subsistir enquanto todas as leis, sentenças jurídicas, resoluções e os próprios contratos não vierem a ser redigidos exclusivamente numa linguagem codificada, simbolizada.

Com base nas considerações feitas acerca das imprecisões contidas na linguagem jurídica, é possível afirmar que elas somente poderão ser sanadas a partir do exercício de interpretação adequada da norma ao caso concreto, visto que o legislador não tem condições de prever todas as possíveis significações que determinado termo pode assumir, em virtude da constante evolução da sociedade, o que permite o surgimento de novas situações que, por sua vez, exigem novas interpretações legislativas.

O texto jurídico é, nesse sentido, um texto essencialmente aberto, o que significa que sua construção e reconstrução ocorre por etapas, visto que ele “[...] regenera-se mediante decisões diárias, que se incorporam em novas leis, em novas normas de vários tipos, em novas sentenças judiciais etc.” (ROBLES, 2005, p. 29).

Nesse diapasão, “[...] se, por um lado, as incertezas significativas da linguagem jurídica dificultam sobremaneira a tarefa do intérprete, por outro, permitem a evolução da norma jurídica sem a alteração das palavras do texto normativo” (PEDRA, 2012, p. 9), o que pode ser considerado, com a devida medida, um ponto positivo para a legislação, já que possibilita que o Direito acompanhe os avanços sofridos pela sociedade.

Acerca disso, Mukai (2008, p. 21) aduz que “[...] de fato não existe norma jurídica senão norma jurídica interpretada” e “[...] a função da interpretação seria a de dar vida à norma, aclarar-lhe o sentido e, sobretudo, permitir-lhe a aplicação.”

Tal situação configura - como já mencionado - uma consequência positiva para o Direito, pois, por se tratar de uma ciência destinada à regulamentação dos conflitos sociais, é imprescindível que suas normas acompanhem a evolução sofrida pela sociedade. Contudo, isso não é o que muitas vezes ocorre, já que muitas normas encontram-se ultrapassadas. Por isso, surge a necessidade de que o ato de interpretar esteja em conformidade com a realidade da sociedade, visto que o Direito não pode estar em dissonância com aquilo que ele próprio tem a função de regulamentar.

Em contrapartida, destaca-se que a tarefa de interpretação confere tamanho poder ao intérprete que a principal consequência dessa situação é a discricionariedade - uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos (GRAU, 1982, p. 225) -, uma vez que

[...] o poder discricionário [...] deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um novo caso, por causa das semelhanças que podem razoavelmente ser consideradas, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas.

Surgem, com isso, as “flutuações doutrinárias”, as quais, segundo Robles (2005, p. 8), advêm das variações interpretativas do texto jurídico bruto e permitem o aparecimento de “[...] zonas do sistema mais ou menos claras ou mais ou menos difusas, e até mesmo algumas sobre as quais não se pode obter um mínimo consenso.”

Acerca disso, Hart (2001, p. 155) conclui que “[...] o direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é”, porque, em virtude da utilização de termos gerais - responsáveis pelas imprecisões ocasionadas nas normas jurídicas - cabe exclusivamente ao Poder Judiciário fazer a correspondente interpretação da legislação e adequação ao caso concreto.

Nessa perspectiva, Akamine Júnior (2005, p. 93) traz a concepção de “espaços hermenêuticos”, os quais, de acordo com o autor, decorrem do anseio por parte da sociedade em obter soluções. Fato este que:

[...] exige progressivamente mais e mais do legislador, em tempos cada vez menores; por isso, não é difícil entender os motivos da atual “inflação legislativa”, que se verifica no Brasil e em outros países. Desse modo, a crescente especialização do direito, que [...] distancia-o da sociedade, é sentida de forma mais gritante na própria linguagem jurídica. Pululam novos termos técnicos que referenciam figuras

que vão sendo inseridas no sistema, e com isso, mais “espaços hermenêuticos” são criados, ou seja, a capacidade construtiva/interpretativa do profissional tem de se aguçar de tal maneira que consiga abarcar os novos mecanismos complexos criados diariamente.

Essa situação pode ser ilustrada por diversas palavras, como a palavra “multa”, a qual não contém um correspondente físico e, para que seja compreendido o seu significado, é necessária a análise do caso concreto, como uma infração de trânsito que tenha por consequência a arbitragem de uma multa. Ao passo que existem palavras que não prescindem da análise de uma situação concreta para que haja a sua compreensão, como é o caso da palavra “cavalo”, que possui um correspondente físico, qual seja, o animal (AKAMINE JÚNIOR, 2005, p. 93).

Outro exemplo é o termo jurídico “cidadania”, o qual carece de um correspondente físico e, por isso, é dotado de certa abstração. Do mesmo modo que a palavra “multa”, trazida como exemplo pelo autor, o aludido termo somente poderá assumir um significado quando analisado em uma situação concreta, posto que é possível identificar o exercício da cidadania, porém traçar o seu conceito é uma tarefa árdua, a qual tentaremos efetuar nos próximos tópicos por meio daquilo que se extrai do texto constitucional.

Vale destacar, sobre isso, que as regras gerais de interpretação não são capazes de extinguir todas as imprecisões da linguagem, mas amenizá-las, haja vista que as próprias regras utilizam-se de termos gerais, os quais também precisam ser interpretados (HART, 2001, p. 139). A essa situação, denomina-se “textura aberta da linguagem”, expressão desenvolvida por Friedrich Waismann, mas adaptada ao Direito por Hart. Assim,

[...] a noção de textura aberta da linguagem mostra como as palavras que preferimos às vezes descrevem com exatidão ou alcançam de forma exata aquilo que está no mundo, enquanto outras vezes existe imprecisão e dúvida sobre aquilo que as nossas palavras pretendem descrever. (STRUCHINER, 2002, p. 6).

No que tange à adequação da “textura aberta da linguagem” à ciência do Direito, Hart afirma que:

[...] há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 2001, p. 148).

Extrai-se, dessa forma, que a “[...] textura aberta da linguagem” traz vantagens não somente para a ciência do Direito, mas também para a própria comunicação, visto que engloba, ao mesmo tempo, “[...] a necessidade de certeza e a necessidade de deixar certas questões em aberto para serem apreciadas no tempo adequado.” (STRUCHINER, 2002, p. 122).

Portanto, a partir das considerações acerca da linguagem, aduz-se que o enquadramento do fato concreto à norma jurídica fica a cargo dos intérpretes, pois é impossível, ao se criar uma legislação, prever todas as situações que poderão surgir no futuro e que se encaixarão naquela determinada regra jurídica. Isso decorre, como já mencionado, da

constante evolução sofrida pela sociedade ao longo dos anos e a correspondente função, que cabe ao Direito, de acompanhar essa mutação por meio da criação de uma legislação mais contemporânea e adequada aos novos conflitos sociais.

3 A CIDADANIA E SUAS DIMENSÕES

Ao se propor a análise do termo “cidadania” a partir de suas dimensões, pode-se questionar o porquê de se falar em uma multidimensionalidade deste instituto. Para responder a esse questionamento, serão utilizados os ensinamentos de Ricardo Lobo Torres, o qual apresenta as possíveis dimensões assumidas pelo termo em análise, mas, antes disso, o autor realiza uma breve construção da origem do conceito de cidadania, bem como a sua evolução até a contemporaneidade quando surge, então, a concepção de uma cidadania multidimensional.

O termo cidadania surgiu na antiguidade clássica e, naquela época, falar-se em cidadania era estabelecer a ligação entre o cidadão - homem livre - e a cidade, ao mesmo tempo em que eram conferidos direitos e atribuídas obrigações, sempre com vistas a conduzir um comportamento, por parte do indivíduo, que valorizasse a pátria e tomasse conhecimento das virtudes que advinham de tal situação.

Dessa forma, o conceito de cidadania era bastante restritivo, já que nem todos os habitantes da cidade eram classificados como cidadãos, sendo necessário, portanto, o preenchimento de outros requisitos. Em Atenas, por exemplo, somente eram considerados detentores da cidadania “[...] os homens adultos (com mais de 18 anos de idade) nascidos de pai e mãe atenienses.” (SEGALLA, 2004, p. 66). Nesse caso, então, o critério acrescentado ao conceito, o qual permite a atribuição do *status* de cidadão, é a nacionalidade.

Por conseguinte, o fato de ser considerado um cidadão ateniense conferia direitos, tais como: “[...] liberdade individual, igualdade com relação aos outros cidadãos perante a lei e direito de falar na Assembleia.” (SEGALLA, 2004, p. 66). Essa situação reforça o que foi dito anteriormente no sentido de que a condição de cidadão implica a conferência de direitos e os seus respectivos deveres por parte daquele do indivíduo considerado como tal. Ressalta-se que, apesar de serem conferidos direitos, naquela sociedade, eles ainda eram bastante simplórios, mas, em virtude da evolução da sociedade, foram modificados.

Na Roma antiga, havia a distinção entre a *cidadania* e a *cidadania ativa* no que tange à participação política e à administrativa dos romanos. Assim, somente “[...] os cidadãos ativos tinham o direito de participar das atividades políticas e de ocupar os mais altos postos da administração pública.” (CABRAL, 2005, p. 20). Logo, o fato de ser classificado como cidadão, nessa sociedade, não era suficiente para que o indivíduo pudesse usufruir de todos os direitos atinentes a tal *status*, pois ele ainda deveria ser considerado um cidadão ativo.

A concepção de cidadania teve um momento importante em sua reformulação com a Revolução Inglesa, no século XVII, pois se tratou de

[...] um momento no qual o poder estatal passou às mãos de uma nova classe social, abrindo o caminho para o livre desenvolvimento do modo de produção capitalista. Assim, o significado dos direitos de cidadania, no âmbito restrito do pen-

samento liberal, implica discutir o seu valor universal para a totalidade dos seres humanos e suas limitações históricas de classe. Com o desenvolvimento histórico, a luta particular de uma classe social transformou-se em conquista universal, pois ao lutar pela realização da sua “vontade particular”, uma classe social realizou a efetivação de uma “vontade geral”. (CABRAL, 2005, p. 27).

Nota-se que a sociedade inglesa passou por grande revolução em sua estrutura e isso acarretou o surgimento da universalidade dos direitos de cidadania, ou seja, a cidadania, a qual em um período anterior era restrita aos indivíduos, que preenchem determinados requisitos, nesse momento, passou a ser estendida para os demais habitantes da cidade, o que ultrapassa a ideia de cidadania limitada a classes sociais.

Contudo, somente a partir da Revolução Francesa, no século XVIII, é que os direitos de cidadania sofreram um processo de extensão e passaram a englobar também “[...] os direitos fundamentais do homem, entendidos como direitos da liberdade suscetíveis de concretização na cidade e no Estado, e os direitos vinculados a ideia de igualdade e justiça.” (TORRES, 2009, p. 42).

A partir daí o termo “cidadania” sofreu constantes reformulações até chegar a sua concepção atual, pois, na sua origem, os direitos típicos de um cidadão limitavam-se aos direitos civis, como a liberdade de ir e vir. Em um momento posterior, houve a inclusão dos direitos políticos, ou seja, permitia-se agora a participação dos cidadãos nas atividades decisórias do governo. E, por fim, passou a fazer parte do conceito os direitos sociais, além da ideia de expansão a todos aqueles que fazem parte do Estado, ou seja, inclui-se a chamada universalidade (MENDES, 2007, p. 65).

Em consonância com essa ideia de incorporação de direitos ao conceito de cidadania, Abreu (2009, p. 11) aponta o que seria, de modo específico, cada um dos direitos supramencionados, conforme se depreende da seguinte passagem:

[...] a cidadania pode ser desdobrada em direitos políticos, civis e sociais. Os direitos políticos referem-se à participação do cidadão no governo da sociedade. Suas instituições principais são os partidos e um parlamento livre e representativo. Na dimensão política da cidadania estão incluídos os direitos de votar, de ser votado e de participar da vida política. A dimensão civil da cidadania inclui, por sua vez, o direito à vida, à propriedade, à liberdade de pensamento, de crença e de expressão, e à justiça. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, todos os filhos biológicos ou adotivos são iguais, e não se tolera o racismo. Na dimensão social e econômica da cidadania estão incluídos, entre outros, os direitos de proteção ao trabalho, de proteção contra o desemprego, através do “seguro desemprego”, e de defesa do salário do trabalhador. São garantidos limites para a duração do trabalho e o direito ao repouso, a proteção da gestante, o direito à aposentadoria, a liberdade de associação profissional e sindical, o direito de greve e o direito à educação.

E é justamente com base na incorporação desses novos direitos ao conceito de cidadania que Torres (2009) constrói o raciocínio, o qual envolve as dimensões da cidadania. Para o autor, é possível falar-se em uma cidadania multidimensional, ou seja, aquela que engloba a constitucional, a internacional e a cosmopolita - termos que serão trabalhados

em um segundo momento - em decorrência da “[...] visão holista dos direitos humanos, segundo a qual se integram as suas dimensões nacionais, internacionais e cosmopolitas.”

A análise do autor, acerca dessa “visão holista dos direitos humanos”, inicia-se com base no fato de que

[...] hoje os direitos humanos, na esfera internacional, se positivam nas declarações de direitos da ONU, da OEA etc. Por conseguinte, além da dimensão local e nacional, ganham a mundial, o que coloca novas dificuldades para o exame da sua região limítrofe com os direitos sociais e econômicos. Também aqui o conceito de cidadania, por mais abrangente, é que pode agasalhar todas as dimensões espaciais e temporais dos direitos. (TORRES, 2009, p. 41).

Ultrapassado esse primeiro estudo acerca da origem da concepção do termo “cidadania” e da ideia da sua multidimensionalidade, caminhamos para a apresentação de quais seriam essas dimensões, o que cada uma delas compreende e, por conseguinte, acrescenta ao conceito.

A primeira dimensão trabalhada pelo autor é a *temporal*, a qual é reflexo do que foi mencionado anteriormente acerca da incorporação de direitos ao conceito de cidadania no decorrer da história. Sobre essa dimensão, Torres (2009, p. 49-50) destaca que

[...] o conceito hodierno de cidadania, do ponto de vista de sua dimensão temporal, compreende os direitos fundamentais, os políticos, os sociais e econômicos e os difusos, em constante tensão com as ideias de liberdade, de justiça política e social e econômica, de igualdade de chances e de resultados, e de solidariedade, a que se vinculam.

Nesse sentido, somente é possível se falar em dimensão temporal da cidadania pela afirmação e a consequente concretização dos direitos humanos, porque

[...] a história da cidadania confunde-se com a história dos direitos humanos e das lutas para a afirmação de valores éticos como a igualdade, a liberdade, a dignidade de todos os seres sem exceção, a proteção legal dos direitos, da democracia e da justiça. (CABRAL, 2005, p. 34).

Por isso que a Revolução Francesa foi tão importante para a evolução do conceito da cidadania, uma vez que liberdade, igualdade e fraternidade - lema da revolução - simbolizam a essência do cidadão da sociedade moderna, visto que, nos dias atuais, não se admite mais que o conceito de cidadão seja excludente, como aquele típico da antiguidade.

Outra dimensão da termo cidadania é a *espacial*, a qual desdobra-se nos seguintes aspectos: local, nacional, cosmopolita, comunitária (ou europeia) e virtual. No que tange ao aspecto espacial, a cidadania passa a ser considerada a partir do espaço geográfico em que o indivíduo se encontra, ou seja, cada um dos desdobramentos apresentados pela dimensão espacial confere um determinado direito e dever para o cidadão.

Acerca da dimensão espacial assumida pela cidadania, Cabral (2005, p. 34-35) aduz que:

[...] a passagem do indivíduo a cidadão caracteriza-se pelo reconhecimento pela lei de direitos considerados fundamentais à realização da vida do homem como indivíduo e ser social, membro de uma comunidade política e a garantia desses direitos pela força comum de todos. Observe-se que o número e a extensão dos direitos considerados fundamentais variaram, historicamente, de um país para outro e a conquista desses direitos foi fruto de muitas lutas sociais.

Com base na cidadania local, é possível vislumbrar um cidadão que estabeleceu um elo não só com a sua pátria, mas também com a cidade a que pertence. Assim, Torres (2009, p. 52) salienta que “[...] não se é apenas cidadão brasileiro; também se é cidadão carioca, paulistano ou brasiliense.”

O exercício da cidadania local, na realidade brasileira, torna-se difícil de ser efetivado, pelo fato de que “[...] no Brasil os municípios, embora sejam considerados desde 1988 como entes da Federação, não possuem Poder Judiciário, o que enfraquece a cidadania estritamente local e exige o seu exercício no plano estadual.” (TORRES, 2009, p. 52).

Depois da cidadania local, surge a sua dimensão nacional, a qual se evidencia pelo laço estabelecido entre o cidadão e o seu respectivo Estado, ou seja, a origem da cidadania nacional ocorre no âmbito da nação. A partir dessa dimensão, Mendes elabora o seguinte conceito para o termo cidadania:

[...] a cidadania pode ser conceituada como o mínimo jurídico, composto de direitos e deveres, comum a todos os que estão vinculados politicamente a determinado Estado. Em outras palavras, cidadania é um conjunto de direitos e deveres atribuído a todos os que estão ligados a um determinado Estado por um critério de vinculação política, em razão deste mesmo vínculo, que é a nacionalidade. (MENDES, 2007, p. 61-80).

Com relação à cidadania cosmopolita, que é uma concepção ainda incipiente, quando comparada às dimensões já mencionadas, pode-se dizer que ela está voltada especificamente para o mundo, ou seja, o cidadão não pertence a um Estado em particular, mas sim ao mundo como um todo.

Dessa forma, “[...] o direito internacional público deixa de ser o conjunto de normas e princípios que regulam as relações entre as nações para adquirir o contorno de um ‘direito internacional dos direitos humanos’ que garante *status* específico aos cidadãos de diversos países.” (TORRES, 2009, p. 53). Insta destacar, sobretudo, que “[...] a cidadania cosmopolita [...] abrange e fortalece assim os direitos fundamentais mais que os sociais, os econômicos e os difusos. Mas é no campo dos direitos políticos que a cidadania cosmopolita se destaca.” (TORRES, 2009, p. 54).

Ainda sobre a cidadania cosmopolita, cumpre destacar a sua aproximação com o conceito de cidadania jurídica ou legal, a qual não limita mais a cidadania ao espaço da cidade ou do Estado, mas a estende para os espaços internacional e supranacional (TORRES, 2009, p. 45). Ressalta-se que, apesar de se tratar de um conceito jurídico, isso não significa que esteja adstrito à lei, pois a cidadania nos remete a algo muito maior do que o estabelecido na legislação.

Outro viés da dimensão espacial é a cidadania comunitária (ou europeia), a qual é dirigida ao cidadão europeu e “[...] envolve a questão dos direitos fundamentais, ecológicos e sociais, dela exurgem algumas definições importantes na fixação dos diversos pontos ligados aos direitos básicos, mormente no tema da não-discriminação.” (TORRES, 2009, p. 54).

O quinto e último viés da dimensão espacial consiste na cidadania virtual, a qual compreende as atividades realizadas no âmbito do “cyberspace”. Sobre isso, Torres evidencia que “[...] a cidadania virtual afirma e consolida os direitos da liberdade” (TORRES, 2009, p. 54), na medida em que todos os usuários desse espaço são iguais no que tange à regulamentação de suas atividades, ou seja, independe da posição política assumida, pois a regulamentação recairá sobre todos de forma igualitária (TORRES, 2009, p. 55).

Nesse ponto, observa-se a garantia de um direito que não é político, por meio do conceito de cidadania, o que reforça a ideia de incorporação de direitos ao termo, que foi dito em um momento anterior.

A quarta dimensão da cidadania é a *bilateral*, que considera, além dos direitos advindos do *status* de cidadão, também os correspondentes deveres. Assim, a cidadania, no seu aspecto bilateral, pressupõe uma relação entre direitos e deveres por parte do cidadão para com o seu Estado. Sobre esses deveres impostos pela cidadania, Abreu destaca os seguintes:

[...] dever de participar da vida coletiva no sindicato, no partido político, no bairro, nas diversas associações, nos níveis municipal, estadual ou nacional; dever de solidariedade; dever de contribuir para o progresso da cidade, do Estado, do país, de ajudar na superação dos problemas sociais, cada um na medida de suas possibilidades; dever de respeitar as leis; dever de pagar impostos; dever de prestar o serviço civil ou serviço militar; dever de lutar para a construção de um país e de um mundo fundados na cooperação, na boa vizinhança, nos valores da justiça e da paz. (ABREU, 2005, p. 11-12).

Por último, tem-se a dimensão *processual*, que compreende o processo jurídico como “[...] um momento de afirmação perante o Estado, dos direitos dos que a ele pertencem.” (TORRES, 2009, p. 56). Dessa forma, o processo torna-se um instrumento, utilizado pelo cidadão, para garantir, perante o Estado, aquilo que lhe foi conferido em virtude de tal *status*.

Após a apresentação de todas as dimensões que a cidadania pode assumir, é possível inferir o caráter evolutivo da sua concepção, tendo em vista as modificações sofridas ao longo da história, as quais advêm de conquistas “[...] sociais, resultantes das pressões exercidas pelos excluídos dos direitos e garantias e também em razão de mudanças dos modelos econômicos, sociais e políticos.” (CABRAL, 2005, p. 38).

Isso implica considerar que, apesar das conquistas supracitadas e a correspondente evolução da concepção de cidadania, ainda temos um caminho longo a percorrer, pois não é suficiente que o termo cidadania compreenda direitos políticos, sociais e civis, se os mesmos, em contra partida, não forem concretizados pelo Estado que os garante.

Assim, é preciso analisar o que o Estado, por meio de sua Constituição, faz de forma concreta para garantir a plenitude da cidadania, se é que essa situação é possível de um dia

ser alcançada. Para tanto, passa-se ao estudo do tratamento conferido ao conceito de cidadão pela Constituição brasileira de 1988 - a “Constituição Cidadã”. (ABREU, 2009, p. 11).¹

4 TRATAMENTO CONFERIDO PELA CF/88 AO CONCEITO DE “CIDADÃO”

Quando se trabalhou a questão da linguagem no início deste trabalho, foi mencionado que o Direito não possui uma linguagem própria e, por esse motivo, apropriou-se de termos da linguagem natural. Dito isso, passa-se agora para a análise de um desses termos típicos da linguagem natural, que foi incorporado pela linguagem jurídica, qual seja: “cidadão”. Cumpre ressaltar que a referida análise tomará como base a utilização do vocábulo no texto da Constituição Federal de 1988.

No senso comum, a palavra cidadão possui o seguinte significado:

1. habitante da cidade 2. indivíduo que, como membro de um Estado, usufrui de direitos civis e políticos por este garantidos e desempenha os deveres que, nesta condição, lhe são atribuídos 3. *infrm.* qualquer indivíduo; sujeito c. do mundo ou do universo pessoa que coloca suas obrigações para com a humanidade acima dos interesses de seu país [...] (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 463, grifo do autor).

Tomando por base o significado contido no dicionário da língua portuguesa, pode-se inferir que o primeiro conceito - habitante da cidade - é um conceito bastante restritivo, típico da antiguidade clássica, em que o cidadão era aquele indivíduo que estabelecia um vínculo com a cidade e, dessa situação, advinha a sua condição de cidadão.

Ao passo que o segundo significado apresentado pelo dicionário aproxima-se da cidadania com a qual se está trabalhando, que é a jurídica. Nota-se, então, que nesse segundo conceito, o cidadão já não é considerado como tal pela simples ligação que estabelece com o seu Estado. Em contrapartida, considera-se a atribuição dos direitos civis e políticos e os correspondentes deveres ao cidadão como forma de conceituar o termo, situação essa que retrata bastante a incorporação de direitos ao conceito ao longo da história.

Nesse sentido, convém apresentar as ocorrências da palavra “cidadão” na Carta Magna de 1988 e, assim, verificar se, ao ser incorporado pelo Direito, o referido termo manteve o seu significado ou passou a ter significado diverso. Senão vejamos:

Art. 5º LXXIII - qualquer *cidadão* é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] § 2º - Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: [...] V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou *cidadão*;

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer mem-

¹ Denominação atribuída à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pelo então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, em virtude dos avanços sociais promovidos por ela e, ademais, “[...] por ser a mais liberal e democrática que o país já teve”

bro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos *cidadãos*, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

Art. 74. [...] § 2º - Qualquer *cidadão*, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam: [...] VII - seis *cidadãos* brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: [...] II - justiça de paz, remunerada, composta de *cidadãos* eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre *cidadãos* com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [...] XIII - dois *cidadãos*, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: [...] VI - dois *cidadãos* de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

Art. 131. [...] § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre *cidadãos* maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

ADCT: Art. 8º. [...] § 3º - Aos *cidadãos* que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

ADCT: Art. 64. A Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada *cidadão* brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Ao analisar as doze vezes em que o vocábulo “cidadão” aparece no texto constitucional de 1988, nota-se que em nenhuma delas foi estabelecido o que confere ao brasileiro o *status* de cidadão. Contudo, pode-se observar a garantia de diversos direitos, por meio da legislação constitucional, que vão desde os direitos civis, passando pelos sociais, até os políticos, o que difere o tratamento constitucional daquele despendido pela linguagem natural - que restringe a cidadania aos direitos políticos e civis.

Em alguns dos exemplos transcritos, há a demonstração do exercício da cidadania, como no artigo 5º, inciso LXIII, em que é conferido ao cidadão brasileiro o direito de apresentar ação popular. Sobre tal direito, Pedra (2011. p. 506) salienta que:

[...] a lei nº 4.717/1965 regulamenta esta norma constitucional e estabelece que “a prova da cidadania, para demandar, se fará com o título de eleitor ou com o documento que lhe corresponde” (artigo 1º, § 3º). No contexto deste requisito legal, grande parte da doutrina e da jurisprudência são ainda muito amarradas a uma visão restritiva do cidadão, e têm dificuldades para a construção de uma interpretação aberta as mudanças experimentadas pela democracia brasileira. Este ponto de vista necessita ser superado porque o conteúdo da cidadania, no âmbito constitucional, é mais amplo que a mera condição de ser alistado eleitoralmente.

Nesse sentido, é evidente a tentativa, por parte da legislação infraconstitucional, de restringir o exercício da cidadania aos direitos políticos. Porém, “[...] considerar cidadão somente o eleitor desvincula a prestação jurisdicional e a eficiência das políticas públicas sociais dos deveres do Estado decorrentes da cidadania brasileira” (MENDES, 2007, p. 68), pois os direitos políticos representam apenas um dos componentes da cidadania. Dessa forma, resumir o seu exercício a tais direitos não nos parece plausível, tendo em vista os próprios objetivos democráticos percorridos pela Carta Magna de 1988.

Ademais, o próprio artigo 14 da CRFB/88, o qual se destina ao tratamento dos direitos políticos, não vincula essa espécie de direitos ao exercício da cidadania, mas é clara ao dispor que, por meio do voto direito e secreto e do sufrágio universal, a soberania popular será exercida.

Caso não fosse assim, aqueles que estão excluídos da participação política, como o estrangeiro e o condenado criminalmente, não seriam, por conseguinte, considerados cidadãos, o que seria ferir, em demasia, o fundamento do Estado Democrático do Direito consolidado pelo artigo 1º, II da CRFB/88 - a cidadania - e os próprios direitos humanos.

Acerca dessa temática, vale mencionar que, apesar de o artigo 95 da Lei 6.815 de 1980 (Estatuto do Estrangeiro) garantir ao estrangeiro residente no Brasil o gozo de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, tal situação não é efetivada de forma plena, uma vez que os direitos políticos, por exemplo, não lhes são garantidos.

Tal situação é criticada pela doutrina sob o argumento de que “[...] as decisões a nível municipal têm uma influência direta sobre as condições de vida dos imigrantes, e em consequência, a representação de seus interesses em nível local deveria ser estabelecida.” (MACÍAS, 2009, p. 17). Assim, em certa medida, os direitos políticos deveriam ser estendidos também para os estrangeiros, tendo em vista que eles são atingidos pelas decisões políticas e, além disso, possuem deveres perante o Estado.

Nessa perspectiva, pode-se citar o caso do condenado criminalmente, o qual, nos termos do inciso IV do artigo 15 da CRFB/88, encontra-se com os seus direitos políticos suspensos enquanto durarem os efeitos do trânsito em julgado de sua condenação criminal. Dessa forma, se for aplicado o conceito restritivo de cidadania, coadunado por boa parte da doutrina brasileira, haverá a exclusão desse indivíduo do conceito de cidadão, visto que ele não se encontra no gozo efetivo de seus direitos políticos e a cidadania, para esses autores, resume-se a tais direitos.

Sem embargo, vale evidenciar que a adoção de um conceito mais amplo de “cidadão” não impede a existência de restrições para o exercício de certos direitos, obedecida a proporcionalidade, em razão v.g. da indignidade deste cidadão.

A Constituição Federal de 1988, considerada a mais democrática de todas as constituições, apesar de fazer restrições concernentes ao exercício dos direitos políticos, essa situação não se reflete, em momento algum, no conceito de cidadania, uma vez que

[...] a Constituição estabelece uma cidadania plena, valoriza os participantes da vida do Estado e reconhece o indivíduo como um ser integrado na sociedade onde vive. A cidadania é a participação efetiva no destino do Estado e da própria sociedade, o que permite que o povo decida sobre seu próprio destino. (PEDRA, 2011, p. 506).

À luz da amplitude alcançada pelo novo conceito de cidadão e a ideia de cidadania plena, Cabral (2005, p. 37-38) destaca que, na sociedade moderna, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, “[...] os direitos de cidadania passam a ser vistos não apenas como direitos constitucionais, mas como efetivo gozo desses direitos e não mais se restringindo à declaração escrita.” O que a autora pretende reforçar, a partir dessa afirmação, é a necessidade de concretização dos direitos previstos constitucionalmente, com vistas à garantia da cidadania plena ao brasileiro, o que, convém ressaltar, constitui verdadeira dificuldade enfrentada pelo Estado.

Para a autora, então,

[...] a cidadania [...] adquire [...] com a Constituição Federal de 1988 um novo sentido, qual seja, o pressuposto do exercício pleno de um sistema de direitos e garantias, cabendo à sociedade conscientizar-se da importância de seu papel nesse processo. (CABRAL, 2005, p. 38-39).

Desse modo, o cidadão somente terá a efetivação do seu *status* mediante o exercício de sua função no processo de democratização do Estado, o qual deve ocorrer por meio dos direitos políticos, sociais e civis.

Esta tríade de direitos - civis, políticos e sociais - compõe a cidadania plena. Daí advém a necessidade de abandonar o conceito, já ultrapassado, de cidadão que o relaciona tão somente com o exercício dos direitos políticos. Considerar que o cidadão é apenas o atuante nas decisões políticas do seu Estado é o mesmo que deixar à margem da cidadania a maior parte da população brasileira, já que a Carta Magna de 1988 traz em seu bojo diversas regras excludentes acerca do alistamento eleitoral, capacidade eleitoral ativa e passiva.

Em consonância com os pressupostos de um conceito menos excludente de cidadania, Mendes (2007, p. 66) constrói o seguinte raciocínio acerca de um novo conceito de cidadão:

[...] a cidadania que é fundamento da República Federativa do Brasil é, portanto, um conjunto de direitos e deveres subjetivos públicos que, pelo princípio da igualdade jurídica universal - traduzido pela fórmula “todos são iguais perante a lei” -, será atribuído a todos os nacionais, ou seja, todos os brasileiros são cidadãos. Este mínimo jurídico comum a todos é, atualmente, composto de três espécies de

direitos: os civis, os políticos e os sociais, como preceituram os arts. 5º, 6º e 12º da Constituição da República de 1988.

Para a autora, portanto, nenhum brasileiro estaria fora do conceito de cidadão, tendo como principal pressuposto o seu vínculo com o Estado e, além disso, o fato de ser o próprio povo brasileiro o destinatário das prestações estatais com os correspondentes deveres.

Pode-se inferir, portanto, que o conceito excludente de cidadania, ainda adotado por boa parte da doutrina brasileira, não atende mais aos princípios do Estado Democrático de Direito, bem como aos preceitos da Constituição Federal de 1988, visto que os anseios da população e os deveres constitucionais atribuídos aos brasileiros vão muito além de uma mera participação política nas decisões estatais.

5 CONCLUSÃO

O contexto em que a Constituição Federal de 1988 foi criada reflete um processo de profundas mudanças sociais e políticas na sociedade moderna e, principalmente, na brasileira. Trata-se de um momento de concretização de direitos humanos e daí falar-se em multidimensionalidade da cidadania, além da instalação de instrumentos democráticos em nossa sociedade.

Partindo do pressuposto de que o povo como um todo é o principal destinatário das prestações estatais e, ao mesmo tempo, possui deveres perante ele, não é admissível que apenas uma parcela da população obtenha o *status* de cidadão, pois isso implica em uma série de restrições, inclusive de direitos.

Nesse sentido, apesar da Carta Magna de 1988 trazer a cidadania como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ainda é recorrente na doutrina brasileira o conceito restritivo de cidadão, o qual se baseia unicamente em conferir os direitos políticos àquele que tem tal *status*. É necessário, portanto, uma reformulação do conceito de cidadania de forma a atender ao que foi posto pela Constituição, passando a considerar como elementos da cidadania, além dos direitos políticos, os direitos sociais e civis.

Além da reformulação no conceito de cidadania, é preciso que haja a efetivação dos ditos direitos de cidadania - civis, políticos e sociais² - já que não basta uma mera previsão dos direitos e das garantias no texto constitucional para que seja alcançada a cidadania plena.

REFERÊNCIAS

ABREU, Alzira Alves de. Introdução - o que é cidadania e o que é ser cidadão? In: ABREU, Alzira Alves de. *Caminhos da cidadania*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

AKAMINE JÚNIOR, Oswaldo. A linguagem do direito e a realidade: a materialidade da norma jurídica. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 4, p. 87-104, 2005.

² Inclusive para além do indivíduo.

ANDRADE, Valdeciliana da Silva Ramos. *A construção da causalidade na vertente dos gêneros textuais: uma análise da argumentação jurídica*. 2007. 351 p. Tese (Doutorado em Língua Portuguesa)-Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=231>. Acesso em: 10 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 jul. 2014.

CABRAL, Maria de Fátima Studart Lustosa. *A Constituição de 1988 e os direitos do cidadão no Ceará*. 2005. 102 p. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Políticas Públicas e Sociedade)-Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2005.

GRAU, Eros Roberto. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 77, p. 221-234, jan./dez. 1982.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MACÍAS, Antonio Ibáñez. *El derecho de sufragio de los extranjeros*. Dykinson, 2009.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. Brasileiros: nacionais ou cidadãos? Um estudo acerca dos direitos de cidadania no Brasil em perspectiva comparada. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 20, p. 61-80, 2007.

MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. Breve estudo sobre a linguagem da Constituição: a linguagem como via de acesso ao conteúdo da Constituição pelos cidadãos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 62, p. 9-26, jan./mar. 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Acción popular y ejercicio de la ciudadanía. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Coord.). *Derecho Procesal Constitucional*. 2011. v. 1.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

SEGALLA, Gracila Iacy Marzola. A cidadania em Atenas no séc. V a.c. e na Constituição brasileira de 1988. *Cadernos de Iniciação Científica*. São Bernardo do Campo, n. 1, p. 65-71, jul. 2004.

STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESE, Marcio (Coord.). *20 anos da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

CENÁRIO ATUAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL

Ana Maria D'Ávila Lopes*
Denise Almeida de Andrade**

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, a temática da reprodução humana sempre esteve presente nas mais diversas sociedades: “As práticas do aborto, do infanticídio e dos ritos relativos ao parto, são praticamente universais [...] Referências aos códigos romanos dos primeiros séculos da era cristã informam sobre a existência de normas que estimulavam a natalidade entre as famílias patriarcais [...]” (ÁVILA: 1992, p. 13.). E ainda:

Lamentavelmente não existe uma historiografia completa sobre as práticas contraceptivas que nos permita traçar um ‘continuum’ entre as primeiras culturas civilizadas e o século XX. Mas a despeito das lacunas, sabemos que há 4.000 anos já se usava camisinhas de tripa de carneiro no Egito, unguentos, poções entre as gregas e romanas e uma infinidade de estratégias contraceptivas no período relativamente liberal do Renascimento. (ÁVILA, 1992, p. 13).

Não há dúvida de que o comportamento reprodutivo de uma população é um indicativo de sua conformação social e da forma como o Estado se ocupa das questões relativas à saúde sexual e reprodutiva da sua população.

No Brasil não poderia ser diferente. Contudo, foi só a partir da década de 1960 que questões concernentes à natalidade e ao crescimento populacional começaram a ganhar expressividade. Essa mudança foi resultado principalmente da influência das teorias neo-malthusianas, que difundiram a ideia de que o aumento da população agravava o quadro de miséria e pobreza do país. Por outro lado, a difusão do uso da pílula anticoncepcional, sob a égide da liberdade sexual da mulher e da autonomia sobre o próprio corpo¹, permitiu dissociar sexualidade de procriação.

Foi assim como, entre as décadas de 1970 e 1990, diversos encontros internacionais para discutir a temática foram organizados, sendo aprovados vários documentos, os quais impulsionaram mudanças nos ordenamentos jurídicos internos em prol do reconhecimento do direito ao livre planejamento familiar.

Apesar desses avanços nas esferas internacional e nacional, ainda hoje se vivencia, em considerável medida, os mesmos problemas e desrespeitos verificados há décadas. Nesse sentido, o objeto deste trabalho é analisar os contornos conceituais e normativos

* Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais; Professora na Universidade de Fortaleza; Membro Efetivo da Câmara de Assessoramento e Avaliação da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico; Av. Washington Soares, 1321, Bloco K, Edson Queiroz, 60811-341 - Fortaleza, Ceará, Brasil; ppgd@unifor.br

** Mestre e doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoas de Nível Superior; Av. Washington Soares, 1321, Edson Queiroz, 60811-905, Fortaleza, Ceará, Brasil.

¹ No Brasil, o uso da pílula anticoncepcional ocorreu de forma indiscriminada, por mais de dez anos, pois nenhuma medida específica de atenção à saúde da mulher foi desenvolvida até o início da década de 1980 (COELHO, 2000).

dos direitos reprodutivos, com a finalidade de verificar o cenário atual da proteção do direito ao planejamento familiar.

Com essa finalidade, no presente trabalho, os contornos conceituais básicos relativos aos direitos reprodutivos serão inicialmente desenvolvidos. Posteriormente, os principais documentos internacionais e nacionais sobre esses direitos serão expostos, objetivando evidenciar as conquistas obtidas e a sua natureza de direito fundamental. Por último, o cenário atual da proteção do direito ao planejamento familiar será criticamente analisado, buscando defender a necessidade de uma política mais efetiva, por parte do Estado, para garantir o seu real exercício.

2 OS DIREITOS REPRODUTIVOS

Um primeiro desafio a ser enfrentado pelos estudiosos do tema é a elaboração de um conceito de direitos reprodutivos, tendo em vista que a expressão guarda estreita ligação com vários outros conceitos, como direitos sexuais, saúde sexual, saúde reprodutiva, saúde materna, etc.

Segundo Perea (2003, p. 365), o termo “direitos reprodutivos”, entre os quais se insere o direito à procriação, foi cunhado, de maneira explícita, com a criação da *World Network for Defense of Women's Reproductive Rights* (Rede Mundial de Defesa dos Direitos Reprodutivos das Mulheres) no ano de 1979, e seu conceito está intimamente relacionado ao movimento feminista, em especial na busca pela autodeterminação reprodutiva.

No entanto, outros autores² destacam a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo de 1994, como sendo a primeira oportunidade em que se tratou sobre os direitos reprodutivos com a devida atenção, dispondo sobre a igualdade entre as pessoas sem distinção de qualquer natureza e da promoção à equidade e do empoderamento das mulheres, nos princípios I e IV, respectivamente.³

Impende observar que a definição dos direitos reprodutivos contempla não apenas a decisão sobre o número de filhos e o momento de gerá-los, mas, também, o direito de não ser discriminado(a) se a decisão for no sentido da não-procriação. Nas palavras de Perea (2003, p. 366, grifo nosso):

Por isso, os direitos reprodutivos vão além da simples capacidade de decidir sobre a fertilidade e o momento de exercê-la, *envolvendo ainda o questionamento da maternidade como projeto de vida obrigatório para as mulheres e, em paralelo, da paternidade como parte necessária da vida dos homens.*

Para Brauner (2003, p. 51-52), os direitos sexuais e reprodutivos significam:

[...] o direito das pessoas de organizar sua vida reprodutiva e de buscar os cuidados que a ciência oferece para a solução e restabelecimento da saúde sexual e reprodutiva. Portanto, deve ser considerada legítima toda intervenção que tenha o ob-

² Vide Ventura (2005).

³ Ainda sobre o termo “direitos reprodutivos”, Mattar (2013, p. 55-56) ensina que “surgiu no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizada em Amsterdã, na Holanda, em 1984, substituindo de maneira mais completa e adequada, a denominação ‘saúde da mulher’ para expressar a ampla pauta de autodeterminação reprodutiva das mulheres.”

jetivo de assegurar o restabelecimento das funções reprodutivas, ou, de oferecer alternativas que possam resultar no nascimento dos filhos desejados.⁴

Desse modo, o direito ao planejamento familiar pode ser definido como o exercício da livre escolha de uma pessoa acerca da construção de uma família, o que compreende a liberdade consciente de determinar quando, como, e com quem se deseja ter filhos, bem como a possibilidade de não se ter filhos, estando garantido o auxílio do Estado e a integralidade da saúde dos indivíduos, bem como a não interferência de organismos oficiais ou privados.

Apesar dos marcos teóricos e normativos acima mencionados, os interesses que pautaram a elaboração de políticas públicas, instrumentos oficiais para assegurar o gozo e exercício dos direitos reprodutivos, nas últimas cinco décadas foram contraditórios. A autonomia da vontade, a liberdade de escolha e a saúde dos indivíduos, imprescindíveis às políticas públicas eficientes, se misturavam às preocupações com o controle de natalidade, constituindo uma afronta à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que no seu artigo XII, estabelece: “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”. Referida diretriz tem estreita relação com o planejamento familiar, pois rechaça qualquer espécie de intervenção estatal na condução do projeto parental, o que garante a autonomia da vontade e a liberdade dos indivíduos.

No Brasil, referidas interferências foram determinantes para que não se tenha atingido os resultados esperados, pois a leniência do Estado para por em prática medidas eficientes permitiu que problemas antigos se mantenham até os dias de hoje.

3 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS REPRODUTIVOS

Apesar dos direitos reprodutivos não se encontrarem expressamente previstos no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar, por força do §2º do art. 5º, que se tratam indubitavelmente de direitos fundamentais:

Art. 5º [...]

§ 2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴ Em que pese à distinção entre direitos sexuais e reprodutivos, a proximidade de conteúdo entre os dois tem provocado que tradicionalmente sejam identificados como sinônimos. De qualquer forma, no presente texto, as discussões se concentrarão na temática dos direitos reprodutivos, reconhecendo-se, entretanto, sua interdependência com os direitos sexuais. Assim, para Torres (2004): *Los derechos sexuales y reproductivos son parte de los derechos humanos y su finalidad es que todas las personas puedan vivir libres de discriminación, riesgos, amenazas, coerciones y violencia en el campo de la sexualidad y la reproducción*. Já para Jurkewic (2005, p. 11) os direitos reprodutivos: “*Están relacionados con la decisión de cuántos hijos/as se quieren o no tener y con la elección del momento y la forma en que la reproducción se debe dar*”, enquanto os direitos sexuais estão relacionados ao exercício da sexualidade “*Esa vivencia expresa cómo cada persona forma su identidad sexual, identificándose o no con los modelos masculinos y femeninos socialmente establecidos, cómo vive su sexualidad y quién es el objeto de su deseo sexual, que puede ser alguien del mismo sexo o del sexo opuesto.*” (JURKEWIC, 2005, p. 10).

O constituinte de 1988, ao instituir o § 2º do art. 5º, previu que as fontes dos direitos e garantias fundamentais poderiam ter assento em outras partes do texto formal da Constituição, além do Título II, ou derivar do regime ou princípios por ela adotados, bem como textos legais internacionais.

Piovesan (1995, p. 160), ao se referir à interpretação do dispositivo em análise, afirma que:

[...] advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, elencam-se vários dispositivos constitucionais dos quais é possível derivar os direitos fundamentais reprodutivos:

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;

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.

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 [...].

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A importância do reconhecimento dos direitos reprodutivos como fundamentais é essencial para garantir uma proteção muito mais rigorosa a respeito do seu cumprimento. Desse modo, diversos mecanismos constitucionais, internacionais e infraconstitucionais de proteção encontram-se previstos, como explicitado a seguir.

4 OS DIREITOS REPRODUTIVOS EM DOCUMENTOS INTERNACIONAIS

A Convenção Internacional de Direitos Humanos realizada em Teerã, em 1968, marca um avanço (ainda que inicial) no sentido de entender os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos. Assim, no art. 16 da Proclamação de Teerã estabelecem-se que “[...] a comunidade internacional deve continuar velando pela família e pelas crianças. Os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e seus intervalos de nascimento.” (ONU, 1968).

Anos mais tarde, com o intuito claro de agregar esforços no sentido de combater as mais diversas maneiras de subjugar as mulheres, a Assembleia Geral da ONU adotou a Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (CEDAW).

A relevância da CEDAW é indiscutível, pois se propõe a enfrentar não só as ações discriminatórias, mas os silêncios que alijam e preterem, os quais são, muitas vezes, muito mais danosos. Nas palavras de Campos (2013, p. 442):

Entende-se que a discriminação é uma das formas de violência mais aterrorizantes em decorrência do silêncio normalmente prescrito, fomentando, duramente, a inibição das potencialidades de cada indivíduo, rechaçando, assim, os ideais calcados em projetos de vida, em evidente negação da própria identidade e dignidade em suas acepções mestras.

E ainda: “A convenção pede que os Estados adotem medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra as mulheres em todas as esferas da vida, privada ou pública. [...] e representa o maior esforço da ONU para codificar a proteção à mulher” (CAMPOS, 2013, p. 442). Nos artigos 1, 10, 12 e 16 da referida Conferência (ONU, 2014) têm-se:

Article 1:

For the purposes of the present Convention, the term “discrimination against women” shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field.

[...]

Article 10:

States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in order to ensure to them equal rights with men in the field of education and in particular to ensure, on a basis of equality of men and women.

[...]

Article 12:

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of health care in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to health care services, including those related to family planning.

2. Notwithstanding the provisions of paragraph 1 of this article, States Parties shall ensure to women appropriate services in connection with pregnancy, confine-

ment and the post-natal period, granting free services where necessary, as well as adequate nutrition during pregnancy and lactation.

[...]

Article 16:

1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women:

[...]

(d) The same rights and responsibilities as parents, irrespective of their marital status, in matters relating to their children; in all cases the interests of the children shall be paramount;

(e) The same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to the information, education and means to enable them to exercise these rights;

[...]

Percebe-se que a Convenção se ocupou não só de definir a discriminação, mas também de indicar em que medida a igualdade entre homens e mulheres deve ser vivenciada, especialmente, no âmbito dos direitos reprodutivos, indicando a educação como relevante instrumento para alcançar esse objetivo.

Além disso, aponta que existem não só iguais direitos, mas iguais responsabilidades para homens e mulheres nas questões que envolvem os filhos, reconhecendo-se também a liberdade para livremente escolher sobre quando, quantos e se tê-los.

Por outro lado, a I Conferência Mundial da Mulher ocorrida no México (1975), seguida das realizadas em Copenhague (1980) e em Nairobi (1985), contribuíram também para a densificação das discussões sobre sexualidade, reprodução humana, saúde e controle de natalidade no âmbito internacional, fundando as bases para as contribuições e os avanços que seriam concretizados uma década depois, na IV Conferência Mundial da Mulher, realizada em Pequim em 1995.

Nesse cenário, destaca-se ainda, o I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizado em Amsterdã, em 1984, e a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento do Cairo, em 1994, momento em que se reconheceu o direito de todos a vivenciar de forma autônoma sua sexualidade e capacidade reprodutiva. Nessa ocasião, elaborou-se o Plano de Ação a ser implementado nos 20 anos seguintes, ou seja, até 2014.

Principle I: All human beings are born free and equal in dignity and rights. Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in the Universal Declaration of Human Rights, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Everyone has the right to life, liberty and security of person.

[...]

Principle IV: Advancing gender equality and equity and the empowerment of women, and the elimination of all kinds of violence against women, and ensuring women's ability to control their own fertility, are cornerstones of population and development-related programmes. The human rights of women and the girl child are an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights. The full and equal participation of women in civil, cultural, economic, political and social life, at the national, regional and international levels, and the eradication

of all forms of discrimination on grounds of sex, are priority objectives of the international community.(ONU, 1994).

Para Ventura (2005, p. 118):

O documento reconhece as sérias repercussões das políticas autoritárias e intervencionistas na população feminina, definindo a promoção da igualdade e equidade das relações de gênero, a defesa dos direitos das mulheres e a promoção das responsabilidades masculinas como elementos essenciais para a eliminação de todo e qualquer tipo de controle e coação reprodutiva nos espaços públicos e privados.

Passados 20 anos muito se avançou, mas o abismo entre os ganhos no plano teórico-normativo e a realidade vivenciada pelas pessoas ainda é grande. As mulheres assumiram, desde então, novas responsabilidades e ocuparam outros espaços, ao mesmo tempo, mantêm-se atentas à sua condição de sujeito (e não de objeto) de ações e políticas públicas, combatendo iniciativas que visem ao controle ou tolhimento de suas liberdades.

Na IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim realizada em 1995, foram novamente levantadas as reivindicações que vinham sendo debatidas nas conferências anteriores do México (1975), de Copenhague (1980) e de Nairóbi (1990). O repisamento dessas reivindicações fez com que a Declaração e a Plataforma de Ação, produtos da Conferência, significassem, de fato, a materialização dos consensos construídos e, dos compromissos assumidos em prol da igualdade de direitos e da dignidade humana das mulheres, constituindo um marco relevante na consolidação do direito ao livre planejamento familiar, e influenciando a legislação de diversos países do mundo, como o Brasil.

5 OS DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL

Imbuído pelo contexto internacional, é que no Brasil, em 1983, foi instituído o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) que, ao contemplar um subprograma sobre planejamento familiar, transformou-se na primeira iniciativa oficial brasileira preocupada em analisar os padrões de reprodução humana.

Seguindo esse processo, a Constituição Federal de 1988 consubstanciou o planejamento familiar como um direito constitucional, delineando seus contornos jurídicos, no art. 226, § 7º: “[...] Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”, o que pôs fim, ao menos no que se refere aos parâmetros normativos, às incertezas sobre sua abrangência e definição.

A interpretação sistemática desse artigo autoriza que se perceba o direito ao planejamento familiar como um direito fundamental, em razão de sua estreita relação com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III) e por estar expressamente previsto em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (art. 5, §2º).

Verifica-se, também, que a CF/88 dispõe expressamente sobre a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), reservando ao artigo 6º a explícita menção à saúde e a proteção à maternidade como direitos fundamentais:

Da leitura desses artigos, infere-se que o exercício do direito ao planejamento familiar demanda do Estado brasileiro uma conduta de abstenção e de prestação. A primeira, refere-se à proibição de implementar políticas de controle de natalidade ou de exercer qualquer interferência na liberdade ou autonomia da vontade dos indivíduos. A segunda diz respeito à exigência de implementar medidas de informação e de assistência. Desse modo, o Estado deve, ao mesmo tempo, garantir as condições necessárias para que as pessoas façam escolhas livres e conscientes na realização de seu planejamento familiar, mas também disponibilizar os instrumentos necessários à consecução adequada desse planejamento.

Com essa finalidade, em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.263/96 para regular a norma constitucional constante no art. 226, § 7º. Na Lei, reconhece-se o planejamento familiar como um direito de toda pessoa (art. 1º), sendo definido como “parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde” (art. 3º).

Rechaça-se qualquer hipótese de aproximação com o controle de natalidade. Assim, no parágrafo único do art. 2º se proíbe “a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico”, bem como consolida a ampliação dos cuidados com a saúde da mulher para além do período gravídico puerperal e enfatiza a participação do homem na seara dos direitos reprodutivos:

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino, do câncer de mama e do câncer de pênis.

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

Verifica-se que no Brasil já se dispõe de parâmetros normativos capazes de arrimar ações oficiais mais robustas e eficientes.

6 UM NOVO SÉCULO COM VELHAS DEMANDAS

Em pleno século XXI, é preciso reconhecer que a desigualdade entre homens e mulheres constitui ainda uma marca na vivência das relações sociais mais triviais, tendo em vista que continuam se baseando numa distribuição de papéis pelo sexo. Há um constante reforço dos estigmas que polarizam as aptidões de homens e mulheres, fruto de uma história de machismo, subjugação, e violência contra as mulheres.

Ainda que de maneira involuntária, cotidianamente, homens e mulheres se apegam a padrões pré-estabelecidos, retardando a desconstrução desses paradigmas e negando, conseqüentemente, o desenvolvimento das potencialidades que cada indivíduo possui por sua condição de pessoa humana.

Nesse contexto, os direitos reprodutivos podem ser considerados como um dos temas mais áridos no que se refere à promoção da igualdade, e por isso carecem de maior atenção e contínuo debate. Os primeiros passos foram dados, a mulher, pelo menos na maior parte dos países ocidentais, já é percebida como sujeito de direitos, valorizando-se, ainda que timidamente, sua participação e contribuição no espaço doméstico e público.

No entanto, antigas reivindicações continuam sem resposta. A pobreza e a baixa escolaridade ainda se mostram como impeditivos para a melhoria na qualidade de vida das mulheres. De acordo com o Fundo de População das Nações Unidas (2014):

[...] o acesso ao planejamento familiar, quase sempre, é uma notória exceção, juntamente com as garantias do direito de opção das mulheres quanto às suas vidas reprodutivas. Estima-se que, atualmente, 215 milhões de mulheres em idade reprodutiva, nos países em desenvolvimento, utilizariam o planejamento familiar, se tivessem acesso a ele. Centenas de milhares de mulheres ainda morrem anualmente de causas relacionadas à gravidez, e muitas dessas mortes são evitáveis.

Esses dados se estendem aos altos índices de gravidez na adolescência, difusão de doenças sexualmente transmissíveis e esterilizações cirúrgicas desnecessárias. A contracepção continua a ser vivenciada como responsabilidade prioritária, senão exclusiva, da mulher, o que impacta diretamente na diminuição da eficácia dos métodos contraceptivos utilizados.

A reprodução humana traz, de fato, desdobramentos diretos para a saúde da mulher, compreendida em uma perspectiva integral e não apenas em períodos de gravidez ou menopausa.⁵ Todavia, não se justifica o distanciamento ou omissão do homem do processo de planejamento familiar. Essa atitude não é mais do que o reflexo dos valores machistas que imperam na sociedade e que colocam nas mãos das mulheres toda a responsabilidade pelo planejamento familiar e o cuidado dos filhos.

Não há dúvida de que discriminação se faz também presente quando a mulher que tem filhos é considerada menos apta ou habilitada para desempenhar determinadas atividades ou funções. Por óbvio que há um período de recuperação em razão de uma gestação, mas a procriação não pode ser um interdito ao gozo de outros direitos.

⁵ As políticas de saúde voltadas ao planejamento familiar estão “baseadas no princípio do Sistema Único de Saúde de oferecer acesso integral, universal e gratuito no sistema de saúde pública a todos os brasileiros”. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, on-line).

A inserção das mulheres no mercado de trabalho se choca com o exercício da maternidade quando se submete o emprego de mão-de-obra feminina ao compromisso do não engravidamento ou se dificulta de forma definitiva a 'combinação' das atividades. Lembramos aqui que as Instituições Públicas e as Empresas Privadas não obedecem às leis de 'proteção' à maternidade, como a lei de creches e de garantia aos horários de amamentação. (ÁVILA, 1992, p. 18).

Nesse cenário, a luta pela concretização dos direitos humanos passa pelo empoderamento das mulheres e pelo reconhecimento dos seus direitos reprodutivos, na medida em que assim são reconhecidas como iguais na sua condição de pessoa humana, sem, entretanto, desconhecer as diferenças que preservam sua autonomia e identidade.

A noção de Direitos Reprodutivos rompe com a perspectiva do determinismo biológico, e insere a liberdade de escolha reprodutiva dentro de um contexto mais amplo de exercício da cidadania. Dessa forma esta liberdade não se restringe ao lugar único da prática reprodutiva, nem se resume a garantia frente ao poder do Estado e/ou do poder médico, mas incorpora também a ideia de participação nas decisões públicas, bem como das garantias para o exercício de direitos civis, sociais e políticos. (ÁVILA, 1992, p. 16).

Sabe-se dos esforços para se minimizar os efeitos perversos da discriminação na seara dos direitos reprodutivos, mas também há que se reconhecer que para se seguir avançando deve-se refletir sobre as necessidades, intensificar os debates, e cobrar e acompanhar a implementação de ações concretas e efetivas.

7 CONCLUSÃO

Nos últimos anos, constatam-se alguns esforços positivos no plano internacional e nacional para o reconhecimento do direito ao planejamento familiar. Assim, os documentos elaborados nas Conferências do Cairo (1994) e Pequim (1995) contribuíram para definir as bases conceituais dos direitos reprodutivos, influenciando as legislações internas de cada Estado.

No Brasil, a Lei n° 9.263/96, que regula o direito fundamental ao planejamento familiar previsto no art. 226, § 7° da Constituição Federal de 1988, foi elaborada seguindo os novos parâmetros internacionais de reconhecimento da igualdade e autonomia das pessoas para decidir sobre sua saúde reprodutiva.

Contudo, a manutenção de velhos e ultrapassados valores machistas que ainda impregnam nossa sociedade, continuam sendo um grave obstáculo para a adoção de políticas públicas capazes de garantir a efetividade dos direitos reprodutivos sob os paradigmas de liberdade e igualdade de homens e mulheres.

Verifica-se, portanto, a urgente necessidade de superar os valores preconceituosos de nossa sociedade como requisito *sine qua non* para a garantia dos direitos fundamentais reprodutivos e o conseqüente respeito à dignidade de todos os seres humanos, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, M. B. Direitos reprodutivos: um breve relato de uma longa história. In: LIMA, N. R. L. de B. (Org.). *Mulher e saúde*. Maceió: Edufal, 1992.
- BRAUNER, M. C. C. *Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMPOS, A. H. A Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e sua repercussão no Direito brasileiro. In: FERRAZ, C. V. et al. (Org.). *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COELHO, E. de A. C.; LUCENA, M. de F. G. de; SILVA, A. T. de M. O planejamento familiar no Brasil no contexto das políticas públicas de saúde: determinantes históricos. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, v. 34, n. 1, p. 37-44, mar. 2000.
- FLORES, R. V. *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*. Lima: Pa-lestra Editores, 2009.
- IBGE. 2012. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indic_sociosaude/2009/indicsaude.pdf>. Acesso em: 20 maio 2012.
- JURKEWIC, R. S. *Queremos más: comida, diversión y arte: campaña por la Convención de derechos sexuales y los derechos reproductivos*. São Paulo: Rede Latinoamericana de Católicas por el derecho de decidir, 2005.
- LOPES, A. M. D. Direitos fundamentais à saúde sexual e à reprodução: superando a discriminação de gênero. In: MENEZES, J. B. de. (Org.). *Dimensões jurídicas da personalidade na ordem constitucional brasileira*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- MATTAR, L. D. Os direitos reprodutivos das mulheres. In: FERRAZ, C. V. et al. (Org.). *Manual dos direitos da mulher*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ONU. Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against women. 2014. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#article1>>. Acesso em: 15 jun. 2014.
- ONU. Proclamação de Teerã de 1968. 1968. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/teera.htm>>. Acesso em: 14 jun. 2014.
- ONU. Relatório sobre a situação da população mundial 2011. 2012. Fundo de população das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/files/PT-SWOP11-WEB.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2012.
- ONU. Report of the International Conference on Population and Development. Unfpa. 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_eng.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2014.

PEREA, J. G. F. O exercício da cidadania e a consciência cultural: condições para a construção dos direitos reprodutivos masculinos. In: GARRAFA, V.; PESSINI, L. (Org.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2003.

PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TORRES, C. 28 de mayo: derechos sexuales y reproductivos. Colombia. 2004. Disponível em: <<http://www.rebellion.org/hemeroteca/mujer/040528torres.htm>>. Acesso em: 05 maio 2012.

VENTURA, M. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, M. A. (Org.). *Bioética: reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais, 2005.

Capítulo II

Mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais

O PODER DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO “DAS VERDADES”: O DIREITO FUNDAMENTAL À IMAGEM E A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA DO ACUSADO EM PROCESSO CRIMINAL SEM TRÂNSITO EM JULGADO

Matheus Felipe de Castro*
Rafaella Zanatta Caon Kravetz**

Resumo

O presente artigo tem por objeto estudar o poder da mídia - discursivamente exercido através do direito fundamental à liberdade de imprensa - em construir versões da “verdade”, ensejadoras de provável mitigação ao direito fundamental à imagem, especialmente a do acusado em processo penal sem trânsito em julgado, e seu resultado no que diz respeito à aferição da violação da dignidade humana. O problema apresentado consiste em questionar se a legitimidade da mídia em expressar seu direito fundamental à liberdade de imprensa pode se sobrepor ao direito fundamental à imagem, e de que maneira transgride um dos mais relevantes fundamentos da Constituição de 1988 - dignidade humana.

Palavras-chave: Direito fundamental. Liberdade de imprensa. Direito à imagem. Dignidade humana.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira é erigida pelo Estado Democrático de Direito, consagrado em 1988 com a promulgação da Constituição Federal. Neste ordenamento, procurou-se tutelar liberdades públicas, com o intuito de proteger o cidadão contra o poder arbitrário estatal. Dispostos no artigo 5º estão os direitos fundamentais, direitos garantidos ao homem e positivados na norma.

Todavia, concebida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, atributo congênito e inalienável de todos os seres humanos, impedindo sua coisificação. Nesse sentido, o direito fundamental, para ser exercido, deve ter a cautela de contra ela não atentar, sob pena de infringir o alicerce constitucional ora mencionado.

O presente estudo, portanto, vem no sentido de descobrir se a liberdade de imprensa, exercida como tem sido na atualidade de forma a construir suas próprias “verdades”, especialmente em casos criminais sem trânsito em julgado, confronta o direito fundamental à imagem, de modo a reduzir o indivíduo a um objeto, perdendo sua condição de sujeito de direitos, provocando macula à dignidade humana.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, professor adjunto de Direito Penal do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado criminalista em Florianópolis, SC; matheusfelipedecastro@gmail.com

** Mestranda em Direitos Fundamentais Cíveis pelo Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada especialista em Direito Criminal pelo Centro Universitário Curitiba; rafaella.caon@unoesc.edu.br

2 O PODER DA MÍDIA NA CONSTRUÇÃO DE VERDADES

Não é exagero afirmar que a imprensa sempre exerceu e exerce relevante papel à sociedade.¹ Ocupando aspecto essencial na vida social, atua ela como veículo de comunicação, sendo responsável pela transmissão de informações em todo o mundo. Através dela, tem-se ciência dos acontecimentos que ocupam o cenário cotidiano, de modo que estes se tornam objetos de pauta e discussão até que outros tomem lugar. Deve a Ciência da Comunicação se ocupar de uma transmissão de dados de modo objetivo e imparcial, sem emitir juízos que tornem a informação tendenciosa ou subjetiva demais.

Em uma comunicação referencial, as perguntas *que, quem, como, onde, quando e por que* são respondidas ao longo da leitura da informação que se pretendeu passar, sendo geralmente vinculadas ao contexto sócio-político-econômico de um país (SÁNCHEZ, 2006, p. 36).

Ademais, garantida constitucionalmente está a liberdade de expressão, consagrada pela Constituição Democrática de 1988. Enquadra-se entre as liberdades constitucionais mais comumente asseguradas e implica, basicamente, no direito de comunicar-se, ou de participar de relações comunicativas. Nas relações comunicativas, pode figurar como portador da mensagem - orador, escritor, expositor - ou como destinatário - ouvinte, leitor, espectador. São titulares dessa liberdade indivíduos e instituições, principalmente a imprensa (MARTINS NETO, 2008, p. 27-28).

Entretanto, não se pode olvidar que os veículos de comunicação nada mais são do que empresas e empresas visam lucros.² Destarte, a busca pela venda de notícias torna-se indispensável e inevitavelmente criam-se mecanismos para torná-la atrativa aos olhos dos receptores.

A avidez por ibope e compulsoriamente por lucro muitas vezes pode tornar a notícia falha e tendenciosa, de modo a danificar a veracidade de informações, malsinando a liberdade de imprensa tão suscitada outrora em regime militar.

Em alguns casos é possível se constatar um discurso³ direcionado e desvirtuado, o que muitas vezes compromete o resultado final da informação. Dijk (2012, p. 77) aduz que nenhum discurso é tão intenso ou tão partilhado e lido por tantas pessoas de forma mais ou menos simultânea como o discurso da mídia. O discurso jornalístico oferecido na imprensa e na televisão atua como aquisição de conhecimento e formação de opiniões sobre a maior parte dos eventos do mundo.

A mídia que se utiliza de linguagem espetaculosa exerce grande influência sobre a opinião pública já no primeiro momento do processo informativo. Dita influência não

¹ Para Martins Neto (2008, p. 50), a liberdade de expressão não é um elemento circunstancial da democracia, mas sua própria essência.

² Inevitável reconhecer que as empresas de comunicação têm um interesse financeiro coligado a grupos de investidores que nelas apostam para vender seus produtos. Nesse sentido, não raro se verificará que em alguns momentos corre-se o risco de se constatar pontos de vista transmitidos pela mídia que agradem anunciantes e investidores, o que pode comprometer a qualidade e a imparcialidade na transferência de informações.

³ Habermas (2007, p. 15) apresenta dois pressupostos fundamentais ao discurso prático. O primeiro deles repousa na necessidade de autossuficiência e capacidade da pessoa em assumir uma posição refletida e deliberada em relação as suas crenças, princípios e valores. O outro requer que o participante de uma prática argumentativa deve estar apto a atender exigências que colaborem na busca de razões aceitáveis para os outros, bem como de se deixar motivar por essas razões.

necessariamente advém com a informação do acontecimento transformada em notícia, mas sim pela maneira como ela é repassada. Notícias sensacionalistas têm o condão de sensibilizar o leitor, ouvinte ou telespectador, imprimindo força à informação. O que inicialmente era para ser um ato simples e comum ao processo informativo, transforma-se em ato extraordinário, atingindo o público de modo a deixá-lo interessado no que se pretende transmitir. Programas policiais que despertam a curiosidade na população só enaltecem a valorização de notícias que envolvam violência, tornando o crime a justiça penal cada vez mais atraentes e frequentes no cotidiano jornalístico. Denota-se um jornalismo sem compromisso com fatos que estejam despidos de valorações, juízos pessoais e adjetivações; dá-se espaço à linguagem discursiva, ágil e coloquial, tendente a promover uma ridicularização da violência (VIEIRA, 2003, p. 54-55).

Em uma análise envolvendo Michel Foucault, discurso e mídia, Grohmann (2010, p. 7) assevera que para o filósofo, a mídia contemplaria um requisito essencial do biopoder, uma vez que se constatam o nascimento de mídias que atuam com poder pastoral individualizante - faz-se pelo bem geral, entretanto se controla cada indivíduo.

Assim, depreende-se que o prejuízo causado pelo amplo poderio envolvendo os grandes veículos de comunicação, promove a espetacularização de notícias e a construção de suas verdades em busca de fidelização do público, sem envidar esforços para tornar atrativa a notícia que, na maior parte dos casos, poderá estigmatizar quem dela faz parte.

3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E À IMAGEM

Um dos pilares da Constituição Federal de 1988, emanada⁴ da insatisfação popular com o Regime Militar instalado por mais de 20 (vinte) anos em território brasileiro, é o artigo 5º.

Depreende-se, portanto, que o artigo reservado a destacar os direitos fundamentais preocupou-se em garantir que a determinados direitos seja conferida mais firmeza e estabilidade.

Os direitos fundamentais, não obstante mencionar princípios resumidos da concepção do mundo e informadores da ideologia política de cada ordenamento jurídico, advertem, no direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas, motivo pelo qual se faz necessário estudar como resolver a colisão entre os direitos fundamentais relevantes para o artigo em análise: direito fundamental à liberdade de expressão e direito fundamental à imagem.

O primeiro vem expresso no artigo 5º, através dos incisos IV e XIV. Ambos dizem respeito, respectivamente, à liberdade de manifestação do pensamento e à garantia do

⁴ Sarlet (2013, p. 251) explica que o movimento que culminou com a edição da EC n. 26/1985 e da respectiva convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, conduz à passagem do regime ditatorial de 1964, em direção à abertura política, concretizada no Governo do General João Batista de Figueiredo, quando proporcionou a abertura do sistema partidário, promovendo a aprovação da Lei de Anistia. Reivindicações de diversos setores da sociedade e articulações da sociedade civil e instituições representativas marcavam o contexto social e político à época.

acesso à informação. A liberdade de expressão abraça juízos, convicções, comentários, ponderações ou julgamentos sobre assuntos ou pessoas que envolvam interesse público ou privado, com ou sem relevância, cabendo aqui tudo aquilo que se pode ser fruto de comunicação. Não pode a liberdade de expressão incitar a violência.⁵ Em verdade, representa a liberdade de expressão o anseio de não haver censura por parte do Estado (MENDES, 2012, p. 299-300).

A imprensa é legítima em exercer seu direito à liberdade de expressão. Essa liberdade, também já se demonstrou, é afeta ao Estado de Direito e aniquila os regimes ditatoriais, eis que referido direito fundamental está calcado na democracia, revelando, portanto, importante conquista à sociedade outrora traumatizada com as tiranias e censuras de um governo que não se preocupou com as liberdades públicas.

Sobre o tema, manifestou-se o Ministro do STF Celso de Mello, no voto do Habeas Corpus n. 82.424, do Estado do Rio Grande do Sul, ao afirmar a existência de limites à liberdade de expressão, aduzindo que a proteção constitucional destinada a garantir a liberdade de expressão do pensamento não deve abranger manifestações revestidas de ilicitude penal. Assim, por mais abrangente que seja o campo de incidência da liberdade de manifestação do pensamento, não legitima a exteriorização de propósitos criminosos, principalmente aqueles que envolvam expressões de ódio racial. Inexistem, no atual sistema constitucional pátrio, direitos ou garantias revestidos de caráter absoluto, o que impede que os direitos ou garantias sejam exercidos em desrespeito aos direitos e garantias de terceiros ou em detrimento da ordem.

Depreende-se, assim, que a liberdade de expressão pode ser exercida sem embargos,⁶ “[...] desde que o seu exercício seja efetivado de acordo com os padrões estabelecidos pela própria Carta Magna.” O direito, portanto, é absoluto, desde que apoiado nos ditames constitucionais (DELGADO, 2006, p. 6).

Todavia, como também já se expôs, o objetivo de lucro de uma empresa de comunicação pode ser determinante para o mau uso da liberdade de expressão. Isso porque, para fidelizar o ouvinte, leitor ou telespectador, os grandes veículos se utilizam de ferramentas que pouco se coadunam com a verdadeira finalidade da notícia que é informar o povo.

Apoiando em verdades por ele mesmo criadas, o jornalismo sensacionalista exalta o fato, produzindo uma nova notícia, carregada de emoções e extremamente apelativa. Exagera o fato real, utilizando tom que escandaliza a narrativa e sensacionaliza aquilo que não é sensacional. O que fascina o povo é exatamente o extraordinário, a aberração e os personagens protagonistas desse tipo de notícia são homens e mulheres estereotipados, dotados de valores morais, taxados de vilões, mocinhos, prostitutas, homossexuais, ladrões e policiais, etc. A própria imprensa aponta, expõe e acusa o meliante, que passa

⁵ Ao revés, nos Estados Unidos, a prática do hate speech, ou discurso do ódio, é aceita. Na opinião de Sarmiento (2012), depois do fim da Primeira Guerra Mundial, quando o direito à liberdade de expressão efetivamente ganhou proteção naquele Poder Judiciário “[...] tem-se assistido a uma progressiva extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, que é hoje, sem dúvida, o mais valorizado direito fundamental no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana.”

⁶ Ainda que se queira atribuir grande abrangência à liberdade de expressão, nenhum sistema normativo a confere proteção e imunidade a toda e qualquer comunicação (MARTINS NETO, 2008, p. 29).

a ser reconhecido como tal de modo público, e esse responderá pelo que lhe é atribuído, em um caminho sem volta (VIEIRA, 2003, p. 55-56).

Portanto, na sociedade hoje acelerada e exigente de resultados imediatos, torna-se imperioso que o conteúdo a ser divulgado não seja anêmico e/ou carente de imparcialidade. Em que pese a notícia valer-se como mercadoria, é essencial que haja fidelidade à veracidade dos fatos, devendo esses ser concisos, objetivos e distantes de ideologias políticas ou juízos pessoais. Mister que seja a prudência a mola propulsora do jornalismo. Não se pode e nem se deve estar à mercê de um sensacionalismo que exalta os fatos de forma a depreciar seres humanos, estigmatizando-os e tornando-os verdadeiros alvos de chacota alheia.

Do contrário, invariavelmente o direito fundamental à liberdade de expressão acarreta em infringência a outro fundamental: o direito à imagem.

Encontradição no artigo 5º, inciso X, revela uma posição de destaque em meio à constelação de direitos pessoais (SARLET, 2013, p. 434), possuindo importante vinculação com o direito à intimidade e à dignidade da pessoa humana, embora não perca o caráter autônomo (SARLET, 2013, p. 439).

Tal direito tem previsão na Carta Republicana de 1988, no inciso X do artigo 5º, recebendo proteção no mesmo catálogo que a intimidade, vida privada e honra, sendo mencionado positivamente no artigo 220, atuando como limite à liberdade dos meios de comunicação (MENDES, 2012, p. 318).

Destarte, por encontrar-se no rol de direitos fundamentais e operar como óbice ao direito à liberdade de expressão, deve ser igualmente preservado, eis que o último por vezes atassalha o direito à imagem - e também o direito à honra, intimidade e vida privada - daquelas pessoas envolvidas no processo criminal, causando danos irreversíveis ao direito de defesa, à pretensão punitiva do Estado, e especialmente à presunção de inocência do acusado.

A “[...] existência da liberdade de imprensa não garante automaticamente a prática irrestrita da liberdade de expressão.” (DELGADO, 2006, p. 14). Portanto, uma vez constatada que a liberdade de expressão malsinou o dispositivo constitucional ensejador de direito à imagem, verifica-se uma colisão de direitos fundamentais.

Não se discute que ambos os direitos fundamentais devem ser salvaguardados, seja pela localização na norma constitucional, seja pela garantia do Estado Democrático de Direito. Entretanto, casos de colisão são observados cada vez mais na jurisprudência pátria, mormente quando o direito fundamental à liberdade de imprensa se agasalha em despautério com o que o legitima, isto é, desvirtua-se de seu propósito e, apoiada na ideia de lucro, a mídia devassa a imagem do acusado em processo criminal sem trânsito em julgado.

O conflito havido entre direitos fundamentais é inerente ao regime democrático, eis que pautado em pluralismo de interesses. Pode se concretizar através de choque entre exercício de dois direitos fundamentais ou ainda mediante choque entre direitos fundamentais e demais valores constitucionais.

O caso em tela suscita a primeira forma. Mas em caso de conflito entre direitos fundamentais em igual hierarquia, a questão que vem à baila é no sentido de descobrir como e quando tais direitos devem ser ponderados.

Para Mendes (2012, p. 211), conecta-se o juízo de ponderação que será exercido, ao princípio da proporcionalidade, exigente de que o sacrifício de um direito seja benéfico à solução do problema, não havendo outro meio menos gravoso capaz de alcançar o resultado almejado. Ademais, o encargo imputado ao direito sacrificado não pode sobressair o benefício que se pretende com a solução, devendo-se comprimir no menor grau possível os direitos em apreço, na tentativa de preservar sua essência.

Assim, é de se concluir que ao ponderar um bem, deve-se ter a cautela de averiguar se o prejuízo a determinado direito é válido e corresponde à solução do problema apresentado, não restando outra forma menos lesiva de se chegar àquele resultado. Noutras palavras: o benefício pretendido à resolução do conflito deve ser maior que a incumbência atribuída ao direito que se imolou.

Analisando o já mencionado voto do STF em *Habeas Corpus*, advindo do estado do Rio Grande do Sul, Reale Júnior (2010, p. 391) concebe que a ponderação, enquanto mecanismo para resolução de conflitos por meio da máxima da proporcionalidade, deve partir do caso concreto em suas circunstâncias específicas e é idônea para resolver um jogo entre princípios que em abstrato vivem em harmonia, porém podem se apresentar contraditórios, a exemplo da liberdade de expressão e proteção à honra, devendo ser devidamente sopesados caso a caso.

Urge, destarte, o famigerado princípio da proporcionalidade. De preponderante valor ao sistema constitucional, rege-se pelo pressuposto de que a relação havida entre o meio utilizado e o fim almejado deva ser proporcional e não excessiva, pressupondo uma relação adequada entre eles (CAMPOS, 2004, p. 27).

O princípio da proporcionalidade se desdobra em três eixos. O primeiro consiste na adequação ou conformidade, que implica em um controle de viabilidade que verificará a probabilidade de se obter o fim desejado por um determinado meio. O segundo se traduz na necessidade ou exigibilidade, ou seja, na opção pelo meio restritivo que seja menos prejudicial ao direito objeto da restrição. Por fim, o terceiro implica na proporcionalidade em sentido estrito entre os meios utilizados e os fins colimados, também conhecido como razoabilidade ou justa medida (SARLET, 2013, p. 350-351).

Diante do exposto, denota-se que à Constituição todos devem obediência e o zelo pelos direitos fundamentais é medida que se impõe em um Estado Democrático de Direito. A liberdade de imprensa, importante conquista do período pós-censura, deve ser salvaguardada. Entretanto, quando o direito à liberdade de expressão se confunde com livre arbítrio de escolher e divulgar toda e qualquer matéria que se julgue oportuna, e notícias são pautadas verdades construídas com o fito de gerar lucro e manter o ouvinte, leitor ou telespectador fidelizados, prejudicando o direito fundamental à imagem - especialmente daquele que responde a processo criminal sem trânsito em julgado - necessário se faz que a colisão de direitos seja resolvida através do princípio da proporcionalidade, harmonizando a melhor solução para a efetividade dos direitos fundamentais e buscando a tão alvitrada e aclamada Justiça.

4 DIGNIDADE HUMANA

Tão urgente quanto a ponderação de bens aferida quando da prática do princípio da proporcionalidade em caso de colisão de direitos fundamentais é a garantia de que a violação de um desses direitos não atente contra a dignidade humana, fundamento do Estado Democrático e elemento nuclear das declarações universais de direitos humanos.

Os direitos humanos,⁷ a propósito, apresentam-se como uma reunião de valores éticos, positivados ou não, com o escopo de proteger a dignidade humana. Essa dignidade humana exhibe duas dimensões: básica, traduzida na proteção dos indivíduos contra qualquer forma de coisificação ou de redução de seu status como sujeito de direito e; cultural, destinada a resguardar a diversidade moral, concebida pelas distintas maneiras como cada sociedade pratica o nível básico da dignidade humana (BAEZ, 2011, p. 37).

Ganharam merecidos destaque e atenção da comunidade internacional em 1948, depois das duas grandes guerras mundiais, quando foram agrupados em uma carta - Declaração Universal dos Direitos Humanos - que se preocupou em protegê-los e torná-los universais.⁸

Assim, se os direitos humanos têm o condão de agasalhar a dignidade humana, imprescindível se faz sua compreensão, mormente para averiguar sua infringência nos casos em que o abuso do direito à liberdade de imprensa despedaça o direito fundamental à imagem do acusado em processo criminal sem trânsito em julgado.

Para Campos e Sarlet (2011, p. 1), a dignidade humana seria o mais preponderante direito fundamental previsto na Constituição, porque é a raiz de todo o sistema constitucional, bem como o último abrigo dos direitos individuais. Sendo qualidade intrínseca do ser humano, é inalienável e irrenunciável, não podendo ser destacada do ser humano. Outrossim, não deve ser criada, concedida ou retirada, ainda que consista em objeto passível de violação. Ademais, mesmo que seja violada a pretensão de respeito e proteção decorrente da dignidade, não pode essa ser retirada de seu titular, uma vez que está em cada ser humano como algo que a ele é inerente. Mais uma vez, repita-se, por ser qualidade intrínseca, não cabe ao ordenamento jurídico, quer através do Poder Legislativo, quer através do Poder Judiciário, concedê-la.

⁷ Utilizando-se da expressão “direitos do homem” ao invés de “direitos humanos”, Bobbio (2004, p. 45) esclarece que o problema em relação aos direitos humanos não está em saber quais são esses direitos, sua natureza, seu fundamento, se são absolutos ou relativos ou ainda justificá-los. O problema consiste em protegê-los, tratando-se, portanto, de uma questão política e não filosófica.

⁸ A universalização dos direitos humanos é assunto polêmico e controverso. Em que pese o relevo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não houve plena concordância entre os povos em aceitá-la. A razão é facilmente explicada pelo choque de culturas, uma vez que países orientais refutaram referido documento argumentando que a Declaração havia sido realizada pelos países vencedores da Segunda Guerra Mundial, portanto apoiada em valores ocidentais. Diante disso, outras declarações foram lançadas, citando-se como exemplo a Declaração de Direitos Humanos do Islã, a Carta Árabe de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos. Ademais, duas correntes abordam os direitos humanos: a universalista e a relativista. A primeira delas advoga a aplicação irrestrita e global dos direitos humanos, enquanto a segunda compreende que a diferença sociocultural entre os países torna impraticável a universalização. Para Barreto e Wasem (2011, p. 148), propõem um diálogo entre as culturas que se encontram distantes no que diz respeito ao conceito e compreensão uníssona acerca dos direitos humanos, sugerindo que elas estabeleçam entre si uma comunicabilidade inteligível, buscando a autorreflexão sobre o humano, abrindo, assim, caminhos para a universalidade dos direitos humanos, de modo que a tradução intercultural consistirá no instrumento salutar da operatividade lógica do diálogo, tornando a cultura receptora aberta à eventualidade de outro sentido.

Fábio Konder Comparato (2003, p. 21-22) assinala que a dignidade consiste em um ser considerado em si mesmo, não servindo como um meio para a consecução de um resultado. Todo homem possui dignidade e não um preço, como acontece com as coisas. A humanidade, enquanto espécie e o ser humano em sua individualidade são insubstituíveis, porquanto não tem equivalente e não pode ser suprido por coisa alguma.

É a concepção a respeito de dignidade humana de Kirste (2013, p. 194-195) que mais sobressai ao estudo em apreço. Mencionado doutrinador afirma que ser sujeito de direito, além de possuir a maior dignidade proporcionada pelo Direito, implica na capacidade de fazer uso jurídico da própria liberdade. Destarte, a dignidade humana proporciona ao ser humano um direito à reivindicação do reconhecimento da capacidade jurídica e, sendo a dignidade humana o direito de ser reconhecido como sujeito de direito e a condição de sujeito consiste em ter direitos e deveres, conclui-se sem delongas que esse direito apresenta a característica de ser juridicamente postulado e satisfeito ao mesmo tempo. Em outras palavras, é perfeitamente possível dizer que “O conteúdo do direito da dignidade humana é [...] o direito fundamental de ser reconhecido como sujeito de direito”.

Esse reconhecimento tem fundamental importância na medida em que se ponderou a dignidade humana como o óbice de coisificar o indivíduo. Irretocavelmente Kant (1960, p. 68) pontificou que como qualidade congênita, a dignidade humana é inalienável e impede a coisificação do homem - que se distingue das coisas porque “[...] existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário” de uma vontade - materializando-se através de sua capacidade de autodeterminação conferida por meio da razão.

O papel da concepção kantiana de dignidade humana como estorvo à coisificação do indivíduo é salutar para a discussão que envolve a colisão entre o direito fundamental à liberdade de imprensa e o direito fundamental à imagem, visto que, conforme exposto outrora, o excesso e uso equivocado do primeiro pode não apenas despedaçar o segundo, como também coisificar o indivíduo alvo das manifestações de expressão.

Carnelutti (1995, p. 11) registra em sua obra a imagem da qual nunca seria capaz de esquecer, ocorrida na Corte de uma seção penal do Tribunal de Torino, quando se depa-rou com um homem sozinho, de grande estatura, perdido, pobre, carente e necessitado, comparando-o, posteriormente a um “homem na jaula”. Ali se percebe que, embora a tortura tenha sido abolida em suas formas mais cruéis, ainda é vivificada, porquanto o próprio processo seria uma tortura, deixando o homem em frangalhos.

Quase meio século após a morte deste jurista, as mazelas correlatas persistem. O homem - e aqui merece destaque o acusado em processo criminal no estado de inocência⁹ - continua sendo alvo de algaravias e chacotas através verborragias da imprensa que pouco

⁹ Encontrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, está o princípio da presunção de inocência, característico ao Estado de Direito à medida que afirma que: “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988). Referido dispositivo revela a necessidade de não antecipar a culpabilidade daquele que por ventura responde a processo criminal e, embora possa ter contra ele prolatada uma sentença criminal condenatória, ainda dispõe de recursos previstos no próprio ordenamento jurídico aptos a reformar aludida decisão. O princípio confere ao acusado o status de inocente até que sejam esgotados todos os meios judiciais de defesa.

contribuem de fato para a informação e ciência da sociedade acerca dos fatos, mas a atraem mediante com sensacionalismo e espetacularização de fatos atribuídos como delituosos, coisificando aquele homem que, por sua própria qualidade, deve ser reconhecido como sujeito de direitos, como bem salientou Kirste.

Deve a pessoa humana¹⁰ nortear as nações do planeta, porquanto dotada de inteligência, consciência e vontade, essa última concebida por Kant (1960, p. 67) como “[...] a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis.”

Em recente entrevista ao Observatório da Imprensa, Comparato (2013), afirmou que “[...] poder capitalista sobre os meios de comunicação de massa é absolutamente contrário à dignidade da pessoa humana.”

Mais do que uma colisão de direitos fundamentais, o entrave percebido pelo choque entre o direito fundamental à liberdade de expressão e o direito fundamental à imagem, atenta contra a dignidade da pessoa humana, encaixando-se sobremaneira no artigo 5º, inciso XXXV, que preleciona que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988). Neste darsana, é imperioso que o próprio Poder Judiciário aprecie o caso concreto, determinando se se está ou não diante de coisificação do indivíduo, transformado em objeto/fantoches da mídia despreocupada com o basilar fundamento da Constituição e das grandes declarações universais¹¹ sobre direitos humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se apurou, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o legislador se preocupou em assegurar aos cidadãos brasileiros os direitos fundamentais, que consistem em prerrogativas e instituições concretizadas no direito positivo para a garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Dentre os direitos fundamentais, encontram-se albergados o direito à liberdade de expressão - manifestado no presente

¹⁰ A busca pela noção da pessoa humana se dá através de pessoas concretas, seres humanos de carne e osso, díspares em suas possibilidades, aptidões e necessidades e singulares no que tange à sua personalidade [...]. Desse modo, a concepção do termo “pessoa humana” alcança não somente as formas e os meios pelos quais poderá se dar o livre desenvolvimento de sua personalidade, mas também a complexidade conceitual que estará a acomodar as distintas medidas de intensidade conectadas aos Direitos Fundamentais (MARTINS-COSTA, 2010, p. 71-72).

¹¹ Nesse sentido se registra o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, Considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso [...]” <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 21 jul. 2013.

estudo através da liberdade de imprensa - e o direito à imagem, aqui principalmente o do cidadão que responde a processo criminal sem trânsito em julgado.

Não é de hoje que o crime desperta interesse. O descontentamento da sociedade é latente à medida que se percebe o aumento da violência, fator que enseja o anseio pela resposta estatal, no sentido de se exigir uma punição imediata ao infrator, como meio de se estancar a impunidade tão flagrante no cotidiano nacional.

Tal insatisfação é muitas vezes alavancada pela mídia que, ao vestir a camisa de porta-voz da sociedade, sustentando apoio no direito à liberdade de expressão realiza, inúmeras vezes sem quaisquer critérios, julgamentos sumários condenatórios a cidadãos, prejudicando sobremaneira o direito fundamental à imagem do cidadão, especialmente aquele que responde processo criminal ainda sem trânsito em julgado.

Com o objetivo de manter a coletividade fascinada com a notícia, fazendo uso equivocado de seu direito à liberdade de expressão, não raro costuma a imprensa narrar histórias delituosas de maneira a descrever os agentes como monstros, desumanos, sem moral, transmitindo uma visão estereotipada do condenado, o que torna imperiosa a avaliação acerca do desvio de finalidade no desempenho dos veículos de comunicação.

Na atual sociedade, de tempo comprimido e sedenta por imediatismos, é assustador o número de empresas de comunicação responsáveis por informações anêmicas, dotadas de inverdades e carentes de conteúdo. Requer-se, portanto, que o jornalismo esteja calcado na prudência, sem submeter seu povo ao sensacionalismo esdrúxulo, tornando o acusado em processo criminal um objeto e condenado pelo simples fato de ter atribuído ao mesmo um ato ilegal que muitas vezes apenas supõe existir.

Buscou-se estudar neste artigo o poder da mídia de construir verdades com fulcro no direito à liberdade de imprensa e verificar se o mau uso desse direito fundamental influenciou diretamente na mitigação do direito fundamental à imagem, bem como quis se apurar se a dignidade humana, qualidade intrínseca do ser humano, sofre violação em casos criminais sem trânsito em julgado.

Resta claro que a imprensa, ao legitimar sua liberdade de expressão e cometer abusos, viola o direito de imagem do acusado que, em plena vigência do estado de inocência é rebaixado à condição de coisa e tem atentada sua dignidade humana na concepção kantiana, porque existindo a natureza humana como um fim em si, não pode o homem servir de meio a chacotas simuladas de liberdade pública.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.

ARCHANJO, Daniela Resende. *O princípio da proporcionalidade na solução de colisões de direitos fundamentais*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 2, jul./dez. 2008.

BAEZ, Narciso. *A problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa - desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

- BAEZ, Narciso. *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 82.424*. Impetrante: Siegfried Ellwanger. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 set. 2003.
- CAMPOS, Eliane Cristina Huffel; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da dignidade humana como argumento para a tutela do direito fundamental à saúde pelo Poder Judiciário Brasileiro. SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 12., 2011, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: PUCRS, 2011.
- CAMPOS, Helena Nunes. *Princípio da Proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais*. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico*, São Paulo: Mackenzie, v. 4, n. 1, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução José Antonio Cardinali. Edizioni Radio Italiana, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O poder capitalista na Comunicação é contrário à dignidade humana*. Observatório da imprensa, n. 756. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed739_o_poder_capitalista_na_comunicacao_e_contrario_a_dignidade_humana>. Acesso em: 21 jul. 2013.
- CROCE, Benedetto. *Declarações de Direitos*. 2. ed. Brasília, DF: Senado Federal: Centro de Estudos Estratégicos: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.
- DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro: Renovar Ltda, 2006.
- DIJK, Teun A. van. *Discurso e poder*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2012.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoria del garantismo penal*. Tradução Perfecto Ibanez et al. Madri: Trotta, 2000.

FOUCAULT, Michael. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2012.

GROHMANN, Rafael do Nascimento. Michel Foucault, Discurso e Mídia. *Revista Anagrama: Revista Científica Interdisciplinar da Graduação*, ano 3, dez. 2009/fev. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. Tradução Marcelo Brandão Cipola. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1960.

LAGE, Nilson. *Linguagem Jornalística*. São Paulo: Pontes, 2002, 82 p.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. *Prisão Provisória: Medida de Exceção no Direito Criminal Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2004.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Poder Executivo Federal: banco de dados. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 21 jul. 2013.

MORAES, Walter. *Direito à própria imagem*. São Paulo, ano 61, v. 443, out. 1972.

PÉREZ-LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos em la sociedade democrática*. Madrid: Tecnos, 1984.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Espaço Jurídico*, Joaçaba: Ed. Unoesc, v. 11, n. 2, p. 374-401, jul./dez. 2010.

SÁNCHEZ, Beatriz Adriana Komavli de. *A construção da criminalização no jornal: uma abordagem discursiva*. 2006. 171 p. Dissertação (Mestrado em Letras)-Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do hate speech*. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/a-liberdade-expressao-e-o-problema-do-hate-speech.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos & rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O DIREITO À “INVISIBILIDADE” NOS ESPAÇOS PÚBLICOS¹

Silvano Ghisi*
Maria Cristina Cereser Pezzella**

Resumo

Na denominada Sociedade da Informação tem relevância a investigação da privacidade das pessoas nos espaços públicos, nos quais a presença pessoal pode ser facilmente captada, registrada e disseminada por uma miríade de dispositivos tecnológicos, sem autorização ou consentimento, expondo o ser humano ao desnudamento completo de sua esfera de personalidade para um contingente indecifrável de pessoas, sem barreiras temporais e espaciais. Nesse contexto, o presente estudo se propõe a investigar se é possível assegurar o direito de privacidade nos espaços públicos, em um sentido de invocar um direito à invisibilidade, ou seja, de não se ter a presença notada e captada por quaisquer meios tecnológicos. Assim, utilizando o método deduzido e pautado em pesquisa bibliográfica e jurisprudência, principia analisando a privacidade como direito fundamental, discutindo a conformação da Sociedade da Informação, e nela as novas feições dos espaços públicos e privados, desaguando na análise recentes casos concretos de exposição na Internet da privacidade de pessoas captadas em espaços públicos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Sociedade da Informação. Espaços Públicos. Privacidade.

1 INTRODUÇÃO

A Sociedade da Informação, lastreada no primado do conhecimento, na criação, circulação e oneração da informação, consubstancia-se na atual forma de fomento das inter-relações pessoais, e no direcionamento dos aspectos econômicos, políticos, jurídicos e sociais, provocando alterações significativas no cotidiano. Nesse processo, a pessoa humana, em todo seu conjunto físico, moral e espiritual, também transmuda-se em ser dependente de informações, onde dados e signos são sua vivificação em um novo plano de existência.

Com efeito, na Sociedade da Informação a pessoa é primeiramente representada por informações, ou seja, conhecida por dados, números, rotinas de compras e gastos, na forma de textos, imagens, sons e dados registrados. Esta nova percepção do indivíduo,

* Universidade do Oeste de Santa Catarina; silvanoghisi@gmail.com

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2002); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998); Professora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenadora/Líder do Grupo de Pesquisas (CNPq) intitulado Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos - sediado na Unoesc; Avaliadora do INEP/MEC e Supervisora do SESu/MEC.

¹ O presente trabalho é resultado do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Civis do Programa de Mestrado em Direito da Unoesc, com versão menor apresentada no CONPEDI/UniCuritiba, 2012.

como um ser informacional, passa a reclamar a proteção da privacidade, notadamente por se tratar de um direito fundamental de primeira grandeza, reconhecido como direito de personalidade, com caracteres de indisponibilidade, intransmissibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

A privacidade, entretanto, tradicionalmente é vista como o direito de estar só e a salvo da percepção alheia, o que é atingido pelo recolhimento do indivíduo ao um recôndito de preservação e ocultamento, como se operasse um escudo à intromissão ou curiosidade alheias. Tal feito é obtido pelo retorno do indivíduo a um espaço próprio e individual, exclusivamente privado, no mais das vezes refletido na residência inacessível e no sigilo das informações a seu respeito. Mas é no espaço público onde a presença das pessoas se faz descoberta, e é neste *momento* que a privacidade vem reclamar luz. A toda evidência, onde a princípio se mostraria incompatível a ideia de recato e ocultação, necessário se faz preservar o ser humano da percepção alheia, num sentido de garantir um direito à invisibilidade, ou melhor, um direito de não ser notado, de não ter sua presença detectada e divulgada aos demais. O problema se amplia diante do instrumental existente na Sociedade da Informação, e em virtude destas inúmeras inovações tecnológicas permitem que qualquer indivíduo possa ser vigilante dos que o cercam, quando munido de dispositivo e equipamentos cada vez mais potentes e invasivos, a exemplo: dos celulares, dos *tablets*, das câmeras e de gravadores de sons.

O presente estudo tem como objetivo conciliar o direito à informação e o livre acesso aos inventos tecnológicos, disponíveis na Sociedade da Informação, e como estes inventos podem demonstrar verdadeiros elementos de inclusão, com também o direito de que a presença pessoal nos espaços públicos não possa ser alvo indiscriminado e *desautorizado* do registro alheio, da conservação, da reprodução e da divulgação indevida.

2 PRIVACIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito a privacidade fulgura no conjunto dos direitos fundamentais, e como tal é também componente dos direitos humanos, admitidos como direitos que cabem ao ser humano pelo simples fato de assim se constituir (BOBBIO, 1992, p. 17), pois se trata de um *Ser* dotado de dignidade.

Em esboço histórico, explica Farias (2000, p. 70) que os direitos humanos “[...] inicialmente foram concebidos como limites aos poderes do soberano. Eram as liberdades individuais oponíveis ao Estado. Constituíam, essencialmente, direitos de defesa contra o Estado.” Evoluindo no tempo, novos direitos com mesma carga de relevância e necessidade passaram a ser reconhecidos, agora exigindo postura ativa do Estado para sua realização, como ocorreu com os direitos sociais, de acordo com Lucas (2010, p. 37-38),

No caso específico dos direitos humanos, é evidente que a definição jurídica e a institucionalização de seus postulados constituem o quadro das importantes conquistas históricas proporcionadas pelas revoluções liberais do século 18. Sob esse ângulo, é possível afirmar que os direitos humanos tiveram um momento especial

de reconhecimento institucional que se confunde com o próprio advento do Estado Moderno e se configura como elemento material de sua formação, como última instância de legitimação do Estado de Direito.

A toda evidência, os direitos humanos despontam com intuito universalista, com ares de transnacionalidade, reclamando sua validade em qualquer parcela de tempo e espaço, justificados em que são direitos humanos pelo só e simples fato do seu destinatário, o ser humano, resultando na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948. Nesse passo, a ideia de transnacionalidade e validade universal dos direitos humanos, como concepção política, exige sua internalização nos ordenamentos jurídicos e sociais de cada país, por meio de normas jurídicas explícitas. Sarlet (2008, p. 31-32) compreende que os direitos humanos transmudaram-se para direitos fundamentais, assim:

[...] embora sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, e diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Traçadas tais proposições, é certo que no processo de positivação dos direitos humanos para dentro das cercanias territoriais de cada país há um ato de escolha, cuja preocupação é trazida por Lucas (2010, p. 38-39):

A positivação dos direitos humanos, entretanto, não explica, por exemplo, o porquê da definição e da escolha de determinados direitos e não de outros; não explica por que diferentes sociedades ocidentais, com histórias política e econômica diversas, adotaram, em regra, uma mesma orientação valorativa na definição de suas cartas políticas de direitos humanos; não explica, ainda, o fato de sociedades não ocidentais concordarem, ao menos em parte, com um conjunto desses direitos mesmo antes das revoluções do século 18.

Nesta raia, se os direitos humanos que se pretendem universais e transnacionais, quando no processo de positivação sofrem opções, a positivação não deixa de ser a própria derrocada do intento universalista.

No caso do direito à privacidade, está assim reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. XII: "*Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.*" (grifo nosso). E no processo de positivação, propriamente no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se pela Constituição Federal brasileira de 1988 esse mesmo di-

reito contido no art. 5º, inciso X: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*” (grifo nosso).

Pela dicção constitucional supratranscrita vê-se que o constituinte originário contemplou direitos à intimidade e vida privada, sendo que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 acolhe apenas a vida privada. O constituinte pátrio, porém, desdobrou a vida privada em uma faceta ainda mais específica, sob o caráter de um direito à intimidade, como defende Silva (2012, p. 206):

O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada como um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputada, como outros, manifestação daquela.

[...]

Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas [...]

Mendes e Branco (2011, p. 315), por seu turno, ainda que não percam de vista que privacidade e intimidade possuem arestas de contato, traçam a seguinte distinção:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Inegável, que ambos os autores acima citados, visam proteger a pessoa da interferência e intromissão alheia, por isso o foco consiste em almejar por a salvo de qualquer curiosidade e expectativa desautorizada. Verifica-se aqui a representação de forma nítida da preservação do princípio constitucional positivado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988), e de seus reflexos. Nessa toada, um tempero de concretude aos direitos fundamentais da índole da privacidade e da intimidade adveio com o reconhecimento de pertença aos direitos de personalidade, como pontua Canotilho (2003, p. 396, grifo nosso):

Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. 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). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como ‘direito à pessoa ser e à pessoa devir’, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice versa.

Como se nota, o direito de privacidade está inserido em uma categoria especialíssima de direitos do ser humano denominados de direitos de personalidade, estes que, segundo Farias (2000, p. 131), são classe

[...] composta por aqueles direitos que constituem o *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo da personalidade, sendo próprios da pessoa em si, como ente humano, existente desde o seu nascimento. Em sua, os direitos de personalidade ‘concedem um poder às pessoas para proteger a essência de sua personalidade e suas mais importantes qualidades’.

Proveitoso atestar que os direitos de personalidade formam o plexo de valores existenciais da pessoa humana, nas mais variadas nuanças, envolvendo matizes materiais (integridade física), imateriais (nome, imagem, privacidade) e espirituais (honra), e como prefere Diniz (2008, p. 118),

[...] direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade 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.

A privacidade, portanto, é inegavelmente um direito humano, um direito fundamental, e enfim um direito de personalidade, de forma que para Doneda (2000, p. 128),

A proteção da privacidade, elemento indissociável da personalidade, merece esta tutela integrada, sendo provavelmente um dos casos em que ela é mais necessária. A cotidiana redefinição de forças e meios que possibilitam a intromissão na esfera privada dos indivíduos demanda uma tutela de caráter incessantemente mutável.

[...]

Os autores que abordam os direitos de personalidade são unânimes em reconhecer neles integrada à proteção da privacidade. Há variações de amplitude e mesmo de nomenclatura com as locuções direito à intimidade, direito ao segredo, direito ao recato, direito à vida privada, direito ao respeito da vida privada, direito ao sigilo, entre outras. Passando ao largo do exame das características individuais de cada uma, é indiscutível, que estão superadas as discussões sobre a existência ou não da privacidade pelo ordenamento jurídico e, especificamente, pelo direito civil.

Inquestionável ser fundamental a proteção da privacidade na perspectiva do direito humano, como também sua essencialidade imprescindível à realização da dignidade da pessoa humana. Nesta trilha revela a privacidade o seu *status* no panorama atual de necessidade de proteção e com o objetivo de tornar eficazes os direitos fundamentais. O temor justificável consiste na falta de controle em barrar o uso indevido e indiscriminado dos aparatos tecnológicos que captam a presença humana de modo a causar lesão irreparável nos direitos atinentes a personalidade. Assim como a Sociedade da Informação cria novas formas de relações interpessoais, também reclama novas formas de controle e de

proteção diante dos riscos trazidos pelos meios tecnológicos, em virtude de seu uso indiscriminado e invasivo.

3 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Toffler (1998, *passim*) refere-se à Sociedade da Informação como um estado em que coexistiriam dois relógios, um analógico e outro digital. O primeiro a regular a vida humana presa a limites temporais e físicos, e o segundo como o que transcenderia estes limites exigindo acesso e ações simultâneas em torno e em razão da informação, como se presente um tempo e espaço paralelos. Este descompasso entre vivência e regulação das relações sociais, e o virtuoso processo de inovação tecnológica é sentido de outro modo por RODOTÀ apud DONEDA (2000, p. 120):

Tem-se a sensação que cresce a distância entre o mundo velocíssimo da inovação tecnológicas e o mundo lentíssimo da proteção sócio-constitucional. Quase a todo momento percebe-se a rápida obsolescência das soluções reguladoras de um determinado fenômeno técnico, destinadas à solução de um problema apenas.

A aparente desarmonia entre universo tecnológico-informacional e vida cotidiana, e a visão de que tecnologias determinam os rumos sociais, entretanto não sobrevive à crítica mais acautelada feita por Castells (2003, p. 43):

É claro que a tecnologia não determina a sociedade. Nem a sociedade descreve o curso da transformação tecnológica, uma vez que muitos fatores, inclusive criatividade e iniciativa empreendedora, intervêm no processo de descoberta científica, inovação tecnológica e aplicações sociais de forma que o resultado final depende de um complexo padrão interativo. Na verdade, o dilema do determinismo tecnológico é, provavelmente, um problema infundado, dado que a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas.

Na perspectiva dialética, a tecnologia incorpora a sociedade, e esta, por sua vez, faz uso da tecnologia. Não há se falar propriamente em “impacto” das novas tecnologias da informação sobre a sociedade, porque se assim ocorresse, o ambiente social deveria ser tomado como um recipiente vazio, não reativo, despido de dinamicidade, e que apenas suportasse as punções projetadas pelas tecnologias. Segundo Lévy (2003, p. 21), “[...] não somente as técnicas são imaginadas, fabricadas e reintegradas durante seu uso pelos homens, como também é o próprio uso intensivo de ferramentas que constitui a humanidade como tal (junto com a linguagem e as instituições sociais complexas).”

No traçado dessa inescusável interdependência, continua o autor que “[...] é impossível separar o humano de seu ambiente material, assim como dos signos e das imagens por meio dos quais ele atribui sentido à vida e ao mundo.” (Lévy, 2003, p. 22). Nesse aspecto da Sociedade da Informação, não existe um simples impacto das tecnologias na sociedade, na medida em que o surgimento de tecnologias e sua infiltração no meio social é um processo dialógico intermitente, dependente de fatores multifacetados, por vezes

inidentificáveis com precisão. Assim, não há uma mera resposta à provocação instada pelas tecnologias, mas sim uma maneira autoconstrutiva do sistema social. Na visão sistêmica pode se ponderar, da seguinte forma:

Um sistema é constituído por elementos autoproduzidos e por nada mais. Tudo o que opera no sistema como unidade - mesmo que seja um último elemento não mais passível de ser decomposto - é produzido no próprio sistema através da rede de tais elementos. O ambiente não pode contribuir para nenhuma operação de reprodução do sistema. O sistema, obviamente, também não pode operar no seu ambiente. (LUHMANN apud NEVES; SAMIOS, 1997, p. 25).

O comportamento apresentado pela Sociedade da Informação ante o contágio por novas tecnologias não se mostra como um revide, refulgindo como um reflexo já comprometido pela integração daquelas tecnologias. Na Sociedade da Informação a tecnologia implantada ganha existência própria e irradia influxos ao corpo social, tornando impossível regredir ao estágio anterior, diante das ramificações e interdependências que estendeu com a nova tecnologia integrada. Pelo mesmo fundamento, tudo que a partir de então passar a autoproduzir levará características da integração tecnológica experimentada. É este o sentido autopoietico ventilado por Luhmann, na direção da incorporação, internalização, revelação das tecnologias e o seu uso (ou não uso) pelas sociedades, como um sistema fechado, onde “[...] informações são sempre constructos internos” (LUHMANN apud NEVES; SAMIOS, 1997, p. 25).

Em esteira análoga, Lévy (2003, p. 25) afirma que a tecnologia tem papel, quando muito, condicionante, mas nunca determinante da sociedade e da cultura. Fenômenos sociais jamais são operados unidirecionalmente por relações de causa e efeito, pois “[...] a multiplicidade de fatores e agentes proíbe qualquer cálculo de efeitos determinantes.” (LÉVY, 2003, p. 26).

Existem pontos de irreversibilidade das sociedades diante da incorporação das tecnologias, onde considerado o contato da sociedade com a tecnologia, no instante seguinte nem a tecnologia é a mesma, tampouco a sociedade, já tendo internalizado seu uso e despontada na produção de novas rotinas e técnicas com base naquela tecnologia implantada. Vislumbra-se que a informação, em sentido bastante geral e amplo, é que dá suporte às relações humanas; e a informação lapidada é a que confere sólidos sustentáculos à nova e complexa Sociedade da Informação, e que tem na infraestrutura de tecnologias de informática e comunicação a propulsão de uma inescindível e veloz dinamicidade.

A Sociedade da Informação, ou sociedade informacional como prefere Castells (2003, p. 57-60), apresenta características específicas que permitem sua identificação e percepção como formação autônoma. A primeira destas facetas é a de que a informação é sua matéria prima, posto que as tecnologias evoluem adrede à propiciar a apropriação e uso da informação pelo ser humano. Como segunda característica está a profícua e elevada penetrabilidade, visto que a informação é elemento indissociável de toda ação humana, de sorte que são autopoieticamente afetadas por cada nova tecnologia.

Outra característica da Sociedade da Informação é sua flexibilidade, já que torna facilitada a reorganização, e a factível capacidade de redefinição, ressignificação. A interação de tecnologias é outra característica luzente da Sociedade da Informação, pois se observa o contínuo processo de diálogo entre áreas do conhecimento e tecnologias, com integração de elementos de eletrônica, telecomunicações, biologia e robótica.

Por fim, não há se falar em Sociedade da Informação, com a vertiginosidade que a se experimenta, sem reconhecer a característica sobranceira da lógica de redes, isto é, aparato essencial que permite a produção, compartilhamento e disseminação da informação, e ao mesmo tempo, no despertar de tecnologias para o trato e uso da informação. A propósito, essa conformação é reconhecida na Diretiva 2002/58 da Comunidade Europeia:

[...] O desenvolvimento da sociedade da informação caracteriza-se pela introdução de novos serviços de comunicações electrónicas. O acesso a redes móveis digitais está disponível a custos razoáveis para um vasto público. Essas redes digitais têm grandes capacidades e possibilidades de tratamento de dados pessoais.

Diante destas características, a Sociedade da Informação desconhece, *a priori*, limitações espaciais e temporais, negligenciando espaços públicos e privados, conferindo-se a si próprio cunho universal e incombátil.

4 ESPAÇOS PÚBLICOS E ESPAÇOS PRIVADOS

A vivência na sociedade moderna perpassa diuturnamente pela oscilação da presença do ser humano entre espaços públicos e privados. A cisão entre recônditos privados e aberturas de espaços públicos é fruto da modernidade, numa clara associação ao reconhecimento do direito de propriedade, e daquilo se possa garantir de exclusivo aos indivíduos, pressuposto para em contraponto se poder falar em espaços não privados, isto é, públicos e compartilháveis com uma coletividade. Rousseau (2006, p. 23) apresenta uma relação de integração do indivíduo que, pelo contrato social, submete-se reciprocamente a espaços públicos e privados, ressaltando que “[...] cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, acha-se comprometido numa dupla relação, a saber: como membro do Estado em face dos particulares e como membro do Estado em face do soberano.” Na visão rousseuniana, a vontade geral reflete-se na coletividade, o espaço público, sobrepondo-se ao privado.

Habermas (2003, p. 92), porém, ao investigar a modernidade, à luz da burguesia, identifica uma vital conformação do espaço público, chamado de esfera pública, em co-tejo com o espaço privado, tomando-o como um fenômeno social de interação e diálogo, expondo o jusfilósofo que:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.

Essa concepção permite inferir que na sociedade existem os espaços privados (íntimos), notadamente representados pela família e sociedade civil, ao passo que também existem os espaços públicos (esfera públicas) nos quais, por meio do agir comunicativo, se propiciaria a intermediação entre sociedade e Estado. Entremendo esta inter-relação atuariam os direitos fundamentais, para de um lado assegurar o princípio da autonomia privada e propriedade, e de outro o exercício das liberdades públicas. Entretanto, *a participação ou mesmo a simples estada da pessoa em espaço público é apreendida com Arendt* (2007, p. 59-60), que vislumbra um *locus* temporal-espacial de aparecimento e visibilidade, quando assim descreve:

[...] a aparência — aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos constitui a realidade. Em comparação com a realidade que decorre do fato de que algo é visto e escutado, até mesmo as maiores forças da vida íntima ... vivem uma espécie de vida incerta e obscura, a não ser que, e até que, sejam transformadas, desprivatizadas e desindividualizadas, por assim dizer, de modo a tornar-se adequadas à aparição pública.

[...]

A realidade da esfera pública conta com a presença simultânea de inúmeros aspectos e perspectivas nos quais o mundo comum se apresenta e para os quais nenhuma medida ou denominador comum pode jamais ser inventado.

Martins (2005, p. 157), por sua vez, pressupõe um aspecto diferenciado dos espaços públicos, altercando que “[...] em termos sociais, todavia, o espaço público designa a constituição de uma intersubjectividade prática, do reconhecimento recíproco como sujeitos, da ligação das pessoas e do encadeamento das suas acções na cooperação social.” E nesse propósito, Habermas (2003, p. 93), prospecta que

[...] as esferas públicas ainda estão muito ligadas aos espaços concretos de um público presente. Quanto mais elas se desligam de sua presença física, integrando também, por exemplo, a presença virtual dos leitores situados em lugares distantes, de ouvintes ou espectadores, o que é possível através da mídia, tanto mais clara se torna a abstração que acompanha a passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública.

A par dos espaços públicos, os espaços privados apresentam-se como aqueles destinados ao exercício das faculdades privativas do ser humano que se quer deixar a salvo do conhecimento alheio, sobretudo entrelaçados com os ideais de privacidade, intimidade e sigilo. Nesse aspecto, Arendt (2007, p. 61) pondera que a “[...] esfera pública só tolera o que é tido como relevante, digno de ser visto ou ouvido, de sorte que o irrelevante torna-se automaticamente assunto privado.”

A toda evidência, a dicotomia entre espaços públicos e privados identifica-se, num primeiro momento, sob o aspecto físico e espacial, tomando por base espaços físicos. Não se pode olvidar que o reconhecimento de um ambiente ser espaço privado ou público também está condicionado a um determinado momento histórico, e até mesmo no contingente cultural de determinada comunidade, pois quanto mais individualista for o pensamento cultural, mais espaços privados existirão, e do contrário,

quando mais coletivo e transcendente ao indivíduo for determinada cultura, avolumar-se-ão os espaços públicos.

Ao presente estudo importa, pois, a qualificação dos espaços públicos e privados por seu cunho institucional e jurídico, na linha prelecionada por Martins (2005, p. 158):

Por sua vez, pelo critério institucional ou jurídico, são qualificados como públicos os lugares ou os problemas que relevam de uma instituição pública. Neste caso, o privado opõe-se ao público e o segredo ou a inacessibilidade constituem a condição da sua proteção. Podemos falar então do domicílio ou da empresa, que relevam de uma autoridade privada, e das ruas ou das praças, que relevam da ordem pública. Dada esta incerteza, fica claro que não existe um espaço público natural e que a nossa atenção deve recair não apenas na evolução e na porosidade da fronteira entre público e privado, mas também na evolução das significações que estas noções revestem, por exemplo, nas deslocções entre uma acepção física concreta e uma acepção imaterial do espaço público.

De toda forma, a fronteira entre espaços públicos e privados nem sempre é presente e facilmente identificada, dado que experimentam um latente processo de imbricação, pela própria dinâmica dos sujeitos neles insertos e por meio deles reciprocamente envolvidos. Nesse contexto, a mediação tecnológica, característica da Sociedade da Informação, que propicia o trânsito entre tais espaços e fomenta o esmaecimento de barreiras entre eles, merece urgente atenção.

5 DIREITO À “INVISIBILIDADE” NOS ESPAÇOS PÚBLICOS

Como alhures visto, entre direitos fundamentais essenciais do ser humano está a privacidade, um verdadeiro direito proprietário de se ver a salvo de toda e qualquer intromissão alheia, nos moldes tencionados por Doneda (2000, p. 113):

O surgimento da doutrina do *right to privacy*, em matiz fortemente identificado com o direito ao isolamento, corresponde justamente a um dos períodos de ouro da sociedade burguesa norte-americana, o final de século passado.

[...]

Tomado como garante do isolamento e da solidão, o direito à privacidade não se aprestava exatamente como uma realização de exigências naturais do homem, mas sim de uma classe.

Se a privacidade representa o direito de ser deixado em paz, traduzido da célebre fórmula do direito de estar só construída pelo magistrado norte-americano Cooley (DONEDA, 2000, p. 113), instiga saber se há campo e possibilidade de sua incidência nos espaços públicos, onde pairam a visibilidade tratada por Arendt (2007, p. 59-60) e os processos comunicativos enfocados por Habermas (2003, p. 92-93).

O simples fato de o indivíduo apresentar-se em espaços públicos não permite concluir que se despiu de toda a proteção natural oriunda da privacidade. Ainda que fora de seu reduzido universo particular, é certo que conserva escudo contra a intromissão alheia. Tal concepção engloba todo o universo de pessoas da comunidade, tenha alguma delas ou não qualquer participação pública de maior expressão. Mesmo nestes casos, quando em

mira pessoas públicas, a doutrina reconhece que não abandonam por completo os obstáculos da privacidade em face das investidas alheias. Mendes e Branco (2011, p. 321-322) dedilham a questão:

Por vezes, diz-se que o homem público, i. é, aquele que se pôs sob a luz da observação do público, abre mão da sua privacidade pelo só fato do seu modo de viver. Essa impressão é incorreta. O que ocorre é que, vivendo ele do crédito público, estando constantemente envolvido em negócios que afetam a coletividade, é natural que em torno dele se avolume um verdadeiro interesse público, que não existiria com reação ao pacato cidadão comum.

[...]

Fatos desvinculados do papel social da figura pública não podem ser considerados de interesse público, não ensejando que a imprensa invada a privacidade do indivíduo.

Como se nota, a doutrina supracitada admite um arrefecimento da proteção à privacidade da pessoa pública (políticos, artistas, celebridades em geral), tão somente quanto a fatos relevantes ao papel social, que despertem a importância para o interesse público, sendo que os mesmos autores advertem que “decerto que interesse público não é conceito coincidente com o de interesse *do público*.” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 321, grifo nosso).

Logo, se nem mesmo a figura pública é desnudada de toda sua privacidade nos espaços públicos, menos ainda o será o cidadão comum, o *homo medius*, cuja existência e presença é desimportante para o interesse público. Porém, ainda que a assertiva afigure-se lógica e razoável, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão datada do ano de 2004, externou posição em sentido diverso:

DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. *Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada.* Recurso especial não conhecido. (STJ - 4ª Turma - REsp 595.600/SC. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Julgamento em 18 mar. 2004. DJ 13 set. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 05 mar. 2013, grifo nosso).

Em que pese os argumentos do julgado acima, não se pode confiar numa suposta cláusula tácita de consentimento à exposição e apropriação da presença pessoal pelo simples fato de o indivíduo apresentar-se em determinado espaço público. Considerando que a privacidade visa à proteção de direitos de personalidades preciosos como à honra e imagem, indisponíveis que são (art. 11, Código Civil), *não há como supor que ao adentrar a um espaço público a pessoa tacitamente aceita ser alvo de toda e qualquer espécie de intervenção alheia.*

Na Sociedade da Informação a questão desponta mais espinhosa preocupação, uma vez que as tecnologias de comunicação, cada vez mais rápidas e vorazes, mais acessíveis e integralizadas aos afazeres cotidianos da vida comum, a exemplo de celulares,

tablets, redes de comunicação de alta velocidade, transmissão eletrônica em tempo real, criam um ambiente em que cada indivíduo é ao mesmo tempo vigilante e vigiado de todos e por todos. Martins (2005, p. 158) expõe esta evidência:

Esta questão da fronteira entre espaço público e espaço privado abre caminho à reflexão sobre a mediação técnica, sobre o modo como as novas tecnologias da informação, que incluem os media, participam da redefinição da fronteira entre público e privado, ao misturarem em permanência lugares e actividades públicas e privadas. O exemplo-tipo desta realidade é a publicitação da intimidade nos media audiovisuais e na Internet, assim como, de um modo geral, a comunicação electrónica.

Silva (2012, p. 209-210) também se debruça sobre a questão, analisando:

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.

A questão relevante é que nos espaços públicos da Sociedade da Informação cada sujeito que esteja dotado de um dispositivo tecnológico capaz de captar a presença de outros, pode registrar e reproduzi-la de forma instantânea, e para um contingente indeterminado de pessoas, sem qualquer autorização prévia de tal divulgação. Em outras palavras, em poucos comandos intuitivos de um dispositivo tecnológico (celular, *smartphone*, *tablets*) registra-se uma pessoa lendo jornal em uma praça, e no instante seguinte este registro está disponível em alguma rede social para livre consulta uma infinidade indeterminável de pessoas. Ocorrência desta natureza representa ofensa ao direito de privacidade, que no espaço público pode ser entendida como um possível direito à invisibilidade, um direito de não se notado e de não ter a presença registrada. A rigor, *apenas o consentimento expresso, inadmitindo-se consentimento tácito pela simples exposição, pode afastar a ofensa à privacidade nos espaços públicos*. Neste sentido já decidiu o STJ - Superior Tribunal de Justiça em histórica construção *juscultural* no ano de 2011, *in verbis*:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM EM SÍTIO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PARA EMPRESA ESPANHOLA. CONTRATO COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO NO EXTERIOR. 1. A evolução dos sistemas relacionados à informática proporciona a internacionalização das relações humanas, relativiza as distâncias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos. 2. Entretanto, a intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas e encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas pecu-

liaridades inerentes a esta nova tecnologia, abrindo ensejo à prática de possíveis condutas indevidas.

3. O caso em julgamento traz à baila a controvertida situação do impacto da internet sobre o direito e as relações jurídico-sociais, em um ambiente até o momento desprovido de regulamentação estatal. A origem da internet, além de seu posterior desenvolvimento, ocorre em um ambiente com características de auto-regulação, pois os padrões e as regras do sistema não emanam, necessariamente, de órgãos estatais, mas de entidades e usuários que assumem o desafio de expandir a rede globalmente.

[...]

10. Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem.

[...]

(STJ - 4ª Turma - REsp 1168547/RJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 11 maio 2010. DJe 07 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 04 mar. 2013, grifo nosso).

Emblemático nesse campo de discussão é o caso da modelo brasileira Daniella Cicarelli, que em 2006, numa praia de Ibiza, Espanha, foi flagrada em atos lascivos e sexuais com o namorado. Em instantes o vídeo ali captado foi lançado na Internet, espalhando-se tal qual um vírus de alta capacidade de replicação. A modelo ingressou com pedido judicial pretendendo que fosse vetada a exibição e circulação nos meios midiáticos da Internet, obtendo êxito no intento por força da decisão proferida no recurso de Agravo de Instrumento n. 472.738-4, julgado pela 4ª Câmara de Direito Privado do Estado de São Paulo, sob relatoria do Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. A discussão empreendida centrou-se justamente da aferição da manutenção ou não do direito a privacidade por atos - no caso eróticos - praticados em espaço público, prevalecendo a tese de que:

Não soa razoável supor que a divulgação cumpre funções de cidadania; ao contrário, satisfaz a curiosidade mórbida, fontes para mexericos e 'desejo de conhecer o que é dos outros, sem conteúdo ou serventia socialmente justificáveis'(...).

Não há motivo público que justifique a continuidade do acesso.

[...]

Tendo em vista que o vídeo não contém matéria de interesse social ou público, há uma forte tendência de ser, no final, capitulada como grave a culpa daqueles que publicaram, sem consentimento dos retratados e filmados, as cenas íntimas e que são reservadas como patrimônio privado. Portanto e porque as pessoas envolvidas são conhecidas, a exploração da imagem poderá ter um sentido e uma conotação mercantilista, o que justifica mensurar a *astreinte* na mesma proporção das vantagens que as requeridas pretendem auferir com a divulgação, sob pena de se tornar inócua a providência judicial. (TJSP - 4ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento n. 472.738-4 - Relator: Desembargador Ênio Santarelli Zuliani - j. 28.09.2006. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 05.03.2013).

O pronunciamento judicial acima incorpora, em sua justificação, os postulados encetados por Mendes e Branco (2011, p. 320-321) no tocante às pessoas de fama expostas em espaços públicos, numa visível vinculação com a relevância pública da divulgação:

Verifica-se a tendência de tomar como justificável a intrusão sobre a vida privada de alguém quando houver relevância pública na notícia que expõe o indivíduo.

[...]

O conceito de notícias de relevância pública enfeixa as notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade. Em princípio, notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, *prima facie*, peso apto para superar a garantia da privacidade.

Com efeito, o caso analisado continha dois fatores que o tornaram especial a ponto de suscitar elevada argúcia na busca da solução jurídica adequada. O primeiro por se tratar de pessoa famosa, e que assim naturalmente detém menor “pretensão de retraimento da mídia” (MENDES e BRANCO, 2011, p. 321). O segundo fator consistiu em que as cenas captadas envolviam a prática de atos eróticos em local público, cuja reprovabilidade da conduta despertou a ideia de que, diante da prática consciente de ato impróprio, estariam os indivíduos envolvidos impedidos de reclamar contra a divulgação e exposição do fato.

Destaque-se as razões do voto divergente e vencido, nas palavras do Desembargador Maia da Cunha, *in verbis*:

Pessoas públicas, cuja popularidade atrai normalmente turistas e profissionais da imprensa em geral, particularmente os conhecidíssimos “paparazzi” da Europa, não podem se dar ao desfrute de aparecer em lugares públicos expondo abertamente suas sensualidades sem ter a consciência plena de que estão sendo olhados, gravados e fotografados, até porque ninguém ignora, como não ignoravam os autores, que hoje qualquer celular grava um filme de vários minutos com razoável qualidade.

[...]

Quem age assim em local absolutamente público, sendo pessoa pública, não pode reclamar da exposição que a mídia em geral dá pela natural curiosidade do ser humano em relação aos artistas e modelos famosos. Exposição que não passa daquela exposta pelos protagonistas, que, embalados pelo sucesso e pela paixão do momento e do lugar, não se preocuparam com a própria privacidade e intimidade. A veiculação do filme verdadeiro nada mais é do que a realidade no limite que os próprios autores explicitamente consideraram razoável quanto às suas privacidades e intimidades. (TJSP - 4ª Câmara de Direito Privado - Agravo de Instrumento 472.738-4 - Relator: Desembargador: Ênio Santarelli Zuliani. Julgamento em 28 set. 2006. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 05 mar. 2013).

Com efeito, o fato de tratar-se de pessoa de notoriedade e fama a reclamar a tutela da privacidade em espaços públicos induz tônica peculiar e agudizante ao tema. Nada obstante isso, mostra-se extremamente relevante contemplar o trato à privacidade do cidadão “comum”, cuja vida cotidiana, profissional e social, não é ordinariamente alvo dos holofotes, não desperta a curiosidade e a ânsia da expectativa pelo público. Nesse contexto, duas ocorrências envolvendo pessoas comuns e os meios de captação da presença próprios da Sociedade da Informação servem de mote à discussão.

O primeiro, verificado em março/2009 na cidade de Londres, quando um homem fora flagrado pelo serviço *Google Street View*² com carro estacionado em frente a uma loja Sex Shop. A esposa surpreendeu-se ao ver pela Internet a imagem de seu marido captada pelo serviço, pois imaginava que o cônjuge estava em outra cidade. Segundo relata a notícia publicada no Jornal The Sun,³ o fato desaguou no divórcio do casal.

O segundo caso, similar ao primeiro, é de uma mulher russa que ao buscar em serviço parecido com o *Goggle Street View* informações sobre determinada rua de sua cidade, acabou visualizando imagem de seu namorado na companhia de outra mulher. O fato também levou ao fim do relacionamento.⁴

Como se nota, nos dois casos acima as pessoas expostas não ostentavam caracteres de pessoa de notoriedade pública. Em comum apenas a presença em espaços públicos, captada por refinados mecanismos eletrônicos e reproduzidos na rede mundial de computadores. Tanto aqui, quando no anterior caso da modelo Daniela Cicarelli, detecta-se um ponto em comum: a disseminação na rede mundial de computadores (Internet) da imagem captada em espaço público, com os efeitos deletérios que então se viu.

Nesse contexto, a indagação que se deve fazer é se no espaço público a pessoa pode opor-se à captação de sua presença, a conservação desta sua representação e, num momento posterior, sua exibição a um auditório qualquer, que na era da Sociedade da Informação representa fortemente a disponibilização na Internet. O questionamento necessário consiste em desvelar se se pode reclamar um direito à “invisibilidade” nos espaços públicos, uma prerrogativa de não ser notado, de ter sua presença e passagem efêmera, vendando seu registro e o aprisionamento daquele passado de aparição nos meios eletrônicos e midiáticos. Trata-se aqui também do chamado *direito ao esquecimento*, que será objeto de discussão aprofundada num próximo estudo.

À circunstância, Diniz (2002, p. 101) discute que a restrição à tutela da privacidade em espaços públicos é válida sempre que a pessoa ali não é destacada com ênfase, na medida em que o objetivo da captura é de divulgar um determinado cenário no qual a pessoa afigura-se como mero elemento acidental, secundário e, assim, desimportante. Em outras palavras, a pessoa não é o foco daquela representação. Pensamento análogo é partilhado por Mendes e Branco (2011, p. 320), para quem:

Em princípio, se alguém se encontrar num lugar público está sujeito a ser visto e a aparecer em alguma foto ou filmagem do mesmo lugar. Haveria, aí, um consentimento tácito na exposição. A pessoa não poderá objetar a aparecer, sem proeminência, numa reportagem, se se encontra em lugar aberto ao público e é retratada como parte da cena como um todo.

Na Sociedade da Informação, porém, os mecanismos de captação e registro de informações conduzem a que a imagem pessoal possa ser aprisionada para a posteri-

² O Google Street View é um serviço on-line que permite explorar lugares no mundo todo por meio de imagens em 360 graus no nível da rua, mediante acesso público via internet.

³ Notícia disponível em: <<http://www.thesun.co.uk/sol/homepage/news/article2350771.ece>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

⁴ Notícia disponível em: <<http://newspressrelease.wordpress.com>>. Acesso em: 05 mar. 2013.

dade, *aniquilando o direito ao esquecimento*, uma vez que a divulgação pela Internet desconhece barreiras espaciais e temporais, sem se olvidar ainda da velocidade do fluxo das informações e da intercomunicação de equipamentos e dispositivos permite a qualquer pessoa armazenar e replicar cópia daquela representação pessoal captada. A toda evidência, é um cenário diferente daquele abrangido outrora por jornais, revistas, e mesmo pela televisão.

Nesse passo, a tese de consentimento tácito na exposição em espaços públicos merece temperamento, pois se deve rememorar que se está diante de direitos de personalidade cuja proteção à sua exposição injusta advém justamente da tutela da privacidade, pois como pontua Farias (2000, p. 152-153), “[...] se o seu titular pode exercer atos de disposição sobre o direito à própria imagem livremente, não pode privar-se totalmente do mesmo, em razão de ser esse um direito da personalidade (e portanto, inalienável, irrenunciável, inextinguível, intransmissível e imprescritível).”

Por razões de legítimo interesse público, especialmente em casos de saúde e segurança pública, os espaços públicos poderão ser vigiados e funcionar como ambientes de recolhimento latente da presença das pessoas. Nesta perspectiva pode haver a instalação de equipamentos como câmeras de segurança em prédios públicos, nas ruas e nas praças, mas destaca-se que as imagens e cenas captadas serão mantidas em sigilo e contra terceiros, justamente porque falta interesse público na divulgação livre, aberta e incondicionada destes registros. Nessa perspectiva, a Diretiva 95/46 CE da Comunidade Europeia identifica:

Considerando que os dados susceptíveis, pela sua natureza, de pôr em causa as liberdades fundamentais ou o direito à vida privada só deverão ser tratados com o consentimento explícito da pessoa em causa; que, no entanto, devem ser expressamente previstas derrogações a esta proibição no que respeita a necessidades específicas, designadamente quando o tratamento desses dados for efectuado com certas finalidades ligadas à saúde por pessoas sujeitas por lei à obrigação de segredo profissional ou para as actividades legítimas de certas associações ou fundações que tenham por objectivo permitir o exercício das liberdades fundamentais; Considerando que, sempre que um motivo de interesse público importante o justifique, os Estados-membros devem também ser autorizados a estabelecer derrogações à proibição de tratamento de categorias de dados sensíveis em domínios como a saúde pública e a segurança social - em especial para garantir a qualidade e a rentabilidade no que toca aos métodos utilizados para regularizar os pedidos de prestações e de serviços no regime de seguro de doença - e como a investigação científica e as estatísticas públicas; que lhes incumbe, todavia, estabelecer garantias adequadas e específicas para a protecção dos direitos fundamentais e da vida privada das pessoas;

Em outro plano, enfim, para os casos concretos acima analisados nota-se que o direito à privacidade merece prestígio. Porém, no primeiro caso, porque a captação da imagem teve como foco justamente as pessoas incluídas no cenário, é possível objetar-se tanto à captação e registro da imagem quanto à sua posterior divulgação e exposição. No segundo, por ser parte do cenário, mas apenas como elemento accidental, quer parecer inviável opor-se à captura, porém válido combater a exposição, divulgação e o armazenamento da representação pessoal para a posteridade, porque o direito de

não ser notado reflete-se aqui na garantia de não ter sua aparição levada livremente a conhecimento de terceiros, sobretudo no universo infundável e incontrolável da rede mundial de computadores e similares.

Inferre-se que na Sociedade da Informação o direito à privacidade recebe nova roupagem, descrita por Doneda (2000, p. 120) como “[...] uma transformação na definição do direito à privacidade, do ‘direito de ser deixado em paz’ para o ‘direito a controlar o uso que outros fazem das informações que me digam respeito’.” No todo contextualizado, nos espaços públicos da Sociedade da Informação precisa ser defendida à pessoa, famosa ou não, o direito a uma passagem efêmera e delével, sem resquícios à posteridade.

6 CONCLUSÃO

Verificou-se ao longo deste estudo que o direito à privacidade faz parte do grande arcabouço dos Direitos Humanos, inclusive com expressa referência na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ali denominado de direito à vida privada. Na Constituição Federal brasileira de 1988 recebe o mesmo nome, acompanhado de um desdobramento na forma de direito à intimidade, um aspecto mais profundo e atinente a traços ainda mais íntimos e reservados da vivência humana. Privacidade e intimidade, de toda forma, são pressupostos para o exercício de direitos de personalidade, como a imagem e honra. Nos dias de hoje o estudo do direito à privacidade não pode ignorar a Sociedade da Informação, realidade permeada pelo imprescindível trânsito de informações imbricadas com a aplicação de tecnologias. A utilização de informações e tecnologias, assim como sua reprodução e replicação, é uma constante que caracteriza a Sociedade da Informação e as relações sociais que nela se estabelecem, de tal modo que corpo social e pessoas individualmente consideradas tornam-se dependentes da dinâmica tecnológica informacional continuamente auto-redefinidora.

A velocidade com que as práticas e transformações ocorrem na Sociedade da Informação acende questionamento sobre a proteção da privacidade em espaços públicos e privados, sendo aqueles reconhecidos como *locus* de amplo diálogo e auditório aberto, com franca exposição e visibilidade das pessoas, e os últimos recônditos de reserva, aptos a acondicionar aquilo que se quer proteger do conhecimento alheio. *Porque a Sociedade da Informação consubstancia-se numa realidade que desconhece barreiras físicas, o uso de tecnologias de captação da presença pessoal em espaços diversos traz à tona a discussão se, nos espaços públicos, de tradicional exposição e visibilidade pessoal, existiria proteção à privacidade, e se o indivíduo poderia invocar um pretense direito de não ser notado, de não ter sua presença captada, registrada e reproduzida.* Em outras palavras, coube *perquirir se o indivíduo tem direito à “invisibilidade” nos espaços públicos, para pô-lo a salvo de toda e qualquer intromissão alheia.*

Analisando casos concretos bastante emblemáticos, um deles envolvendo a modelo brasileira Daniela Cicarelli, e outros dois sobre o serviço *Google Street View* e análogo, pode-se traçar distinções quando pessoa famosa cuja presença foi captada por instrumentos e tecnologias de informática e informação, e quando se tratar de cidadão comum, mas, sobretudo, com o adendo de que o fator de maior relevância é a posição da pessoa no cenário da captação da imagem, e quanto mais o foco for a pessoa que

aquilo que a cerca, mais firme e defensável será a invocação do direito de não ter sua presença notada e divulgada.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Manuais de Legislação).

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução Roneide Venâncio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. Considerações iniciais sobre bancos de dados informatizados e o direito à privacidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Edilsom Pereira. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Unijuí: Unijuí, 2010.

MARTINS, Moisés de Lemos. Espaço público e vida privada. *Revista Filosófica de Coimbra*, p. 172, 2005. Disponível em: <www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/espaco_publico_e_vida_privada>. Acesso em: 07 mar. 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.) *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS: Goethe-Institut: ICBA, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios do direito político*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. 23. ed. São Paulo: Record, 1998.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva n. 1995/46 CE, de 24 de outubro de 1995. Relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva n. 2002/58 CE, de 12 de dezembro de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas (Directiva relativa à privacidade e às comunicações electrónicas). *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, Bruxelas, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/pt/index.htm>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: O DIREITO À MEMÓRIA PARA COMBATER A LESÃO DE BENS CULTURAIS

Dirce Nazare de Andrade Ferreira*
Daury Cesar Fabriz**

1 INTRODUÇÃO

No Brasil depois de 30 anos de vigência da lei 6.683/79 que concedeu anistia aos crimes políticos ou conexos do período de exceção em 1964, ainda há na atmosfera política brasileira algumas dúvidas ainda não dissipadas. À lei 6.683/79 e suas posteriores alterações restam paradoxos, e por si só eles imprimem ao Estado algo incômodo tal qual papel ambíguo que ora legitima atos de exceção perpetrados por si mesmo, e ora se beneficia do perdão da própria lei, que ele mesmo gestou.

A tortura e maus tratos aos prisioneiros cabem como exemplo de atos de exceção praticados pelo Estado e remetidos pela Lei 6.683/79 gerando assim uma incômoda sensação de chancela da tortura como política de Estado no regime autocrático. Como um jogo mimético de espelhos, em nome da ordem vale torturar e em nome dessa mesma ordem vale esquecer e perdoar práticas violadoras de direitos humanos.

Tem-se com isso o sentir de que a dinâmica da lei de anistia gestado pelo Estado corrobora ao mesmo tempo com uma sutura que tenta estancar ferida cruenta mas ao mesmo tempo contribui para deslustrar memórias para afastá-las da história. Dito isto, e sem a pretensão de esgotar tema tão heterogêneo e interdisciplinar, este ensaio terá como diretrizes as seguintes questões:

O que significa para a modernidade a lesão de bens culturais?

- a) Como essa lesão de bens pode corroborar para a oclusão da história?
- b) De que forma a Lei 6.683/1979 pode colaborar para a clausura histórica do período?

Parece proveitoso antes de seguir adiante situar o leitor com o aspecto basilar deste ensaio, configurado nos seguintes objetivos:

- a) Ressaltar a necessidade da justiça de transição no Brasil;
- b) Demonstrar a primordialidade de rever a Lei 6.683/79 como forma de garantia de direitos humanos;

* Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória; Doutoranda em História Social das Relações Políticas na Universidade Federal do Espírito Santo; Professora na Universidade Federal do Espírito Santo; Av. Fernando Ferrari, Campus Universitário de Goiabeiras, Goiabeiras, 29055-420, Vitória, Espírito Santo, Brasil; dirce-nazare@hotmail.com

** Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Coordenador e Professor da Faculdade de Direito de Vitória; Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo; Presidente da Academia Brasileira de Direitos Humanos; sociólogo; advogado; Av. Fernando Ferrari s/n, Goiabeiras, 29066-970, Vitória, Espírito Santo, Brasil; mestrado@fdv.br

- c) Enfatizar a necessidade da abertura de arquivos para que a histórica seja dada a ler e pesquisar.

Assim desde logo ressaltamos a relevância do presente tema, principalmente por que neste ano o Brasil evoca discussões sobre a data comemorativa de meio século do regime de exceção, muito ainda haverá de ser buscado para elucidar essa fatia temporal histórica tão relevante e que ao mesmo tempo açula novas pesquisas.

Ressaltamos que neste estudo fizemos uma pesquisa bibliográfica tendo a autora Glenda Mezaroba como principal suporte doutrinal, junto às contribuições de Chartier (2009), Certeau (1982), Bourdieu (2004) e Giddens (1991), dentre outros. Assim trata-se de uma pesquisa histórica cujo tratamento de dados analisados foi realizado pelo método dedutivo, com vertente qualitativa.

Dito isto, passamos à análise de como a história foi murada impedindo assim o acesso tanto aos arquivos do regime de exceção, quanto à admissão da justiça de transição.

2 A HISTÓRIA MODERNA E A LESÃO AOS BENS CULTURAIS

A história configurada como ir e vir é entrecortada por evolução e retrocesso uma vez que encontra na dialética o elo que dá suporte ao seu prosseguimento, pois ela não é linearmente estável. Ao contrário ela é força polissêmica que opera na multicausalidade através de saltos e rupturas criadoras de vertiginosa tensão, daí que a descontinuidade da história semeia inquietude. Foucault (1999, p. 34) nos ensina que “[...] o devir histórico entrelaça eventos de forma que o acontecimento é uma relação de forças que se dão no acaso das lutas e surgem na eventualidade singular dos acontecimentos, de forma não mecânica, não linear.”

Com efeito, a história é construído de séries heterogêneas, e desta forma é temerário dar a ela uma causalidade direta e redutora, pois ela é complexa, seus elementos tem contornos contingenciais uma vez que a sociedade é fruto de articulações ou tessituras múltiplas imbricadas de forma permanente. Os elementos espaço e tempo são na verdade combinações que reverberam outras capilaridades na história tornando-a produto singular. Essas ramificações são construídas pela experiência do mundo, da historicidade e principalmente pela contextualização, tendo como suporte a sociedade em determinado contexto. Giddens (1991, p. 4), sobre as mutações sociais da história e da modernidade, ensina que

[...] a ideia de que a história humana é marcada por certas descontinuidades [rupturas e saltos] e não tem uma forma homogênea, compactada, em uma unidade de desenvolvimento, é obviamente familiar.

Todavia, complementa o autor, que os

[...] modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não têm precedentes. Tanto em sua extensibilidade quanto em sua intencionalidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudança característicos dos períodos precedentes. (GIDDENS, 1991, p. 5).

Assim como as ciências humanas, a história e o direito - que é seu fruto - estão conjugados em um compósito de dados que se interpenetram através de ações diversificadas, formando configurações peculiares a cada intervalo cronológico, em uma lógica própria que caminha de forma dialética.

Certamente que o empuxo da história enquanto ciência humana encontra-se ligado à noção de paradigma social. De cunho axiológico o paradigma histórico trata-se de uma constelação de crenças e valores partilhados pelos membros de uma comunidade em dado momento e que se reveste em práticas reproduzidas naquele *locus* e que nem por isso representa hermetismo, uma vez que a dialogicidade está implícita em seus pilares.

Nesse aspecto, Bittar (2010) destaca o paradoxo da modernidade e seus contornos políticos que positiva ou negativamente, para o bem ou para o mal tentam afastar tensões e conflitos evoluindo em uma trajetória para o futuro que parece obnubilar fatos pretéritos. Assim, o autor destaca que a modernidade tem marcha veloz voltada à vanguarda que pode gerar viseiras impedindo-a de dialogar e mesmo olhar as lateralidades que o envolvem. Analisando esses critérios Boaventura (2000, p. 14) ressalta que “[...] o moderno remete à lógica da perplexidade, com horizontes de opções intencionalmente muito limitados.” Assim na verticalidade de sua marcha em direção ao futuro, a modernidade tenta inexoravelmente por negação apagar o passado que a gerou, e assim o faz em movimentos niilistas de caminhar para frente como se tivesse emergido do nada e para ele se direcionasse.

Sobre isso Bittar (2010) destaca a metáfora da locomotiva que dissipa a nebulosidade da manhã, e caminha para frente desprezando fatos pretéritos construindo amálgamas com a teoria do consumo veloz de produtos rapidamente obsoletos, como forma negativa da visão histórica que a produziu.

Conjugada com a modernidade e produto dela a *techné* operada na práxis representacional da lógica tem uma forma objetificadora que converte a ciência e mesmo a história em uma *res* e a torna obsoleta rapidamente. A cultura em simulacro aliena, produz pensamento massificado, forma padrões exógenos e transforma pessoas em coisas. Esta pauta traz em seu contorno uma certeza e previsibilidade muitas vezes chancelada pela legalidade que tem na intersubjetivamente o viés legítimo para deletar a crítica. Assim a modernidade traz um récipe já pronto aos quais os sujeitos aderem acrítica e irrefletidamente, muitas vezes colaborando com ela.

Relembremos que não raro a modelagem moderna consegue cooptar opinião através de discursos e símbolos que funcionam pela lógica atrativa da linguagem midiática. Esta linguagem metafórica se reproduz pela ubiquidade em múltiplos espaços simultâneos, e tem na lógica consumista seu maior pressuposto. Convém reiterar que a lógica linguística que massifica exerce influência e poder, interligando-se às noções de autoridade e prestígio, daí sua força e plasticidade com elevado assentimento.

Para Bourdieu (2004), os aparelhos ideológicos do Estado cada em sua esfera de atuação colaboram para robustecer as forças e idiosincrasias da modernidade como sistema de domínio para fazer a leitura do mundo conforme a pauta que o Estado der a ler. Ocorre que a univocidade de interpretação pela técnica e seu logocentrismo moderno podem gerar uma cultura de simulacro na perspectiva de atacar vozes dissonantes e ero-

dir clamores sociais. Essas práticas embora certas vezes não intencionais fazem parte da lógica memorizada ou fenômeno de apagar a memória por aniquilação da própria história.

Teles (2005, p.317) destaca que os regimes autoritários do século XX “[...] se caracterizaram pela sistemática violação aos direitos dos cidadãos” pondo em relevo a dissociação política exercida por estratégias pouco sutis nas organizações tais como: a fragmentação de grupos, e a extração de conteúdos políticos dos currículos pedagógicos. Adicionada a essas práticas administrativas o Estado punitivo foi mais incisivo atuando com a força publicizada ação para inibir levantes contra o regime.

Analisando esses critérios, a técnica moderna conjugada com estratégias refinadas de políticas é na verdade eficaz estratégia de direcionar as ideologias ao sabor das intenções do Estado. Há de se compreender, no entanto que essa canalização pode representar uma forma de dano ao patrimônio cultural à medida que constringe a liberdade da cidadania de se mostrar da forma que ela se desvela verdadeiramente em sua essência, diz Heidegger (2004, p. 22). E não há maior pisadura à identidade cultural de um país que o desfigurar de sua cultura crítica fenomênica, complementa o autor.

A cultura fenomênica está ligada à criticidade, e na verdade é quase sempre associada por regimes de exceção por que é escoadouro para liberdade de ação e pensamento. Bens culturais transformam pela via da consciência social a inércia do não pensar, daí que eles representam objetos que dialogam e formam arcabouço crítico capaz de fazer interlocuções com o saber. Logo, saber implica poder, uma vez que imerso em campos de saber os sujeitos são envolvidos em espaços de poder.

Bittar (2010) destaca que a formação do pensamento crítico tem estreita interlocução com a cultura e principalmente com a educação. Eis que estes dois ativos se configuram em informações tangíveis e às vezes intangíveis quando contidos em outros elementos formando com eles um conjunto. Chartier (2009, p. 5) citando Kant nos brinda com a metáfora dos bens culturais enquanto um conjunto formado por dois *corpus*: o mecânico e o orgânico. E destaca que uma obra tem seu corpo mecânico personificado naquilo que recebe e abriga o *corpus* orgânico, que é a alma da obra, a ideia, a própria obra.

O acesso à obra orgânica (a alma) somente é possível por via da estrutura mecânica da coisa que a contém; é ele, “o *corpus*” o invólucro donde o espiritual da obra repousa, portanto são os quadros, o papel dos livros, os discos, os computadores, etc. que representam meios de conservação e preservação dos bens históricos.

Assim, tanto *corpus* quanto espírito das obras são interesse da humanidade, e como tal devem ser preservados, pois transcendem como vias críticas transfixando gerações, logo esse conjunto inseparável (orgânico e mecânico) tem papel relevante na história pois são veículos pelos quais ela se dá a conhecer. Todavia, o caráter frágil do *corpus* pode deixar os bens culturais em desarrimo, daí a importância de preservação da história por via dos corpos, como memória para olhar o passado com filtro crítico de forma protetiva às quedas históricas do princípio dialético da própria vida.

Advirta-se, outrossim, que a história moderna parece ser hostil às obras culturais, uma vez que a modernidade coalhada de supressão de direitos tem seu fio condutor ligado à lógica da destruição tanto de bens materiais quanto imateriais. Neste sentido Telles (2005, p. 317) assegura que “[...] a desvalorização da memória na época moderna não se

deve a um mero lapso.” A história demonstra que nas grandes rupturas quase sempre esteve presente a negação do outro, sendo exercitada pela ação desrespeitosa à sua cultura, alteridade e memória. Ação que Bittar (2009) denomina de memoricídio.

Lesar bens culturais parece ter sido a forma eficaz de extinguir traços inteligíveis de civilizações em sua época, isto por que atingir *corpus* tem se configurado como arma para apagar histórias e minorar responsabilidades sociais sobre aquela civilização. Destruir, ensina Bittar (2009), parece ser fórmula que se dá de forma muito rápida e sem deixar vestígios tanto das obras destruídas quanto do ato em si mesmo, por conseguinte tem sido utilizada de maneira recorrente na história, ocorrendo principalmente pela aniquilação da linguagem memorial, ela é a primeira ferramenta a ser atacada pois funciona como elo de reprodução cultural intersecular.

Assim atacar *corpus* que abrigam linguagens tem sido segundo Bittar (2010), formas de tratoramento para construir regimes de exceção e aniquilar culturas. Quebram-se de forma intencional pontes culturais linguísticas que deveriam unir fatos pretéritos ao futuro, assim se produzem fraturas históricas e nesse vazio cultural injeta-se a lógica do esquecer.

Baez (2006, p. 84) ressalta que a “[...] história da cultura da Grécia, por exemplo, é também a história do desaparecimento de bibliotecas e livros,” assim a história da perseguição da palavra como instrumento de cultura aliada ao memoricídio opera como forma de dominação da consciência humana. O inaccessível aos bens de linguagem se absolutiza, torna as ignorâncias difusas - o memoricida aniquila ativos culturais destinados às gerações futuras, tratorando o empuxo do esquecimento, que na verdade é a pedra angular da modernidade vazia, sem crítica. O autor elenca vários exemplos de bens culturais destruídos tais como as bibliotecas da Polônia, da Alemanha, Romênia, Bósnia e Tchecoslováquia cujos *corpus* culturais lesados demonstram a tentativa de apagar a memória (BAEZ, 2006).

Bittar (2010) denomina essas ações de bibliocausto, ressaltando que a destruição e inaccessível a esses espaços (bibliotecas, fontes históricas documentais, acervos etc.) tanto a violação às obras são na verdade estratégias produtoras de desinteresse pela história política do país.

No Brasil pós 1964 também se instaurou distanciamento do diálogo, sobretudo acerca da condição política e da cidadania de seu povo. Com efeito, Teles (2005, p. 318) ressalta a indiferença política dos cidadãos como resquício das técnicas memoricidas e principalmente o fechamento de espaços culturais. As considerações dantes descritas reforçam questões sobre como o Governo brasileiro mesmo depois de dissolver o período de exceção, fez uso de dispositivos legais para continuar preservando o sigilo de fontes fundamentais para a compreensão da história política e cultural brasileira, enclausurando arquivos e documentos que são verdadeiros acervos históricos merecedores de pesquisa e visitação.

Trazemos na próxima parte do texto as estratégias utilizadas pelas vias de dispositivos legais para retardar o acesso à informação e discutiremos como esses dispositivos foram manejados para retardar tanto o conhecimento do período como a própria justiça de transição.

3 A LEI 6.683/1979 - ANISTIA: A LÓGICA DA AMNÉSIA

No final do regime e como forma de pacificação social foi promulgada a Lei 6.683/79 propondo dentre outros aspectos a anistia na perspectiva de esquecimento aos atos de exceção cometidos no regime de 1964 no Brasil. Mezzaroba (2006, p. 119) ressalta que “[...] a Lei 6.683/79 foi aprovada da maneira que o governo desejou.” Corroborando com a lei, a Advocacia Geral da União, assim como a Procuradoria Geral da União emitiram pareceres esquivando-se de reabrir discussões acerca da legislação, dando por encerrado aquilo que nem iniciado fora.

Na conformidade do exposto, tanto a Lei n. 6.683/79 quanto os pareceres dos dois órgãos que deveriam abrigar a causa humanitária, também optaram pelo entendimento da Lei, reforçando assim aquilo que denominamos de amnésia política. Ao assim proceder, destacam como amparo a anterioridade da Lei de 1979 à Constituição Brasileira de 1988. Entendemos que o aceite à Lei da Anistia é precedente audaz que decerto legitima os atos de exceção, significando, portanto um dislate do próprio Estado que enquanto signatário da Carta das Nações Unidas de 1945 fere os princípios contidos no capítulo I daquele mandamento internacional.

Não se pode negar que a Lei de Anistia tenha sido um avanço à sua época, todavia como impulso democrático inicial não se encerra em si própria, e principalmente ela como fruto do regime de exceção deve ser desdobrada em outros atos e revisada. Sobre esse aspecto Fabres (1999) destaca que o sistema jurídico-político é dependente do sistema sociocultural, e os dois são imbricados; voláteis necessitam portanto de reavaliação com outros olhares históricos.

Isto por que a passagem histórica de uma fase à outra implica que o Estado deva construir seu plano de futuro, não sem antes decidir sobre temas relacionados ao antigo regime. Não há que se iniciar nova rota história rompendo-se com a lógica anterior sob o véu do esquecimento, sobretudo quando essa forma de esquecer se dá sob o véu burocrático da Lei. No caso brasileiro a lei da anistia por si representa descida vertical sobre os cidadãos paradoxalmente representando rito de passagem plastificado de uma cena política à outra, reproduzindo o sistema coercitivo que tenta apagar. Como destaca Bittar (2010), a lógica da modernidade se calcifica, instaura-se de forma inequívoca quando assim se procede.

O que se tem na verdade com a Lei da Anistia é o próprio regime de exceção revisitado de forma arguta uma vez que sob o véu da Lei 6.683/79, e em nome da conciliação nacional se instaura pacificamente e por via de mão dupla, benefícios ao Estado e cidadãos partícipes do regime de exceção. Ocorre que há um fosso entre esses dois lados, e decerto essa assimetria pode se dar como ação injusta à medida que forja igualdade.

Na verdade, na visão de Santos (2000, p.34-26) a boa mão da justiça cumpridora da pacificação social serve tanto para emancipar quanto para regulamentar, e de fato a Lei de Anistia de 1979 criada por uma comissão de autoridades militares no poder à época transmite a sensação de parcialidade uma vez o pacto social pela boa ordem fora posta na mesa de negociações apenas pelos representantes do Estado. Tal atuação aparentemente óbvia e satisfatória soa como um descompasso pois se mostra contrária à ética plausível que destaca “[...] não é bom que aquele que faz as leis as execute.” (FABRES, 1999, p. 8).

Diante disso outro conteúdo não poderia ter a Lei 6.683/79 senão aquele mais periférico que dá importância aos temas administrativos quase sempre voltados aos militares (retorno aos postos de trabalho, reversão de soldos, etc.).

Chama atenção também o desequilíbrio com que a Lei n. 6.683/79 trata os dois polos envolvidos nos conflitos (Estado e ofendidos) se referindo à anistia enquanto esquecimento que diz respeito principalmente ao perdão por atos de exceção perpetrados pelo próprio Estado, daí sua proposital voz uníssona. Vejamos:

Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). (BRASIL, 1979).

Todavia, a questão substancial, aquela que tem suscitado grandes controvérsias é que para além da concessão da Anistia, o § 1º faz uma abrangência na definição penal do tipo. Vejamos: “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.” Ocorre que paradoxalmente o § 2º do artigo 1º tenta extrair do benefício da anistia, ações políticas, praticadas por motivação política: senão vejamos: “Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.”

Os argumentos assacados contra a Lei 6.683/79 referem-se à ambiência dentro da qual fora gerada a Lei e os propósitos intencionalmente postos em seu texto estabelecendo um viés político aos crimes perpetrados pelo regime de exceção (tortura, violência). Conquanto muitas vezes defendam essa corrente não é ela ponto pacífico entre os doutrinadores pois o Estado se eximiu da responsabilidade tentando apagar como se não os tivessem praticado, e assim tenta parametrizar sua ação assimétrica com a dos civis envolvidos no conflito. Entendemos que a linguagem é inoportuna e tendenciosa em favor do próprio Estado.

Qual torre de babel, a linguagem da Lei 6.683/79 é inconclusa em seus artigos, apresenta-se intencionalmente vazia. Vejamos a redação do artigo 7º; ele inicia o texto, adjetiva, substantiva uma série de elementos em gradação e não consegue sequer concluir seus objetivos:

Art. 7º A conhecida anistia aos empregados das empresas privadas que, por motivo de participação em grave ou em quaisquer movimentos reivindicatórios ou de reclamação de direitos regidos pela legislação social, haja sido despedido do trabalho, ou destituídos de cargos administrativos ou de representação sindical.

O artigo 8º sem nenhum parágrafo ou alínea intermediária entre o artigo antecedente do mesmo modo é inconcluso, incompleto; vejamos:

Art. 8º Os anistiados, em relação às infrações e penalidades decorrentes do não cumprimento das obrigações do serviço militar, os que à época do recrutamento,

se encontravam, por motivos políticos, exilados ou impossibilitados de se apresentarem.

Entendemos que a incompletude da lei, a forma intencionalmente obscura e incompleta foi uma proteção do Estado a si próprio. Mas na ausência cerebral da 6.683/79 a truculência se instaura; e enquanto postura verticalizada ou verdade absoluta da época, a própria Lei 6.683/79 não admite contraposição. Assim essa doutrina de onipotência volta suas luzes a si própria, refletindo o despotismo da própria ditadura que se propõe encerrar. Por isso a Lei de Anistia suscitou divergências e aqui destacamos duas correntes em contraposição: uma delas defende que a tortura é crime hediondo prevista na Constituição de 1988 e que portanto não poderia abrigar a Lei 6.683/79 gestada em contexto político anterior e colidente com a Carta Magna de 1988.

De outra seara em interpretação mais literal a corrente penalista refuta a tese anterior ressaltando que o Direito Penal segue o princípio da anterioridade e irretroatividade, por tanto não haverá de se ter punição para fatos não considerados crimes à época. Ademais, concluem os penalistas, não há que se falar de revisão da Lei pois os crimes já estariam prescritos.

Matéria complexa, recheada de critérios políticos mas que incomoda por que há meio século o tema tem uma nebulosidade intrigante, em 2008 a OAB solicitou ao Supremo Tribunal Federal através da Ação de Descumprimento de Direito Fundamental (ADPF-153) uma declaração da Corte, sobre a temática. O julgamento histórico ocorreu em abril de 2010 pelo Ministro Eros Grau, que decidiu pela improcedência da ação, corroborando assim a Lei 6.683/79, corroborando a lógica do memoricídio - estratégia que neste trabalho repudiamos com vigor e passamos a expor as necessidades de um novo olhar para a Lei de Anistia. Entendemos que com isso será possível fazer uma justiça de transição, visitar conceitos e permitir a escrita de nova história política do Brasil. Passemos, pois, aos argumentos.

4 NECESSIDADE DE REVISAR A LEI 6.683/79 COMO FORMA DE GARANTIR DIREITOS HUMANOS

Considerando que embora o STF tenha decidido pela improcedência da ADPF, não há como obscurecer que tal interpretação literal não se coaduna com o momento democrático e principiológico do Direito Constitucional. No Brasil, desde 1979 até a promulgação da constituição de 1988 - garantidora da justiça como valor supremo e que trata tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia - pouco se caminhou para conjurar fraturas impostas pela repressão (TELLES, 2005, p. 317).

Se é certo que a Lei de Anistia foi importante pois representou o retorno ao país de considerável parcela de cidadãos brasileiros exilados, também se limitou ao ato de tornar inimputável por interesse social qualquer pessoa que tenha cometido crimes políticos, trazendo à tona da legalidade os perseguidos, e clandestinos. Mas na esteira da pacificação social fez inadequada equiparação entre os que suportaram tortura e torturadores, nivelando a história por uma escala assimétrica.

De certo que os olhos da justiça brasileira permaneceram vendados para os crimes cometidos pelo Estado. A violência perpetrada em corpos vivos e mortos foi penitenciada

pelo credo pacificador e assim histórias e relatos que desapareceram em circunstâncias jamais esclarecidas foram dissolvidos pela pacificação do esquecimento.

Somente nos anos 1990 tentou-se preencher o hiato histórico, criando-se assim o projeto de Lei dos desaparecidos na Ditadura Militar, no entanto novamente se tratou com singeleza administrativa, assunto político cruente. E reiteradamente a noção utilitária da Lei 10.559/02 propõe reparação econômica de caráter indenizatório, reconhecendo assim a condição de anistiado àqueles que por motivação eminentemente política sofreram algum tipo de represália no período de setembro de 1964 a outubro de 1988.

A indenização tardia representou grande reconhecimento, uma vez que para Mezzaroba (2006, p. 139) “[...] os perseguidos políticos comumente eram vistos como pessoas não confiáveis o que limitava suas escolhas profissionais e os colocava na informalidade [...]” em consequência muitos tiveram dificuldades de inserção profissional, o que segundo a autora alterou profundamente sua situação econômica.

Na verdade a Lei 10.559/02 também é revestida de racionalidade administrativa de cunho higienista, seu olhar pragmático ameniza, como se fosse bastante reparar por pecúnia os deslizos históricos cometidos à época. A lógica de pagar para apagar é simétrica à modernidade: com pecúnia e só com ela se abrandam espíritos e pacificam corações. Daí deriva outra vertente: o pagar implica esquecer, cerrar arquivos, calar história.

Mas se aos olhos de alguns as indenizações são consideradas grande avanço não são por si só, suficientes. Entendemos que, quando o Estado pagador considerado pai corretivo que lentamente faz avançar o país, reestabelece a paz trocando por pecúnia, a história, fere de morte a própria história e sepulta direitos humanos. Ademais retroage à barbárie do silêncio proibindo abertura de arquivos públicos, que teoricamente a constituição permitiria abrir em 20 anos, prorrogáveis por mais 20.

Destaque-se que em 2005, a Câmara aprovou a medida provisória 228 prorrogando indefinidamente a proibição da publicidade dos arquivos. Como de costume a elasticidade dos prazos no Brasil, militam a favor do Estado, pela retórica evasiva da complexidade da matéria, o STF se eximiu de julgar de imediato, trazendo à tona disfunções jurídicas tais como intencional lentidão. Assim estabelecendo dilação de prazo por tempo indeterminado (decerto como meio de pacificação social) para julgar tema tão intrincado, os órgão ganha tempo, desidratam o tema e fortalecem o esquecimento.

Assim, o Brasil consolida-se como sancionador de injustiças; seu silenciar inquietante tem adesão da comunidade apolítica, alheia a temas sociais, e que parece corroborar com o vazio moderno desse estado de coisas. Neste aspecto, Arendt (2003, p. 339) destaca que “[...] é perturbador o fato do regime totalitário, malgrado seu caráter criminoso, contar com o apoio das massas.” A propósito, sobre governos totalitários Arendt (2003) ainda ressalta quão desconcertante é o altruísmo autoproclamado de seus membros e adeptos em nome de um projeto supostamente nacional. Logo, em nome dele (esse mesmo projeto) é tolerável perpetrar crimes de lesa-humanidade.

Dito isto, sob diversos aspectos a Lei n. 6.683/79 deveria ser revista e principalmente por que anistia resguarda tão somente crimes políticos. Para Bicudo (2005, p. 89) não podem ser consideradas conexas a eles, ações de tortura praticadas por agentes com ou sem consentimento do próprio Estado. Assim aquele mandamento normativo deve ser

revisto, pois eivado de uma gama de conceitos equivocados, uns intencionalmente produzidos, outros tecnicamente distorcidos por erros crassos.

Como exemplo, a terminologia utilitária da Lei 6.683/79 usa o termo “conexão” de forma turva; isto por que doutrinariamente outro é o conceito de crime conexo. Para Jesus (2007, p. 7), há conexão quando o mesmo sujeito pratica vários crimes que são ligados por laços teleológico, causais ou ocasionais. Ora, não há que se falar em conexão como vaticina a Lei da anistia, quando se trata de crimes cometidos por sujeitos diferentes (Estado e cidadãos do povo), estes como pacientes e aqueles como agentes do crime.

Marques (1956, p. 20) na mesma linha de entendimento de Jesus (2007) destaca que conexão é ligação ou nexo. Então só pode haver conexidade se os vários autores buscam a mesma finalidade na prática do ato delituoso. Bicudo (2005), neste entendimento destaca que não se pode pensar em conexidade de crimes políticos com intersecção de Estado e particulares anistiados, pois se tratam de sujeitos diferentes, em lados diferentes, com diferentes finalidades.

Quanto ao equívoco das ações de Estado ao tempo do regime de exceção razões não faltam para sedimentar a revisão da Lei. O Brasil subscreveu e ratificou o Pacto de São José, reconhecendo a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que textualmente declara que os governos poderão conceder anistia, mas devem investigar atos atrozos durante o período de exceção. Na verdade avançou-se de forma muito discreta na lógica perversa da amnésia.

Isto posto o Brasil poderia, a exemplo de outros países da América do Sul ter re-dimensionado o discurso e a forma com que se tratou até agora a história do período de 1964. De forma recorrente o que se tem plantado é a técnica de amaciamento ou dito de outra forma, a tentativa de fazer crer minimização da crueldade do período. Não raro a imprensa noticia adjetivos eufêmicos ao período, utilizando terminologia duvidosa e pretendendo dar roupagem mais branda ao fenômeno que de per si, já foi demasiado cruel. Assim a história se perfaz agressivamente difusa, distanciando as raias que separam o punir do perdoar, o lembrar do esquecer, as leis dos direitos humanos. O trem da modernidade novamente caminha reto, tratorando o país, então não há dúvida que nestas circunstâncias, o direito deve fazer uma intervenção humanitária, acreditamos nós, pela justiça de transição. Passemos então, a discorrer sobre ela.

5 A NECESSIDADE DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Na verdade há cinco décadas, a combinação do tríduo “final do período de ditadura”, “Lei de anistia” e “regime democrático”, funciona como notas dissonantes de uma incômoda melodia. Isto por que remetem a um ciclo que não se fechou, fase incompleta, todavia não superada, superposta à outra que lhe é sucedânea, mas que com ela parece não dialogar.

As sombras da ditadura não foram ainda dissipadas da sociedade que se exclui, no entanto de considerar que esse papel cabe à justiça de transição, o amálgama que indelevelmente liga os dois momentos históricos de forma humanista. Assim conforme destaca Santos (2000) um dos papéis emancipatórios do direito consiste em libertação, é

a justiça que melhor revela essa trajetória: em todos os momentos da história, o direito é construído por uma tensão entre regulação (autoridade) e emancipação (razão), mas com o desenrolar da experiência humana, a emancipação sempre triunfa.

Assim na tensão entre regulação e emancipação no campo jurídico e tentando criar um novo paradigma societal, a justiça de transição é área de atividade e pesquisa concentrada na fase nebulosa do final de um regime e começo de outro. Na interseção desses dois lapsos temporais a justiça de transição deve lidar com o legado deixado pelo regime político que se exauriu debruçando-se sobre ele para extrair possíveis legados de violações aos direitos humanos, atrocidades porventura efetivadas e outros traumas sociais perpetrados.

Pensar em justiça de transição remete à articulação de estratégias jurídicas e não jurídicas com a finalidade de transformar politicamente a sociedade expurgando do passado as incômodas sombras e gerando para o novo regime um futuro pacífico. Desta forma não se pode falar de justiça de transição às ocultas, com atos furtivos que poderiam turvar seu brilho, encobrendo ações passadas. Tampouco esquecer, pela lógica do tamponamento memorial.

Por via contrária, justiça de transição significa apuração de ações ativas e passivas do Estado, como mecanismo de respostas à sociedade. Atos perpetrados e que possam ter violado direitos humanos deverão ser expostos e discutidos na sociedade como forma de esforço reparatório. O legado de graves e sistemáticas violações gera, portanto, obrigações ao Estado como forma prestacional não somente às vítimas, mas também como ato serviente à transparência da própria sociedade, fim último do direito das humanidades.

Desta forma como ciência de turbulência que deve ser, o direito subsidia a justiça de transição investigando e trazendo à luz os fatos históricos em um caminhar sério. Nesta conjectura de rearticular direito com a revolução humana emancipatória o direito deve comprometer-se com a revelação de verdades, configurando-se como aparato de suporte, evitando assim técnicas evasivas regulatórias outrora perpetradas.

A exposição do arsenal cultural escrito à sangue serve como reconhecimento de crimes pretéritos, funcionando como catalisador de deslegitimação de regimes totalitários. Agir assim implica, desta forma, rompimento com o passado e descontinuidade de ciclos superpostos (passado e presente) confusos. É obrigação do Estado e deve ser amparada pela justiça de transição a exposição do arsenal de memória, arquivos e documentos como forma de localização de despojos de vítimas fatais, e ainda, como forma de publicizar a memória do período tornando-o sem crédito humanitário.

Essas ações todas são formas de enfraquecimento da ideologia ditatorial e a desmotivam à medida que se enraízam no inconsciente coletivo da sociedade. O inequívoco restabelecimento da memória, ao invés de nutrir amnésia revigora inequívocos atos de barbárie, fortalecendo (pelo conhecimento deles) o repúdio, assim é possível afastar reiteração futura. Isto por que, o direito à verdade além de afastar identidade evasiva brasileira, ainda revigora inequivocamente a história, imprimindo-a na memória coletiva nacional como legado de gerações.

Coadunando com Mezaroba (2006, p. 30) entendem o que esse processo purifica a memória das vítimas e familiares expurgando chagas coletivas, rompe com o passado autoritário e constrói nova identidade constitucional. Conforme destaca com propriedade

Rosenfeld (2003, p. 14), “[...] para se estabelecer a identidade constitucional deve-se fabricar tessitura e entrelaçar passado dos constituintes com os tempos presente e futuro.” Desta forma, continua o autor “[...] a identidade constitucional é reinterpretada e reconstruída” isto por que ela se dá de forma dialética, pois mergulhada em intensas relações com outras identidades.

Agindo assim, a justiça de transição preenche o hiato entre dois momentos históricos superpostos, mas que não dialogam. Dentre seus efeitos, tem ela a função de romper com o passado autoritário e viabilizar transição à plena democracia. Isto por que na interação humana histórica não se concebe clivagens entre “eu” e “o outro” (grifo nosso) no tempo histórico. Assim os sujeitos constitucionais emergem como consequência de mudanças históricas, rompimentos, revoluções.

Enquanto povo detentor do poder constituinte, encontra-se na condição de externar suas vontades, dialogando e conhecendo os lapsos temporais que o formam. Então longe de surgir como carência de identidade ou alienação, os sujeitos constitucionais modelam nova ordem política a partir do paradigma que se lhes apresenta, articulando presente e futuro, tendo como elemento balizador, o passado histórico-social.

À medida que a justiça de transição se implementa articula nova roupagem constitucional conectada com pluralismos humanos que considera alteridade do outro. Ao invés do vazio histórico a reconstrução da identidade fornece meios para realizar tarefa de interpretar a nova realidade constitucional, que não pode ser elaborada por bricolagem. Ao contrário, interpretar é reelaborar a realidade constitucional utilizando como amálgama a justiça de transição significando também introduzir novos elementos na composição da identidade nacional.

A tarefa de reconstrução da identidade é dialogal, significa harmonizar novas realidades com o passado à proporção que o novo rompe com os elementos anteriores, recombina-os, envolvendo-os em um quadro persuasivo e inteligível, com fulcro da ideia antiga ser guia, e não mais retornar. E isso só é possível realizar com o consenso da sociedade através da demonstração da memória histórica. Neste aspecto o enfoque reconstutivo da sociedade democrática e garantidora de direitos humanos gira em torno de dois requisitos, a aceitação de princípios democráticos que fornecem critérios a outros aspectos normativos; e adoção de padrões coerentes com a perspectiva dos direitos humanos, dentre eles o respeito à memória.

Sem dúvida, na passagem de um regime a outro, o compromisso com a memória histórica, a adoção do princípio do Estado democrático de direito e a proteção dos direitos fundamentais, promovem reconhecimento da identidade através da justiça de transição. Desta forma a efetiva transição para a democracia republicana só se concluirá quando houver promoção da verdade e responsabilização dos atores sociais que perpetraram o regime de exceção brasileiro de 1964.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Estado Democrático de Direito é mister que se utilize a ideia de república e democracia como termos intercambiáveis, que expressam o arremate da organização polí-

tica desejável. Ao sintetizar as perguntas problema deste ensaio, qual seja “o que significa lesão de bens culturais e de que forma ela corrobora com a oclusão da história”, temos a dizer que a Lei da Anistia ao silenciar pela boa ordem pacificadora foi a chave da clausura sob diversos aspectos.

Isto por que a história, a política, e as liberdades formam um amálgama resistente, que não há como romper e desta forma embora a Lei recrudesça em seu conteúdo normativo não há que se falar em ocultar memórias por via de leis, quando a sociedade clama por conhecer sua história. A propósito, o governo tirânico põe o direito a seu serviço e tem em comum o desejo ganancioso sobre o respeito à lei. Com efeito, a lei do Estado de exceção no Brasil, foi racionalizadora e legítima. Mas, se o racionalismo legal pretendeu crença na neutralidade seu projeto criou um ranço que ele mesmo não foi capaz de depurar.

Assim, aplicar a lei de forma mecânica, isolada, para ocultar dados, parece ter sido o projeto tecnicista da modernidade que caminhou para frente na doutrina de onipotência que na tentativa de ocultar a si mesmo, produziu clamor social maior. Esse absolutismo filosófico foi fonte onde o regime de exceção brasileiro se nutriu e depois tentou mitigar seu poder absoluto, perdendo-se no labirinto de terminologias que ela mesma não conseguiu entender, e sequer comunicar à comunidade na democracia atual.

A ocultação de registros, arquivos, tem se mostrado equivocada sob o próprio aspecto técnico de sua construção legal ou sob a terminologia de “ato sigiloso” (grifos nossos), que se pretendeu revestir uma história que pertence à nação, e somente a ela. Descarta-se desde logo, o caráter de documentos privados com o qual o Estado tentou denominar um patrimônio cultural coletivo.

Ademais as ações de ocultação, não se coadunam com o momento político atual do Brasil. E principalmente por que negligencia o acesso aos bens culturais, a história que cada indivíduo possui, que lhes permite viver com dignidade defendendo-se de usurpações e arbítrios dos outros e principalmente da supremacia do próprio Estado (FABRES, 1999).

Daí que entendemos ser necessária a revisão da Lei de Anistia, e não somente ela como a reparação de suas consequências. Isso porque, no estado democrático, liberdade, política e história formam um tríduo cuja dimensão é brilhantemente difusa, visto que miram sujeitos indeterminados que devem ser visualizados na pluralidade e multidimensão. Em sociedades com essa roupagem, não mais se admite atos verticalizados que neguem identidade, história, direitos inalienáveis dos cidadãos. Do contrário, há que impor procedimentos coadunados com sentimentos de liberdade, pois nessas representações há dois patrimônios culturais: Estado e sociedade; e para acolmatar possíveis hiatos entre eles, a história faz a conexão necessária.

Logo, não há espaço para ocultações de registros, documentos, tampouco leis unidimensionais. Por via contrária, neste momento, há que se frear o Estado, impondo-lhe marcha mais humana, e neste modelo a história cultural se une à política para convocar o passado e elaborar seus significados. São esses impulsos que se almeja na nova realidade cultural representada pela Lei de Acesso à informação, que ainda está timidamente sendo utilizada.

De maneira que o governo tirânico de um só, (a oligarquia) tem em comum o desejo ganancioso sobre o respeito à lei. Com efeito, a lei do Estado constitucional como má-

quina perfeita da engenharia social, equilibra a balança; mas seu peso pende a um lado. Se o racionalismo legal pretendeu crença na neutralidade seu projeto criou um ranço que ele mesmo não foi capaz de depurar.

A Lei 6.683/79 demonstra-se equivocada desde seu nascedouro, seja se analisada sob o próprio aspecto técnico da construção legal de seu texto, seja sob a terminologia utilizada ou ainda, a forma personalista como foi construída. Ademais se refere ao momento pós-ditadura, e como fruto dele interliga suas raízes ao paradigma burocrático da ditadura militar que não mais se coaduna com o momento político atual do Brasil. E principalmente por que negligencia a proteção mínima que cada indivíduo possui que lhes permite viver com dignidade defendendo-se de usurpações e arbítrios dos outros e principalmente da supremacia do Estado.

Isto por que no estado democrático de direito brilha a terceira dimensão dos direitos difusos, ela na verdade embora tenha em mira sujeitos indeterminados que devem ser visualizados na pluralidade e multidimensão, tem um objetivo tenaz de proteção. Em sociedades com essa roupagem não mais se admite atos verticalizados que neguem direitos humanos, por via contrária, há que impor procedimentos coadunados com sentimentos de justiça social, pois neste paradigma se aproximam duas vertentes: Estado e sociedade civil; e para acolmatar possíveis hiatos entre eles, o bloco de direitos humanos faz a conexão necessária. Daí a necessidade de revisão daquele mandamento normativo, embora o entendimento do Supremo Tribunal Federal tenha sido outro.

Entendemos que a revisão é necessária, pois no Estado Democrático de Direito não há espaço para interpretações obtusas, tampouco leis unidimensionais. Por via contrária, neste momento há que se frear o Estado, impondo-lhe marcha mais humana, e neste modelo a hermenêutica constitucional deve ser pedra de toque, configurando-se como meio equilibrador do ordenamento. Isto por que, normas expressam valores, então o direito tem cunho valorativo jungido ao tempo em que se dá a interpretação.

Assim, entendendo o direito à vida como condicionador dos demais direitos de personalidade, por tudo que representa a Lei 6.683/79 e suas derivativas, deve ela ser revista. Isto por que o Estado naquele momento atacou o direito à vida, feriu o pressuposto maior de todos os direitos, e posteriormente silenciou concedendo-se vergonhoso perdão ao que entendemos tratar-se a Lei aqui discutida de entulho autoritário incômodo que subsiste a um momento que com ela não dialoga.

Reiteramos, portanto, que não há que se falar em anistia aos dois lados, pois homicídios perpetrados pelo Estado não são conexos aos crimes políticos. Logo, refuta-se o duplo efeito de beneficiar vítimas e algozes reduzindo-os ao mesmo denominador comum. Como efeito reparador o Estado deve trilhar de volta o sombrio labirinto da história, revisitá-la e demonstrar ao país sua trajetória. Dessa forma, se rompe com o passado construindo entre os dois momentos o ponto dialogal entre seres humanos dignos e Estado responsável. E este é o papel da justiça de transição como elemento implementador de direitos humanos. Qualquer coisa fora desse entendimento é mera falácia.

REFERÊNCIAS

- ARENDR, H. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- ARENDR, H. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: nunca mais: um relato para a história*. Petrópolis: Vozes, 2003.
- BAEZ, F. *História Universal da destruição de livros: das tábuas sumérias à guerra do Iraque*. São Paulo: Ediouro, 2006.
- BICUDO, H. Anistia desvirtuada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 53, P. 89-97, mar./abr. 2005.
- BOURDIEU, P. *O Poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- BITTAR, C. E. B. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITAR, P. *Justiça de transição*; palestra proferida no Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2010.
- BOBBIO, N. *A era dos Direitos*. São Paulo: Campos, 2002.
- BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- BRASIL. Lei 10.559, de 13 de novembro de 2002. Regulamenta o Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 nov. 2002.
- BRASIL. Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 ago. 1979.
- CHARTIER, R. *A beira da falésia: a história entre incertezas e inquietudes*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2002.
- CHARTIER, R. *A história ou a leitura do tempo*. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.
- CHARTIER, R. *História da vida privada: da renascença ao século das luzes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- CHUERI, V. K. de. *Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.
- DALLARI, D. de A. Crimes sem anistia. In: TELES, J. (Org.). *Mortos e desaparecidos políticos: reparação ou impunidade?* São Paulo: Humanitas, 2000.
- DERRIDA, J. *El siglo y el perdón: fé y saber*. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 2003.
- DE CERTEAU, M. *A escrita da história*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

ELSTER, J. *Closing the books: transitional justice in historical perspective*. New York: Cambridge University Press, 2004.

FABRES, S. G. *Os princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FABRIZ, D. C. Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito In: FABRIZ, D. C. *Bioética e Direitos Fundamentais: a bioconstrução como paradigma ao direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. São Paulo: Graal, 1999.

GIDDENS, A. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Massachusetts: The Mit Press Cambridge, 1996.

HABERT, N. *A década de 70: apogeu e crise da ditadura militar brasileira*. São Paulo: Ática, 2001.

JESUS, D. E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

KHUN, T. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

MARQUES, J. F. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956.

MEZAROBBA, G. *Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências, um estudo do caso brasileiro*. São Paulo: Humanitas, 2006.

MOREIRA, L. *Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

RIBEIRO, R. J. *Pensar a República*. Belo Horizonte: Ed. UFMG. 2000.

ROSENFELD, M. *A Identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS, B. de S. Para uma concepção pós-moderna do direito, In: SANTOS, B. de S. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Porto: Afrontamento, 2000.

SKIDMORE, T. *Brasil: de Castelo a Tancredo, 1964-1985*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

SWENSSON JUNIOR, L. J. *Anistia penal: problemas de validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79)*. Curitiba: Juruá, 2007.

TELES, E. L. de A. Anistia e os crimes contra humanidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

O REGIME GLOBAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E FUNÇÃO SOCIAL DA PROTEÇÃO DA PATENTE DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS EM RAZÃO DO DIREITO À SAÚDE

Francisco Luciano Lima Rodrigues*
Marcelo Leandro Pereira Lopes**

1 INTRODUÇÃO

O período compreendido entre a segunda metade do século XIX e o pós II Guerra Mundial trouxe, de maneira incontestável, uma série de mudanças na conjuntura econômica global, na medida em que surgiram novas organizações de caráter internacional que instituíram por sua vez acordos multilaterais que tinham como objetivo principal a regulamentação das relações comerciais entre as Nações.

Neste sentido, gradativamente e em paralelo com o surgimento dessas organizações de caráter global, as agências multilaterais ganharam força e deram origem a uma nova concepção de tutela jurídica onde as entidades supranacionais e/ou os acordos e tratados firmados entre os atores locais passaram a criar um novo ordenamento jurídico supranacional.

Neste contexto, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) (sigla em inglês), vinculado à OMC, do qual todos os países signatários obrigam-se a seguir, instituiu um Regime Global de Propriedade Intelectual com forte e evidente conotação comercial, sob a tese da escassez dos bens imateriais.

O referido acordo trouxe à baila do direito internacional padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual e, em específico, aos produtos farmacêuticos, concedidos por cada Estado de forma discricionária ou não.

Destarte, a assinatura do acordo TRIPS e a submissão aos seus termos por todos os países, mostraram que, na medida que os produtos essenciais como os medicamentos tornaram-se monopólios, houve um aumento no preço dos medicamentos, afetando às políticas em saúde pública de cada país, sobretudo naqueles pobres ou em desenvolvimento.

Neste contexto, nasce a discussão, cada vez mais pertinente, sobre o alcance e os limites do direito de propriedade e sua função social.

O presente trabalho está lastreado no método de pesquisa bibliográfico, documental e comparativo, tendo sido utilizado diversos textos (artigos e livros) que tratam do tema proposto e dada a relevância do tema, foi realizado a confrontação de posicionamentos e argumentos favoráveis à manutenção dos direitos de propriedade intelectual com aqueles que defendem a necessidade de uma rediscussão da matéria.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professor Titular do Programa de Pós-graduação em Direito Mestrado/Doutorado da Universidade de Fortaleza; Juiz de Direito; Avenida Washington Soares, 1321, Bloco C, Edson Queiroz, 60811341, Fortaleza, Ceará, Brasil; lucianolima@unifor.br

** Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília, DF; Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Estado, Política e Direito Constitucional “Cláudio Pacheco”; marcelolpl1@hotmail.com

Dessa forma, neste artigo pretende-se discorrer sobre as patentes dos produtos farmacêuticos no âmbito comercial e sua relação com o direito fundamental de acesso à saúde, com o objetivo de analisar os instrumentos de flexibilidade do Regime de Propriedade Intelectual presentes no próprio Acordo TRIPS frente ao direito de propriedade intelectual.

2 DO REGIME GLOBAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DIREITO AUTORAL

Para Barbosa (2003), o termo Propriedade Intelectual abrange, segundo a doutrina, dois grandes grupos, a saber: os direitos de propriedade industrial e os pertencentes ao ramo dos direitos autorais.

Desta forma, segundo Ramos (2013, p. 132), o direito de propriedade industrial, assim como o direito autoral, constituem espécies do chamado direito de propriedade intelectual, e possuem em comum, como acrescenta o autor, “[...] o fato de protegerem bens imateriais, que resultam da atividade criativa do gênio humano, e não de forças físicas, razão pela qual são agrupados sob a denominação comum de direito de propriedade intelectual.”

É pertinente que se diga que as categorias citadas guardam diferenças entre si, tanto no que diz respeito aos bens jurídicos tutelados quanto ao “regime de proteção jurídica aplicável” (RAMOS, 2013, p. 133). Assim, é necessário que se estabeleça, ainda que de forma genérica, uma linha divisória dos bens jurídicos tutelados por cada ramo.

Para melhor exemplificar as diferenças entre cada categoria pertencente ao ramo do direito de propriedade intelectual, cita-se Silva (2009, p. 5-6):

A propriedade industrial abrange os direitos afins ao exercício de atividades industriais ou comerciais, destacando-se as marcas, as patentes, os modelos de utilidade e os desenhos industriais. Os direitos autorais, por sua vez, referem-se aos direitos autorais propriamente ditos e aos conexos. Desta forma, dizem respeito a trabalhos de cerne literário, cinematográfico, fotográfico e softwares.

Assim, uma vez que o regime de patentes farmacêuticas constitui ponto central do presente trabalho, fixa-se o debate no campo da propriedade industrial onde está inserido o instituto da patente, apresentando-se, para melhor compreensão do assunto, um histórico do Regime Global de Propriedade Intelectual.

3 APONTAMENTOS HISTÓRICOS DO REGIME GLOBAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

A humanidade, segundo Ramos (2013, p.133), nem sempre esteve atenta a necessidade de proteção do trabalho criativo desenvolvido por ela. Foi após a Revolução Industrial, em virtude da mudança nas relações econômicas e no modo de produção (sistema artesanal para o industrial), que a humanidade atentou para “[...] a inexorável realidade de que a criação era o grande instrumento de poder e de riqueza.”

Contudo, mesmo antes do período pós-Revolução Industrial, já se tinha registro de proteção às criações e às invenções, ainda que vinculadas a interesses e critérios estritamente políticos, tendo como exemplo, a proteção concedida a um invento ocorrido em Bordeaux, na França, no ano de 1236, quando foi concedida a Bonafasus de Sancta e

Companhia o direito exclusivo de explorar pelo período de 15 anos o método flamengo de tecer e tingir tecidos de lã (Ramos, 2013, p. 133).

Para Ramos (2013) a realidade assume novo contorno quando surgiram as codificações das patentes editadas em Veneza (1474) e na Inglaterra (1623/1624), “[...] esta chamada de statute of monopolies, estas duas codificações acabaram com os antigos privilégios medievais.” Acrescenta-se ainda o fato de que o referido estatuto já possuía, dentre os requisitos necessários para caracterizar uma invenção, a novidade e a aplicação industrial.

Porém, somente com o influxo do processo de mundialização, em razão da formação das entidades de caráter multilaterais, globais e supranacionais, ocorre a conformação de um regime global de propriedade intelectual.

Para Leal e Souza (2012, p. 2),

[...] a conformação do regime global de propriedade intelectual ocorre nesse cenário de profunda transformação técnica e de domínio das corporações e imposição de suas agendas a todas as demais agendas, inclusive aquelas que afetam claramente o interesse público, como o conhecimento associado à biodiversidade e a circulação de bens culturais.

Destaca-se que, é nessa lógica hegemônica de conhecimento, que se desenvolve um regime de governança global sobre a produção, sobretudo, produção intelectual, “[...] reconfigurado através de uma economia política de produção do conhecimento.” (LEAL; SOUZA, 2012, p. 2).

Neste sentido, o “[...] regime pode ser compreendido como um conjunto de estratégias institucionais, jurídicas, filosóficas e sociais que viabilizam o controle exclusivo de recursos de, virtualmente, qualquer natureza.” (LEAL; SOUZA, 2012, p. 2).

4 TRIPS - ACORDO RELATIVO AOS ASPECTOS DE DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO: COMODIFICAÇÃO, MERCANTILIZAÇÃO E GLOBALIZAÇÃO NO MUNDO

O processo de evolução e construção do sistema internacional de propriedade intelectual é marcado, segundo Barreto (2011, p. 3) por três momentos de grande repercussão no processo de mudança na proteção dos direitos de Propriedade Industrial: a criação das Convenções da União de Paris (CUP) e da União de Berna (CUB), marcado pelo surgimento da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI). Neste ínterim, havia liberdade dos países para decidirem sobre a matéria patenteável; a assinatura do Acordo Relativo aos Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionado ao Comércio (TRIPS), cuja característica principal é a inserção dos direitos de Propriedade Intelectual (PI) no âmbito do Comércio Internacional e a obrigatoriedade da proteção de produtos essenciais como os produtos e processos farmacêuticos, que até então eram deixados à discricionariedade dos Estados; o pós-TRIPS, é “[...] definido pela negociação e assinatura de tratados de livre comércio bilaterais e regionais, nos quais constava um capítulo sobre propriedade intelectual.” Acrescenta-se que nesse período foram inseridos dispositivos mais restritivos do que os que estavam consignados à época do Acordo TRIPS, resultado de um modelo de propriedade intelectual (PI) surgido no período do pós-Segunda Guerra

Mundial, consequência do trabalho de diversas organizações de caráter internacional que, através da assinatura dos diversos acordos multilaterais, direta ou indiretamente, acabaram por influenciar o comércio entre as nações.

Em 1893 as duas convenções de Berna e de Paris, relativas a direitos autorais e propriedade industrial, respectivamente, se unificaram através da criação do Escritório Internacional Unificado pela Proteção da Propriedade Intelectual (BIRPI) (LEAL; SOUZA, 2012, p. 3).

Já no século XX, aponta Barreto (2011, p. 3) aponta que, pela necessidade de criação de um organismo internacional de comércio capaz de assegurar o emprego de normas uniformes em nível internacional, foi assinado o GATT (Acordo Geral de Tarifas Alfandegárias e Comércio) em 1947; funcionando em caráter provisório, para somente em 1995 começar a funcionar a Organização Mundial de Comércio (OMC), caracterizada pela criação de um multilateralismo econômico entre os Estados com atenção à propriedade intelectual.

A Rodada do Uruguai do GATT, ocorrida em 1947, segundo Gontijo (2008, p. 2), pode ser considerada a mais importante, com relação a questão da Propriedade Intelectual (PI), uma vez que “[...] uma das cláusulas contidas no referido acordo dizia respeito à propriedade intelectual relacionada ao comércio, o que abrange as patentes. Um detalhe importante é o fato de se aderir ao acordo como um todo”; e, por ela, não seria dado o direito de reserva ao Estado signatário, devendo, por conseguinte, aceitar todos os termos nele contidos.

A influência da indústria farmacêutica norte-americana, por meio de forte pressão junto ao governo de seu país com o intuito de ver asseguradas as medidas capazes de proteger os produtos farmacêuticos, justificava a intensa participação dos Estados Unidos como idealizador da OMC, na Rodada do Uruguai, em 1947 (GONTIJO, 2008, p. 3).

A posição norte-americana, discutida no GATT, baseava-se nos seguintes temas: “[...] definição de regras-padrão mínimas, a introdução de mecanismos de aplicação e a criação de um forte sistema internacional de solução de controvérsias.” (GONTIJO, 2005, p. 6).

Ainda como resultado da Rodada do Uruguai, em 1947, foi observado, conforme Amaral Júnior (2005), a imediata majoração nos preços dos medicamentos e, como consequência, a exclusão do acesso a determinados medicamentos por uma parcela da população com menor poder aquisitivo.

O Acordo TRIPS tem grande importância porque estabeleceu padrões mínimos de proteção a todas as formas de propriedade intelectual, definindo também o objeto a ser protegido, os direitos e deveres dos detentores das patentes, dentre outros.

Um aspecto criticado do Acordo é o fato de não reconhecer a autonomia dos países signatários para desenvolverem ou instituírem regimes de propriedade intelectual próprios.

A propósito, vale a pena trazer à colação, como indicação da relação do TRIPS com as relações comerciais, a seguinte passagem:

O Acordo TRIPS representa a imbricação radical entre direitos de propriedade intelectual e comércio e, portanto, a sujeição de seus objetos às demandas do mercado, a conversão de todos os objetos (materiais e imateriais) em mercadoria. Advento do TRIPS como um acordo da OMC, com o poder de sanção global, marca uma era sem precedentes na comodificação, mercantilização e globalização no mundo (LEAL; SOUZA, 2012, p. 5).

O Acordo TRIPS tem como característica a uniformização das legislações nacionais de propriedade intelectual, contudo, sem se “[...] considerar as diferenças de desenvolvimento tecnológicos existentes entre os países membros da OMC.” (BARRETO, 2011, p. 5), fato que fez uma série de problemas e discussões no que refere ao acesso a medicamentos essenciais e o monopólio patentário farmacêutico.

Finda a Rodada do Uruguai, os países em desenvolvimento se viram obrigados a adotar a Declaração de Doha, em 2001, sobre o Acordo TRIPS e a Saúde Pública, em virtude da preocupação perene com o preço dos fármacos patenteados.

Para Barreto (2011), a Declaração de Doha não provocou mudanças na conjuntura do Acordo TRIPS, todavia tem importância reconhecida já que foi um importante instrumento político ao implementar as flexibilidades previstas no Acordo TRIPS no que tange à saúde, cujo conteúdo será objeto de abordagem em outro tópico deste trabalho.

Em resumo, o Acordo TRIPS modificou a conjuntura econômica mundial no que tange ao Regime Global de Propriedade Intelectual, na medida em que uniformizou os direitos de Propriedade Intelectual com a adoção de padrões mínimos.

Após estas breves considerações introdutórias, cumpre agora tratar da patente farmacêutica propriamente dita, objeto do presente trabalho, e a sua relação com a política de acesso à saúde e, por conseguinte, a política de acesso a produtos farmacêuticos.

4.1 PATENTES FARMACÊUTICAS: MATÉRIA CONTROVERTIDA

O sistema de patentes refere-se a um complexo de acordos, tratados internacionais e legislações nacionais, compreendido, segundo Frota (1993, p. 55) como direito de o inventor, com exclusividade, apropriar-se de um bem intangível resultante de seu trabalho criativo.

A lei confere uma série de condições para a concessão da patente, dentre elas: novidade, atividade inventiva, industriabilidade, podendo ser acrescentado a patenteabilidade, aspecto relacionado ao fato de que alguns produtos não podem receber a proteção da patente por razões de ordem pública.

Coelho (2012, p. 217) cita como impedimentos à concessão de uma patente:

- a) as invenções contrárias à moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde pública; b) substâncias, matérias, misturas, elementos ou produtos resultantes de transformação de núcleo atômico, bem como a modificação de suas propriedades e os processos respectivos; c) seres vivos ou partes deles, ressalvados os transgênicos.

Pode-se observar que o desimpedimento é um requisito extrínseco, enquanto a novidade, atividade inventiva e industriabilidade são requisitos intrínsecos; o impedimento tem previsão legal e está relacionado a valores sociais e preceitos éticos e não à questão técnica propriamente dita (COELHO, 2012, p. 217).

O sistema de patentes se sustenta, de acordo com Frota (2006, p. 55), em seu caráter monopolista, uma vez que é dado ao seu detentor o direito de excluir outros de usar a invenção. A exclusividade de uso se justifica pelo argumento de que um sistema de

patentes incentiva a pesquisa e o desenvolvimento e por consequência o aparecimento de novas tecnologias.

Neste sentido, um dos principais argumentos para a concessão de uma patente estaria no estímulo à inovação que, em contrapartida, depara com uma gama de contra-argumentos, sobretudo no que diz respeito às patentes de produtos farmacêuticos que constituem ponto principal deste estudo.

Segundo Frota (2006, p. 61) contrariar os argumentos de quem defende a patente como um fator de estímulo à pesquisa e ao desenvolvimento, não é tarefa fácil, uma vez que as forças competitivas do mercado, bem como os subsídios governamentais, parecem fomentar a pesquisa de maneira bem mais eficiente.

Acrescenta-se ainda a possibilidade da indústria farmacêutica impor os custos da pesquisa a um pequeno número de invenções patenteadas que dão resultado de modo a cobrir os gastos daquelas que não foram exitosas.

Neste ponto, Pogge (2008) critica o pouco investimento da indústria farmacêutica em áreas de grande demanda da saúde pública, como exemplo doenças como Malária e Tuberculose, afirmando que há uma preferência pelo investimento dos fármacos que aliviam sintomas e que, por conseguinte, exigem uma dependência do medicamento a longo prazo.

Com respeito à premissa de que a patente incentiva o investimento, Frota (2006, p. 62) demonstra que todos os negócios são passíveis de risco e não haveria, portanto, motivos, para uma discriminação em favor de investimentos vinculados a produtos patenteados. Neste aspecto o fator decisivo para se investir ou não em determinado negócio é a própria conjuntura econômica e não a exclusividade garantida pela patente.

No Brasil, a Lei de Propriedade Industrial, a respeito de patente, estabelece o seguinte prazo:

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

Parágrafo único. O prazo de vigência não será inferior a 10 (dez) anos para a patente de invenção e a 7 (sete) anos para a patente de modelo de utilidade, a contar da data de concessão, ressalvada a hipótese de o INPI estar impedido de proceder ao exame de mérito do pedido, por pendência judicial comprovada ou por motivo de força maior. (BRASIL, 1996).

Com respeito à vigência da Patente, ressalta-se que, como foi dito anteriormente, o Acordo TRIPS estabeleceu padrões mínimos para os países signatários da OMC, ficando a cargo de cada país conceder ou não período maior do que aqueles constantes no termo do Acordo.

Perpassadas essas considerações iniciais sobre o sistema de patentes, pode-se concluir que há grande divergência doutrinária no tocante à concessão de patentes, sobretudo dos produtos essenciais.

Barreto (2011, p. 8) em seu artigo *Direito à Saúde e Patentes Farmacêuticas: o acesso a medicamentos como preocupação global para o desenvolvimento* aponta para o fato de que “[...] tanto a prevenção quanto o tratamento e o controle médico de uma doença são características essenciais do direito à Saúde”, aduzindo que sem a promoção

do acesso aos medicamentos de forma igualitária não é possível falar em aplicação do direito à saúde.

Dessa forma, a proteção ao direito à propriedade intelectual encontra certa restrição, pois, o detentor da patente não pode usufruir dela de forma ilimitada, estando ela condicionada a uma função social, aliás implicitamente é o que prevê o próprio Acordo TRIPS, ao estabelecer que o detentor da patente deve contribuir para a promoção da inovação tecnológica.

Neste sentido, a inteligência da Constituição federal, ao proteger o direito dos inventores e titulares de marca assim dispõe:

Art. 5º [...]

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, *tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Percebe-se a clara imposição das normas infraconstitucionais, através do preceito constitucional acima citado, às seguintes diretrizes concomitantes: interesse social, desenvolvimento tecnológico e desenvolvimento econômico.

Barroso destaca que “[...] a Constituição não pretende estimular o desenvolvimento tecnológico em si, ou o dos outros povos mais favorecidos; ela procura, ao contrário, ressaltar as necessidades e propósitos nacionais, num campo considerado crucial para a sobrevivência de seu povo”, equilibrando o desenvolvimento tecnológico e econômico com o interesse social.

Para análise e conformação dos preceitos constitucionais, legislação interna e acordos internacionais, o direito ao acesso à saúde é um ponto de importante debate e reflexão, em vista da necessidade de harmonização da proteção da patente e a preservação de tal direito fundamental.

5 FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: O ACORDO TRIPS E OS MECANISMOS DE INTERESSE PARA O ACESSO À SAÚDE PÚBLICA

A Constituição de 1988 positivou os direitos sociais e lhes deu caráter de direitos fundamentais, estejam eles situados na seção intitulada Direitos e Garantias Fundamentais ou sediados pelo restante do texto constitucional. No tocante ao direito à saúde dispôs no artigo 6º e, detalhadamente, no artigo 196, que é um direito fundamental.

Como destaca Dimoulis (2007, p. 342):

Tutelar o direito à saúde é antes de tudo prevenção. A promoção coletiva não afasta, porém, o dever estatal e o direito subjetivo do cidadão, de prestar, e receber, assistência individual. O direito individual e o coletivo se complementam, pois não há saúde com doenças, assim como não há combate a doenças sem promoção da qualidade do ambiente circundante.

Compreende-se assim, que a saúde é um direito de acesso universal e sua caracterização como direito fundamental alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, em que dada à urgência que se reveste não pode o Estado eximir-se de fornecer o necessário à vida do indivíduo. Por isso, conforme José Afonso da Silva (1998, p. 150):

Não é mais possível, nos dias de hoje, enquadrar o direito à saúde no conceito de norma meramente programática, pois a norma constitucional contida no artigo 196 da Constituição Federal vigente, em leitura conjunta com o caput do artigo 6º, institui um dever correlato a um sujeito determinado: o Estado - que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se essa obrigação não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma e desrespeito pelo Estado do dever de primar pela realização de uma conduta voltada à distribuição justa e adequada dos bens sociais existentes ou não, pois são direitos prestacionais que devem ser postos à disposição do cidadão.

Desta forma, aplica-se o princípio da máxima efetividade ao estabelecer a saúde como um direito fundamental, pois o Estado tem o dever de promover, proteger e recuperá-la com relação a qualquer cidadão, proporcionando a todos o respeito à dignidade humana e os meios necessários à manutenção da vida, garantindo o efetivo cumprimento do preceito constitucional.

Neste esteio, como supedâneo do direito à saúde, decorre o direito de acesso a medicamentos.

Wannmacher (2012, p. 1) destaca o fato dos medicamentos promoverem a saúde porque salvam vidas e previnem epidemias e doenças: “Os medicamentos essenciais constituem poderosa ferramenta para promover saúde equitativa, já que tem comprovado impacto em acesso, por serem um dos elementos mais custo-efetivo nos cuidados à saúde.”

Na lista de medicamentos essenciais foram incorporados, depois de mudanças no conceito de fármaco essencial pela Organização Mundial de Saúde (OMS), os chamados antirretrovirais, que representam elevado custo, sobretudo nos países pobres e em desenvolvimento.

A temática sobre o patenteamento de produtos farmacêuticos e alimentos foi considerado por muito tempo como “um ato contra o interesse público e a concessão (ou não) da proteção era deixada à discricionariedade dos Estados” (LEAL; SOUZA, 2012), Com o advento do Acordo TRIPS, os países-membros da Organização Mundial de Comércio (OMC) tiveram que garantir tal proteção.

O Brasil, em consonância com o Acordo TRIPS, introduziu no ano de 1996 a Lei de Propriedade Industrial, Lei n. 9.279/96, que regula, em nível nacional as regras para o patenteamento, dentre outros, dos medicamentos. Cumpre asseverar que o Brasil abriu mão do prazo para a implementar as mudanças nas legislações nacionais.

Os países desenvolvidos possuíam prazo mais curto para se adaptarem, até janeiro de 1996; os países em desenvolvimento tinham prazo mais amplo, até janeiro de 2000; as economias em transição dispunham do mesmo prazo e os países de menor desenvolvimento econômico-social, até janeiro de 2001.

Diante da grande necessidade de se promover acesso equitativo à saúde, a Organização Mundial de Saúde orientou os países para o uso das flexibilidades previstas no Acordo TRIPS, referentes aos produtos essenciais, como os medicamentos.

A política de acesso a medicamentos não é problema exclusivo do Brasil e tem gerado profundos debates ao redor do mundo quanto ao equilíbrio entre a garantia dos direitos de propriedade intelectual e os valores considerados fundamentais, como se depreende da leitura abaixo:

A consolidação de instrumentos alternativos para reduzir a dependência do sistema de acesso universal em relação às oscilações do mercado internacional de fármacos e negociações com empresas ofertantes de medicamentos objeto de proteção patentária é indispensável para a real revolução/evolução sanitária no Brasil e cumprimento da legislação doméstica no tocante ao direito à saúde - fator de concretização de direitos fundamentais e observância dos objetivos do direito internacional da saúde. (BASSO et al., 2007, p. 113).

Segundo o artigo 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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. (BRASIL, 1998).

Desta forma, é necessária a observância da função social da propriedade intelectual para a promoção do justo equilíbrio entre o interesse público e o privado. Neste sentido, o Brasil deve estar atento aos mecanismos disponíveis para garantir o acesso efetivo à saúde em equilíbrio com os direitos dos detentores das patentes.

A propriedade Intelectual, afirma Silva (2009, p. 26), “[...] pode ser vista de maneira geral como forma de proteção da informação pode, neste ponto, tornar-se aliada ou inimiga do desenvolvimento do país.” Seguindo esse pensamento, os países vêm se utilizando dos mecanismos de flexibilização previstos no Acordo TRIPS, discutido anteriormente.

Como flexibilidade de interesse à saúde é possível citar a interferência ou atuação do setor de saúde dos Estados no processo de patenteamento de produtos farmacêuticos (LEAL; SOUZA, 2012, p. 9 -10). O Brasil, por exemplo, utiliza-se de tal flexibilidade através da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que é responsável pela anuência prévia ao pedido de patente, agindo assim de forma conjunta com o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Outra flexibilidade utilizada em países como Brasil e Estados Unidos é a “exceção de experimentação” que, no caso brasileiro, só é permitida para a pesquisa científica, sem que haja, por consequência, a finalidade lucrativa ou concorrencial. Esta flexibilidade tem se mostrado útil, sobretudo, para fins acadêmicos.

Cita-se ainda como flexibilidade prevista no Acordo TRIPS, a Exceção Bolar, que traz como vantagem o fato de facilitar a entrada de produtos farmacêuticos genéricos (LEAL; SOUZA, 2012, p. 10), uma vez que permite que uma invenção sobre a proteção da

patente possa ter sua versão genérica comercializada, antes mesmo de findo o prazo de duração da patente e sem a anuência do titular.

Outro mecanismo, talvez o mais difundido, sobretudo, na mídia nacional é a possibilidade de licenciamento compulsório dos produtos patenteados. O licenciamento compulsório é uma flexibilidade prevista no artigo 31 do Acordo TRIPS, bastante utilizado pelos países desenvolvidos, para produtos farmacêuticos, como também por países em desenvolvimento, com referência aos medicamentos antirretrovirais.

Neste contexto, necessário se faz proceder a diferenciação entre licença compulsória e quebra de patente.

A licença compulsória tem previsão legal e encontra-se estatuída na própria Lei de Propriedade Industrial brasileira, Lei n. 9.279/96, nos artigos 68 a 73, sendo, portanto, um ato legal, definido como “[...] uma autorização dada pelo Estado para terceiros (que não sejam os titulares da patente) possam fabricar, usar, vender ou importar um produto sob proteção sem autorização do detentor do direito.” (LEAL; SOUZA, 2012, p. 11).

A quebra de patente, definida como “um delito legal” (LEAL; SOUZA, 2012, p. 11) se daria na hipótese em que, ao contrário da licença compulsória, não haja exploração nacional do uso da patente ou ainda quando a comercialização não atenda às necessidades do mercado, no caso, a oferta é insuficiente com relação à demanda.

Com respeito à licença compulsória, as autoras Leal e Souza (2012, p. 12-13) apontam como primeiro caso o da Malásia, no ano de 2003. Elas demonstram que embora existisse a possibilidade de licenciamento de produtos farmacêuticos, poucos países poderiam arcar com os custos das versões genéricas e/ou tinham condições técnicas para a produção local do medicamento licenciado.

Contudo, o Conselho do TRIPS, decidiu em 30 de agosto de 2003 pela possibilidade de exportação e importação dos fármacos produzidos sob a licença, dentro dos termos fixados, com a notificação ao Conselho do TRIPS (MERCER, 2007, p. 363).

A OMS divulgou no final de 2010 dados preocupantes acerca do número de pessoas com HIV/AIDS. Segundo a Organização, cerca de 34 milhões de pessoas estavam infectados pela doença. No âmbito nacional, é grande o número de casos de pessoas infectadas pela doença, tendo sido noticiado a implementação de políticas de combate à doença, como também das formas de tratamento.

Tais políticas, por conseguinte, sofrem influência dos direitos de propriedade industrial em face do grande número de medicamentos patenteados em uso no tratamento dos pacientes, sendo o Brasil o pioneiro, entre os países em desenvolvimento, a distribuir de maneira gratuita, através do SUS, os antirretrovirais.

Pode-se apontar que o complicador para a execução do programa brasileiro seria o preço dos fármacos, geralmente importados e/ou protegidos por patentes, que muito alto, acaba por onerar os cofres públicos, tendo sido utilizado, como estratégia de enfrentamento dos preços abusivos, a licença compulsória, com êxito.

Com relação ao programa brasileiro, muitas foram as conquistas, contudo ainda há um grande caminho a ser percorrido, pois o licenciamento compulsório de medicamentos como o Efavirenz, em 2007, repercutiu, com impacto significativo, no orçamento desti-

nado ao programa de combate a AIDS no Brasil. Tal medicamento, do Laboratório Merck Sharp e Dohme, teve sua licença renovada em 2012.

Sabe-se que o Brasil teria tentado um acordo com o laboratório Merck Sharp e Dohme, sem êxito, tendo resultado no licenciamento compulsório do medicamento, de forma a atender ao interesse público, sem fins comerciais, com os royalties ao laboratório detentor da patente e a produção a cargo do Laboratório Farmanguinhos em parceria com o Lafepe e outros laboratórios privados.

As autoras Leal e Souza (2012, p. 15) exemplificam o poder do instrumento da licença compulsória no mercado de produtos farmacêuticos e a política de acesso à saúde com dois casos envolvendo medicamentos distribuídos à população gratuitamente pelo governo brasileiro: o Nelfinavir, do laboratório Roche e o Kaletra, do laboratório Abott: o Nelfinavir foi o primeiro caso de possível licença compulsória a ser emitida pelo governo brasileiro. Em agosto de 2001, o Ministro da Saúde, à época, José Serra anunciou a licença do fármaco em questão, o mesmo seria produzido pelo laboratório Farmanguinhos. Ocorre que ciente da possível Licença o Laboratório Roche reduziu o preço do antirretroviral em 40%, dessa forma o governo brasileiro voltou atrás e não licenciou o medicamento (Leal e Souza, 2012, p. 15). No caso do Kaletra, em 2005, o governo estabeleceu um prazo de dez dias para a redução do preço do medicamento, considerado como fármaco de interesse público. E negociação com o laboratório responsável pela produção e distribuição do medicamento, foi acordado que o Abott se comprometeria a manter o preço do fármaco até 2011. Em 2006, uma parceria entre o Governo Federal e a empresa biofarmacêutica Gilead Sciences, reduziu pela metade o custo do medicamento (Leal e Souza, 2012, p. 15).

Estes dois casos ilustram a relação entre o direito de propriedade intelectual e a saúde pública, demonstrando ser o atual momento adequado para a discussão e, possivelmente, a reconstrução de um Regime Global de Propriedade Intelectual mais flexível no tocante ao direito fundamental à saúde.

6 CONCLUSÃO

Entende-se que o processo de globalização provoca um grande fosso entre os países desenvolvidos e os países pobres ou em desenvolvimento, quanto aos direitos de propriedade intelectual e sua aplicação de forma igualitária.

Percebe-se, portanto, um antagonismo entre estes dois grupos. Um formado pelos países em desenvolvimento e detentores de patentes, que defendem a necessidade de preservação de um regime global de patentes rígido que promova a inventividade, inovação tecnológica e crescimento econômico, acreditando que as regras aplicáveis aos países desenvolvidos devem funcionar do mesmo modo para os países em desenvolvimento e pobres. Em contrapartida, outra corrente, adotada por um amplo grupo que vai desde renomados cientistas, passa pela sociedade civil e movimentos sociais, vinculados a países pobres e em desenvolvimento, acredita que tal sistema homogêneo acentua as desigualdades e inviabiliza a aquisição de medicamentos pela população que mais necessita. Esta perspectiva funda-se na função social da propriedade intelectual e na ruptura com a propriedade absoluta.

Destaca-se que, originalmente, o Acordo TRIPS direcionava-se ao primeiro entendimento, fortalecendo o monopólio, criando nichos de conhecimento e tecnologia e cerceando a implementação da função social na propriedade intelectual.

Neste contexto, em razão da propriedade intelectual reverberar em inúmeras atividades humanas, dentre elas a saúde, devem ser estabelecidos meios que equilibrem os direitos entre os detentores das patentes que possuem monopólio outorgado pelo Estado, para dispor do produto protegido de forma exclusiva e o direito social e universal a medicamentos, ajustando os mecanismos de flexibilidade previstos no TRIPS às realidades particulares de cada nação.

É oportuno que se discutam os preços dos produtos farmacêuticos e, se verifique se, de fato, existe o retorno pretendido pelos idealizadores de um Regime Global de Propriedade Intelectual, isto é, se de fato há um retorno em pesquisa e desenvolvimento à altura dos privilégios outorgados aos detentores das patentes farmacêuticas.

O presente estudo não teve por objetivo desconsiderar a importância da proteção industrial para o comércio global, pelo contrário, o que se pretendeu foi um reexame da matéria no sentido de adaptá-la à realidade do modelo econômico em vigor.

Não se pode esquecer, no entanto, o alto custo que arcam os países que oferecem uma política de saúde pública gratuita aos seus nacionais, sobretudo no tratamento de doenças virais. Neste sentido, o uso inteligente e racional dos mecanismos disponíveis, como tem feito o Brasil, através do Licenciamento de produtos farmacêuticos para fins de uso não comercial e a implantação de genéricos, demonstra grande avanço quanto aos direitos de propriedade intelectual.

Um novo mercado global ligado ao trabalho imaterial, capital humano e propriedade intelectual vem se instaurando desde o período pós-segunda guerra mundial. De lá para cá, os países ricos gastaram e continuam a gastar vultosas quantias nos processos jurídicos que enfrentam para a manutenção dos direitos sobre as patentes que possuem, bem como a fiscalização dos mercados com o fito de proteger suas invenções. Por sua vez, é chegada a hora dos países, como o Brasil, enxergar disparidades no regime, que se mostra aparentemente justo e simples, para empreender uma luta pela flexibilização desses direitos, especialmente quando a tutela a outro bem jurídico, no caso, a vida, se mostrar mais importante.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, A. do. *Licença Compulsória e Acesso a Medicamentos nos Países em Desenvolvimento*. 2005, Disponível em: <http://www.deolhanaspatentes.or.br/medida/file/publicacoes/alberto_Aaral_portuguese.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BARBOSA, D. B. *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*. 2. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARRETO, A. C. C. Direito à Saúde e Patentes Farmacêuticas: O acesso a medicamentos como preocupação global para o desenvolvimento. *Revista Aurora*, Marília, ano 5, n. 7, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Aurora/1barreto1a11.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BASSO, M. et al. Direitos de Propriedade Intelectual e Saúde Pública: o acesso universal aos medicamentos antiretrovirais no Brasil. *IDCID*, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/pesquisa/direitos_propriedade_intelectual_saude_publica.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

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

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Lei de Propriedade Industrial. Brasília, DF, 14 maio 1996. *Diário Oficial da União*, 15 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 20 ago. 2013.

COELHO, F. U. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

DIMOULIS, D. (Coord.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FROTA, M. S. B. *Proteção de Patentes de produtos farmacêuticos: o caso brasileiro*. Brasília, DF: FUNAG/IPRI, 1993. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/0068.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

GONTIJO, C. *As transformações do sistema de patentes, da convenção de Paris ao Acordo TRIPS: a posição brasileira*. Fundação Heinrich Böll, maio 2005. Disponível em: <<http://fdcl-berlin.de/publikationen/fdcl-veroeffentlichungen/fdcl-cicero-gontijo-as-transformacoes-do-sistema-de-patentes-maio-2005/fdcl-pt-cicero-gontijo-patentes-1/>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

GONTIJO, F. M. Patentes Farmacêuticas: uma comparação entre o sistema brasileiro e o sistema americano de concessão de pedidos. *Revista Virtual Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 5, 2008. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/fabiolamoreiragontijo.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

LEAL, O. F.; SOUZA, R. V. O Regime Global de Propriedade Intelectual: Patentes, Fármacos e Saúde Pública. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 3., 2012, Pelotas; II ENCONTRO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS - AS CIÊNCIAS SOCIAIS E OS DESAFIOS DO SEC XXI, 2., 2012, Pelotas. *Anais...* Pelotas: Ed. UFPel, 2012. Disponível em: <http://www2.ufpel.edu.br/ifisp/ppgs/eics/dvd/documentos/gts_lleics/gt8/gt8ondina.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

MERCER, H. Patentes de medicamentos conforme o TRIPS: o caso da gripe aviária. In: BARRAL, W.; PIMENTEL, L. *Propriedade Intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007.

POGGE, T. *Medicamentos para o Mundo: incentivando a inovação sem obstruir o acesso livre*. *Sur.*, ano 5, n. 8, jul. 2008.

RAMOS, A. L. S. C. *Direito Empresarial esquematizado*. 3. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

SILVA, C. P. S. Função Social da Propriedade Intelectual e sua relação com a sociedade da informação. *Revista Horizonte Científico*, Uberlândia, v. 3, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/4429>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

WANNMACHER, L. Importância dos Medicamentos Essenciais em Prescrição e Gestão Racionais. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. *Uso racional de medicamentos: temas selecionados*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Tema02-med_essenc.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

OS ESPELHOS DE MACUNAÍMA: BREVÍSSIMAS ESPECULAÇÕES, EM TRÊS MOVIMENTOS, SOBRE A NATUREZA DO SOFTWARE COMO PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ricardo Aronne*
Ricardo Marchioro Hartmann**

1 ABERTURA: OPUS TECNOLÓGICA

Macunaíma (ANDRADE, 2004) é um caricato anti-herói da literatura brasileira, de um nacionalismo marcante, o qual sua identificação com a cultura indigenista, como traço essencial da verticalização do personagem nesse nacionalismo cultural e sua exteriorização. Exteriorização tanto física quanto relacional.

Como poderia o personagem contribuir ao tema erigido nesse texto? Certamente uma, dentre as muitas possibilidades dessa interrogação, aponta para o desalinhamento com o qual que vem sendo tratado, mesmo na qualificada literatura jurídica dedicada para ele.

Literatura que se divide entre duas posições, uma norte-americana, outra europeia, para o trato da matéria. Desse ponto inicial, cartesianamente incorporado pela via histórica alimentada pela comparatista, irrefletidamente acabam por desaguar efeitos no trato concreto do tema, nas situações da vida, que facilmente escapam ao abstratismo dogmático.

O tema, pois, se postará em quatro momentos, ou movimentos, como quis o gigante Maestro Carlos Gomes, ao desenvolver *O Guarani* (E-BIOGRAFIAS, 2014)¹¹ cujo cenário indigenista também serviu de fundo para a obra, e em quatro movimentos o enfrentou. Merece percepção, pois como ensina Nietzsche, as palavras são embarcações, enquanto a música é mar.

2 SEGUNDO MOVIMENTO: ESTRANGEIROS CHEGAM AS PRAIAS TUPINIQUINS

Olhemos um desenrolar histórico, tão caro para dogmática, porém encoberto pelo estruturalismo ou utilitarismo usual. Em uma esfera do, então, potencial mercado tecnológico, as relações bancárias, em praias tupiniquins, se desenvolveram, como tantas outras, de modo exemplificativo ao laboratório do discurso jurídico.

No Brasil dos anos 1970 do Século XX, quando entrava-se em uma agência bancária, cruzava-se o saguão até o caixa, a fim de realizar-se uma operação, sem que qualquer computador estivesse sequer presente no lugar. Tudo era documentado por escriturários e remetido para uma central que era responsável pelo respectivo processamento. O local

* Pós-Doutor em Direito Privado pela UFPR. Doutor em Direito Civil e Sociedades pela UFPR. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica - PUCRS. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUCRS. Professor e Orientador nos Programas de Pós-Graduação da PUCRS. Líder do Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil-Constitucional (PUCRS/CNPq). Advogado.

** Doutorando em Direito Público pela Universidad de Burgos - Espanha. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Bolsista Capes. Advogado.

¹¹ “Carlos Gomes (1836-1896) foi um maestro e compositor brasileiro. Autor da ópera *O Guarani*, inspirada na obra do mesmo nome, escrita por José de Alencar. A música de Carlos Gomes, de temática brasileira e estilo italiano, inspirada basicamente nas óperas de Giuseppe Verdi, ultrapassou as fronteiras do Brasil e triunfou junto ao público europeu.”

era dedicado para tal atividade e era quase integralmente ocupado pelo computador (sim, no singular), que processava os dados das agências.

Já nos anos 1980, o computador chegara às respectivas agências. Inicialmente único, ao início da década, fechado em uma sala individual e própria para ele, e, ao final daquela, já estava nos balcões dos caixas, interligados ao servidor, este oculto dos olhos dos clientes. Era uma revolução posta em curso. As caravelas apontavam distantes, mas logo chegariam e alterariam toda essa realidade.

No curso dos anos 1990, essa máquina revolucionária atravessou o saguão e foi para o átrio das agências, nos denominados terminais de autoatendimento, até atravessar as portas destas e ir para as ruas, em pontos remotos de autoatendimento, em postos que dispensavam até mesmo as agências bancárias.

O jovem Século XXI, desde cedo, assistiu novas mudanças. Na primeira década percebeu-se o banco chegar às casas dos clientes, através dos portais de atendimento na internet. Todas as operações possíveis, passavam a ser viáveis de modo remoto, sem que o cliente sequer saísse de casa.

Quando todos os avanços possíveis, quanto ao atendimento e prestação de serviços bancários pareciam já ter ocorrido, assistimos o banco tornar-se algo móvel, vindo para dentro dos telefones celulares, através dos aplicativos disponibilizados para qualquer um que possua um *smartphone*.

Alguns poderiam dizer que toda essa revolução se deve ao computador. Talvez isso se ligue ao próprio campo de estudo central desse texto. Talvez um olhar pós-estruturalista possivelmente possa dizer um pouco mais. Que os saltos tecnológicos das últimas décadas devem-se fundamentalmente ao *software*. Que, possivelmente, a partir de um determinado ponto, o próprio *hardware* passa a ser impulsionado pelo desenvolvimento dos respectivos programas e não mais o contrário.

O mundo encontra-se em constante evolução. A realidade como conhecida sofre rotineiras modificações em face das novas tecnologias. A cada dia surgem novos equipamentos, e novos sistemas informáticos que por sua vez influenciam a sociedade como um todo. Uma impressionante avalanche de *hardwares* que, invariavelmente, demandam uma incessante criação e produção de *softwares* (BARBOSA, 2010, p. 1849-1850; ASSAFIM, 2005, p. 22).² E vice-versa, programas que demandam um processamento mais aprimorado e dão vazão ao desenvolvimento de novas gerações de processadores.

Os ditos *softwares* - programas informáticos em diferentes níveis - estão por toda parte, mesmo que o cidadão comum não o perceba. O mundo é informático e informatizado. Há convergência tecnológica (ADOLFO, 2008, p. 240).³ A sociedade é tecnológica.

² “A expressão *software*, ou, em francês, *logiciel*, se aplica seja ao programa de computador propriamente dito, seja à descrição do programa, seja à documentação assessoria, seja a vários destes elementos juntos. No dizer do Art. 43 da antiga Lei de Informática (no. 7.232 de 29 de outubro de 1984), *software* seria a soma do programa de computador e de sua documentação técnica associada. Tomado desta forma, *software* se define por oposição à expressão inglesa relativa - *hardware*: ferramental, equipamento, o conjunto de objetos (*ware*) tangíveis (*hard*, mais propriamente, duros). Os dois elementos, em conjunto, formando os chamados sistemas.” BARBOSA, Denis Borges.

³ “Os novos paradigmas da Revolução Tecnológica apontam para a convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado (*software* e *hardware*), onde concepções tecnológicas antigas não podem ser distinguidas separadamente.”

O mundo está coberto por esta capa de tecnologia - inclusive comparável à dos super-heróis, cada qual com uma gama inusitada de poderes - justamente em decorrência do brilhantismo intelectual do ser humano, da angustia pela evolução e do irrefreável interesse econômico. Daí já pode-se depreender a complexidade das possíveis relações atreladas aos ditos *Softwares*. Dentre as múltiplas aporéticas que se projetam ao tema, uma pode afigurar conclusões que insistem manterem-se em aberto, mesmo diante da sua apropriação pela dogmática. Sua natureza jurídica dentro da propriedade intelectual. Um ponto central da disciplina.

Interessante atentar-se para o fato de que os programas computacionais, em um primeiro momento, foram vistos como simples acessórios dos ditos *hardwares*, ou seja, sem uma vida própria - sem capacidade de gerar um mercado independente e autossuficiente. Apenas em meados dos anos 60 do Século XX, iniciou-se uma desvinculação entre software e *hardware* - o primeiro não mais sendo entendido como algo que simplesmente acompanhava as máquinas, mas como o que lhes fazia funcionar (o sistema nervoso central do aparato) - surgindo um mercado de proporções inimagináveis (MYHRVOLD, 2010, p. 25).

Realidade que deu origem ao debate sobre a proteção jurídica do software (MONIZ, 2004, p. 170).⁴ Visualizando-se que, no Direito brasileiro, diante de uma inexistência de certeza, por parte do legislador, quanto a melhor opção, houve uma positivação *tertium genus* (PETERS, 2013, p. 26)⁵ que abrange dois modelos complementares de proteção exclusiva: o primeiro pertinente ao direito autoral, e o segundo ao sistema de patentes de invenções (BARBOSA, 2010, p. 1849).

De tal forma, se for vontade do titular proteger o programa em si, o direito concedido será de autor. Porém, se o titular tiver interesse em proteger seu conjunto de métodos que tenham uma funcionalidade inventiva, neste caso, será concedida a patente de invenção implementada por programas de computador, dando-lhe a propriedade sobre o bem intangível, uma vez que neste último, o direito é atributivo, enquanto que no primeiro, é declaratório. (PETERS, 2013, p. 26).

Para grande parte da doutrina, enquanto o *hardware* enquadra-se no espectro da Propriedade Intelectual (WACHOWICZ, 2008, p. 59),⁶ o *software* apresentaria uma configuração atípica, sem uma adequada delimitação. Podendo esta dificuldade - de compreender-se a natureza jurídica do programa computacional - ser atribuída à incapacidade da doutrina tradicional de entender a propriedade intelectual em si.

O tema, insofismavelmente, insiste apresentar insuficientes conclusões aos problemas concretos que a vida apresenta na matéria. Também acaba por desconsiderar o sistema como tal, por não perceber a interligação da malha jurídica sobre a qual, em verdade, é o que vincula o Judiciário, quando dado a solver as respectivas questões.

⁴ “Já em meados dos anos 60, com impulso dos fabricantes de computadores e de softwares, iniciaram-se os debates sobre a proteção jurídica dos programas de computador. E, em 1971, foi criado pela OMPI um grupo consultivo para debater a proteção de tais programas.”

⁵ “O direito brasileiro contemporâneo recebeu influencia das matrizes europeia e norte-americana, ocasionando a mestiçagem e, conseqüentemente, um novo tratamento positivado pelo *tertium genus*.”

⁶ “Sua natureza jurídica, por ser tutelado pelo Direito Industrial como patente de invenção, modelo de utilidade e desenho industrial, se submete às exigências de originalidade, criatividade ou atividade inventiva patenteável.”

Estranha-se como Macunaíma, não obstante situado, um condenado a ser um *outsider*. Um estrangeiro, portanto, em sua própria terra.

3 TERCEIRO MOVIMENTO: PORTUGUESES, AFRICANOS, INDÍGENAS OU BRASILEIROS?

Ao refletir-se sobre a propriedade intelectual, rapidamente percebe-se seu reconhecimento como e enquanto pertença. Consubstanciando-se, mais especificamente, em uma titularidade compreensiva de apropriação dominial, o que por certo caracteriza sua íntima relação para com o direito das coisas. No entanto, em dado momento histórico, a propriedade intelectual recebeu caráter autônomo, possivelmente na tentativa de escapar da construção, pela teoria Clássica do Direito, de um “[...] direito das coisas teoricamente surreal, abstrato, desconectado e descompromissado com as fractalidades axiológicas da ambiência extracodificada do mundo real.” (ARONNE, 2006, p. 93).⁷ E certamente, foi o “afastamento” da disciplina tradicional dos direitos reais o que viabilizou sua sobrevivência e evolução na sociedade pós-industrial.

Atente-se para o aspecto de que o direito das coisas, sob a matriz civilista tradicional, recebeu uma formatação em que valorizada apenas a pertença, e esquecido o sujeito que não titular de bens.

Importante destacar-se o tema da repersonalização do Direito Privado, pois quaisquer respostas a serem dadas nesse tema, haverão de realizar uma garantia de pertença, dada pelo direito fundamental que reveste a propriedade, porém tal espaço axiológico é compartilhado pela sua função social, geneticamente imantada para realização da dignidade humana, em prol de um Estado Social e Democrático de Direito.

Essa escolha é do Sistema Jurídico, não do intérprete, orientando, ou não, sua hermenêutica, mas sem dúvida, revelando a natureza e jurisdição dos discursos ou interpretações.

Assim a percepção material antecede a própria justificação, principalmente formal, do discurso jurídico. Antecede mas não despreza. Se tratamos de propriedade, não obstante imaterial, as relações jurídicas reais se projetam desde a codificação, permeando a legislação de software, como específica, na sempre realização constitucional em primazia dos direitos fundamentais.

E tal comentário, se presta ainda ao trato da espécie mesmo no seio da regulação constitucional da Ordem Econômica, também imantada pelos direitos fundamentais que sua hermenêutica deve preservar, para coerência axiológica.

Alocado em um Direito Civil de rasa, senão inexistente, sensibilidade para com a realidade, face sua precípua identificação para com a codificação enquanto sistema fe-

⁷ “Inevitável à propriedade intelectual, produto de uma modernidade tardia e economicamente promíscua - nada ingênua quanto aos sombrios resultados do engessamento científico de uma disciplina jurídica, identificada com o fetiche oitocentista da segurança e certeza jurídica -, buscar outros caminhos. Quando alcançou identidade e endereço epistemológico, traçado na realidade viva da sociedade do início do Século XX, era ciente dos mitos que preenchiam o imaginário dos civilistas quando adentravam ao escuro, obscuro e infértil território dos direitos reais. Sua autonomia temática importava emancipação. A possibilidade de crescimento, aplicação e desenvolvimento social. Seu passaporte para a maioria como categoria de pesquisa e interrogação, elementos aos quais o Direito Civil Tradicional, como se apontará com vagar e compromisso, veio se mostrando mais avesso a cada década, desde o advento do Code.”

chado. Regime de *numerus clausus*. Direitos reais absolutos e abstratos (ARONNE, 2001, p. 7-44), tal como constaram do Código Civil de 1916, e que apenas viriam a ser repensados com a Constituição Federal de 1988 - onde assentadas a dignidade da pessoa humana e a função social da propriedade.

Não restando qualquer dúvidas de que o direito positivo, assim como a maioria da doutrina afeta ao regime de titularidades - ainda fundada na Escola da Exegese -, acabou por manter engessada a disciplina dos direitos reais (em muitos casos, inclusive, após a Constituição vigente). Desconsiderando o necessário enriquecimento do Direito.

O Direito encontra-se em evolução, permanentemente, quer em obediência às modificações sociais, quer em consonância com sua própria dinâmica interna. As modificações registradas no tecido jurídico não são uniformes: em cada momento histórico, certas disciplinas jurídicas apresentam um dinamismo particular, superior às demais. Nesta panorâmica, existe divulgado o entendimento de que o Direito privado comum, com tônica, pois no Direito das Obrigações e em Direitos Reais, se situaria numa zona de estabilidade acentuada, o que é dizer, pouco permeável a inovações. (CORDEIRO, 1991, p. 201).

Da observação que os direitos reais sofreram imenso descompasso para com o contexto social e constitucional, resta evidente que o distanciamento daqueles, certamente, mostrou-se positivo para o efetivo desenvolvimento da propriedade intelectual (ARONNE, 2006, p. 95).⁸ No entanto, este aspecto positivo - aqui devidamente reconhecido e enaltecido - não afasta o fato de que hodiernamente consista, não apenas em uma viabilidade, mas, em uma necessidade a reaproximação entre propriedade intelectual e os direitos reais. Achegamento que se defende com base na reestruturação do direito das coisas experimentada a partir da teoria da autonomia do domínio e das titularidade (TASSINARI, 2014), assim como da constitucionalização (FACHIN, 2003),⁹ publicização (FACCHINI NETO, 2003, p. 203)¹⁰ e repersonalização (ARONNE, 1999, p. 41)¹¹ do Direito Privado.

⁸ “Agrilhoadas à categoria dos direitos reais, como inerente à disciplina da pertença e das titularidades, a Propriedade Intelectual estaria fadada a esclerosar, qual *numerus clausus* que arrostou o discurso do regime proprietário absoluto e intangível, moldado aos bens imóveis. Outras instâncias do Direito, primeiramente Civil também reconhecem suas biografias nestas linhas. A própria esterilidade secular dos direitos reais, frente ao silêncio teórico insensível ao movimento das ondas sociais, descrevem o acerto da afirmação.”

⁹ Para que se compreenda a real extensão deste fenômeno, com a prospecção nos três pilares fundamentais do Direito Privado (propriedade, família e contrato).

¹⁰ “Por outro lado, também o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado, como e o caso do reconhecimento da função social da propriedade (do que se encontram traços já na Constituição de 34, e, de forma clara, a partir da Constituição de 46, embora a expressão “função social da propriedade” somente apareça na Carta de 1967), função social do contrato (incorporado expressamente ao novo código civil - art. 421 e art. 2.035, parágrafo único), na função social da empresa (Lei n 6.404/76 - Lei das S.A. -, art. 116, parágrafo único, e art. 154), na função social da família (que passa a ser disciplinada não mais como simples instituição - a “menor célula da sociedade” - mas como espaço em que cada um de seus componentes, vistos como sujeitos de direitos, deve ter condições para desenvolver livremente a sua personalidade e todas as suas potencialidades; a família vista como “ninho” e não como simples “nó”, na evocativa imagem da historiadora francesa Michelle Perrot), na percepção da existência de uma função social até na responsabilidade civil (quanto mais débeis e pouco protetoras forem às instituições previdenciárias de um Estado, mais importantes tendem a ser os mecanismos da responsabilidade civil para a proteção dos interesses dos indivíduos atingidos por danos pessoais).”

¹¹ “O fenômeno da “repersonalização” consiste no deslocamento de enfoque dos códigos do patrimônio para a pessoa humana. Ao tempo de sua criação, a pandectista sistematizou as codificações da época a partir da proteção do patrimônio. Com a axiologização do direito, pela superação de diversas visões arcaicas, a pessoa humana volta a ser a maior preocupação da ciência jurídica. Na ordem de princípios como o da dignidade, igualdade, especificamente na área civil,

Fazendo-se aqui oportuno, mesmo que de forma demasiado simplista, um breve comentário sobre o conteúdo da teoria da autonomia do domínio e das titularidades, que a partir de um reexame dos institutos fundamentais de direitos reais, demonstra uma clara comunicação entre direitos reais e obrigacionais. Aclarando-se que os institutos do domínio e propriedade, enquanto conceitos que emergem autônomos do sistema jurídico, são íntimos. Apresentando-se o domínio como o feixe de direitos reais, consistentes em um conjunto de poderes no bem (material ou não) - ou seja, vínculos entre o sujeito e o bem -, e a titularidade como um direito pessoal, que instrumentaliza aqueles (ARONNE, 2014).

Não havendo mais espaço para entender-se os fenômenos jurídicos de Direito Privado desde premissas clássicas que fundaram o discurso científico oitocentista - ou seja, patrimonialistas, absolutistas, para não dizer-se verdadeiras carrascas frias e calculistas -, quando experimentado um sistema jurídico cujo texto constitucional centra-se na dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 1992, p. 24),¹² induzindo a uma compreensão despatrimonializada do Direito Civil (FACHIN, 1988, p. 16).¹³ Passando o homem, ao invés do patrimônio, a figurar como centro dos interesses protetivos do sistema jurídico. Uma propriedade privada nada absoluta, mas repleta de complexa relatividade. Uma propriedade que perde o trono, decaindo do posto central e assumindo a posição de instrumento (KRAMER, 2003, p. 199).¹⁴ A partir disto pode-se dialogar estas premissas junto as matrizes epistemológicas, para investigar suas possibilidades contemporâneas em nova arquitetura axiológica (ARONNE, 2013, p. 176).

Neste ponto salta aos olhos que o direito das coisas de hoje alcança sensível afastamento daquele de outrora. Entendendo-se que o domínio, enquanto distinto da propriedade é por ela instrumentalizado, e que esta última, por sua vez, é funcionalizada e portanto relativa. Não havendo mais possibilidade de um estudo de direito privado que não reconheça a carga axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o da função social da propriedade - que detém eficácia horizontal interprivada (SARLET, 2004, p. 362-370).

Importante referir-se, no intuito de evitar-se qualquer interpretação equivocada, que a codificação civil vigente foi embebida de uma visão Clássica do Direito e, portanto, mantendo uma arquitetura ultrapassada dos direitos reais - em evidente descompasso para com a realidade. Sendo carecedora de uma compreensão e aplicação desde a Constituição Federal de 1988, justamente com o fito de sanar qualquer potencial inconstitucionalida-

boa-fé, bons costumes, reciprocidade, confiança, lealdade, não lesividade, vulnerabilidade, etc., com a incidência direta das normas constitucionais, nas relações interprivadas, o Direito Civil passa a centrar-se mais na pessoa humana do que na patrimonialidade, assim como mais no coletivo do que no individual.”

¹² “Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um mundo in fragmenti, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário.”

¹³ “Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça.”

¹⁴ “O exame do Código exige uma alteração metodológica decisiva. A modificação é essencial para que haja possibilidade de extração das reais possibilidades potencialidades da nova legislação. Os rompimentos metodológicos, iniciados ainda na vigente codificação, rompem com antigos paradigmas. Valores devem ser redimensionados. A necessidade de buscar na Constituição o real sentido da nova codificação. Essencial o cotejo da nova legislação com os princípios insculpidos na Constituição Federal.”

de. Consistindo a teoria da autonomia em uma verdadeira lente especial, e essencial, para uma adequada leitura do direito privado.

Retomando: o Direito evolui (FACHIN, 2003, p. 185-190). A tecnologia toca diretamente a sociedade e a realidade. A tecnologia é amante nada discreta do *software* - que por sua vez não apenas encontra-se por todos os cantos, mas interage freneticamente com a realidade do homem. Não restando dúvidas de que os programas computacionais influem no Direito e vice versa.

No sistema norte-americano o *software* enquadra-se em patente, consistindo em um direito assegurado pelo Estado, ao respectivo titular, de exploração por determinado lapso temporal. No sistema europeu, por sua vez, o trato dado é o de Direito Autoral. Sistemas que sabidamente influenciaram o trato no Brasil sobre o tema.

Ocorre que na ruptura da alteridade nacional, decorrente da semiologia do sistema jurídico brasileiro edificou outro regime jurídico de propriedade intelectual. Macunaíma não é um índio, é um personagem. Ou seja, a hermenêutica é a responsável pela estranheza do ser resultante da interpretação, não o sistema.

4 ÚLTIMO MOVIMENTO: MACUNAÍMA OLHA NO ESPELHO

No direito brasileiro, percebe-se que ao *software*, apesar de na prática jurídica incorrer na proteção do autor mediante registro, assim como na tutela apropriada para a propriedade industrial - patente de invenção implementada (ASSAFIM, 2005, p. 23) -, foi atribuída natureza distinta, por ser um bem virtual. Certo é que estes bens imateriais possuem natureza distinta à propriedade industrial, bem como do direito autoral, defendendo-se que seja propriedade intelectual, justamente em função de seu realismo, face a sensibilidade humana transmitida, tanto na sua criação proveniente do intelecto, como na pessoa do usuário do programa.

Ademais da factibilidade posta, da natureza jurídica do *software* como propriedade intelectual, evidente é a praticidade e funcionalidade desta opção quando pensa-se em alienação, locação, cessão, transmissão, entre outras possibilidades de desdobramentos do domínio daqueles. Sem olvidar-se do avanço dos direitos reais, face a teoria da autonomia, a publicização, constitucionalização e repersonalização do Direito Privado - com fito de garantir a projeção dos fundamentos e esperanças da Constituição no Estado Brasileiro.

Tem a natureza de propriedade intelectual, sem nenhuma controvérsia, porém não se trata de espécie dos gêneros Direito Autoral e Propriedade Industrial, como são as patentes, marcas, equiparados, biotecnologia ou *design*. É gênero de propriedade intelectual, ao lado de seus pares, dos quais recebeu características e emergiu desse caldo de alteridade.

Como caboclo, que se reconhece Brasil, sabendo conter África e Europa, mas não os ser, sob pena de pertencer a lugar algum, sendo estrangeiro em sua própria terra. Como Macunaíma...

REFERÊNCIAS

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*. 33. ed. Belo Horizonte: Garnier, 2004.
- ARONNE, Ricardo. *Direito Civil-Constitucional e teoria do caos - Estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ARONNE, Ricardo. Direito das coisas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Código Civil anotado*. São Paulo: Síntese, 2004a.
- ARONNE, Ricardo. Os direitos reais na constitucionalização do direito civil. *Direito & Justiça*, v. 39, n. 2, p. 175-196, jul./dez. 2013.
- ARONNE, Ricardo. *Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados - das raízes aos fundamentos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARONNE, Ricardo. *Por um direito civil-constitucional. Estudos de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004b. v. 1 e 2.
- ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ARONNE, Ricardo. Titularidades e apropriação no Novo Código Civil. Breve ensaio sobre a Posse e sua Natureza. In: SARLET, Ingo (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ASSAFIM, João Marcelo de Lima. *A transferência de tecnologia no Brasil (Aspectos Contratuais e Concorrenciais da Propriedade Industrial)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CORDEIRO, António Menezes. *Problemas de direitos reais. Estudos de direito civil*. Coimbra: Almedina, 1991. v. 1.
- E-BIOGRAFIAS. *Biografia de Carlos Gomes*. Disponível em: <http://www.e-biografias.net/carlos_gomes/>. Acesso em: 30 jun. 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 1 (2012), n. 1, p. 185-243. 2012. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0185_0243.pdf> . Acesso em: 06 maio 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio. 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, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KRAEMER, Eduardo. Algumas anotações sobre os direitos reais no Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MONIZ, Pedro de Paraguá. Patenteabilidade de Métodos de Fazer Negócio Implementados por *Software*: Da Perspectiva Externa ao Ordenamento Jurídico Pátrio. In: COSTA, Alexia Maria de Aragão da et al. *Aspectos Polêmicos da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MYHRVOLD, Nathan. A grande odeia - Um mercado dedicado a financiar inventores e a monetizar suas criações poderia transformar o mundo. *Harvard Business Review*, Harvard, mar. 2010.

PETERS, Luciane. *A Singularidade do Software no Regime Jurídico Brasileiro e a Aplicabilidade da Função Social*. Porto Alegre, 2013. 85 p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TASSINARI, Simone Cardoso. *Propriedade e Domínio: a teoria da autonomia: titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, 1992.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

A ESSENCIALIDADE DO BEM CONTRATADO EM PLANOS DE SAÚDE

Ayeza Schmidt*
Rosalice Fidalgo Pinheiro**

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados da Agência Nacional de Saúde (ANS), o setor brasileiro de assistência privada à saúde é o segundo maior sistema privado de saúde do mundo. Por isso, na atualidade, as operadoras de plano de saúde desempenham um papel fundamental na sociedade brasileira, abarcando a prestação de serviços à saúde de aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) da população brasileira, pois atualmente mais de 49 (quarenta e nove) milhões de brasileiros são cobertos por algum tipo de assistência privada à saúde no Brasil.

Em razão dos dados apontados, este artigo pretende demonstrar que no contrato de plano de saúde, o bem contratado, prestação de serviços à saúde, está intimamente ligado à realização das necessidades existenciais do usuário. Por isso, deve se constituir em um relevante fundamento para a eficácia do direito fundamental social à saúde nesta relação interprivada, ensejando um tratamento jurídico diferenciado de outros contratos que tenham por objeto um bem meramente patrimonial. Para tanto, dois temas ganham relevância: a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações interprivadas e o paradigma da essencialidade.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas encontra grande discussão na doutrina, debatendo-se acerca da eficácia direta ou indireta e os deveres de proteção do Estado. Contudo, a maior controvérsia encontra-se quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais nas relações entre particulares.

Nesta perspectiva, o presente trabalho atenta para a eficácia direta do direito fundamental social à saúde no contrato de plano de saúde, face à prevalência das necessidades existenciais dos usuários diante da autonomia privada da operadora, delineada a partir da Lei 9.656/98. A partir desta premissa, passa-se a analisar em que medida é possível afirmar que o objeto do contrato de plano de saúde possui notas de uma essencialidade capaz de justificar a eficácia do direito fundamental social à saúde.

O dissertar do paradigma da essencialidade demanda uma incursão pela teoria contratual clássica, segundo a qual se delineou a patrimonialidade da prestação. Eis que o objeto do contrato deveria ser sempre suscetível de avaliação patrimonial, não se cogitava da influência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

No entanto, o fenômeno da massificação dos contratos imprimiu uma mudança drástica na maneira de se contratar, pois a técnica do contrato de adesão abalou a liberdade contratual, em seu viés liberal, esvaziando o dogma da autonomia da vontade

* Mestre em Direito Fundamentais e Democracia pela Unibrasil; Assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; Professora colaboradora da Unibrasil; Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã, 82820-540, Curitiba, Paraná, Brasil; ayezas@gmail.com

** Doutora em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná; Professora adjunta da Universidade Federal do Paraná; Professora e coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil; Rua Konrad Adenauer, 442, Tarumã, 82820-540, Curitiba, Paraná, Brasil; rosallice@gmail.com

e exigindo o redesenho das relações privadas. O ordenamento jurídico passou a buscar a igualdade material, lastreada nos direitos fundamentais, o que gerou a ruptura com a concepção contratual clássica, funcionalizando-se a tutela da autonomia privada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, deposita-se no paradigma da essencialidade a necessidade de uma nova classificação dos contratos, com fundamento na utilidade que o bem tem para a pessoa que dele se serve. Os contratos que tenham por função satisfazer necessidades existenciais dos contratantes reclamam um tratamento diferenciado, com uma maior intervenção do Estado na busca da efetivação dos direitos fundamentais. Pretende-se, justificar que a classificação dos bens, com base neste aspecto existencial, constitui-se em relevante fundamento para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para tanto, utilizar-se-á do método dedutivo e do procedimento de pesquisa bibliográfica, sem descurar de uma possível sistematização jurisprudencial.

2 CONTRATO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DESPERTAR DO PARADIGMA DA ESSENCIALIDADE

A moderna concepção de contrato enunciada a partir de uma ideologia individualista e do processo de consolidação do regime capitalista de produção remete à ideia de operação econômica (GOMES, 2009, p. 7). Trata-se de uma função instrumental, identificada por Roppo (2009, p. 7), acerca do contrato, refletindo um complexo de situações econômico-sociais. Por um lado, isto confere ao contrato o papel de “veste jurídico-formal” da operação econômica, por outro, confere à prestação o caráter de um bem sempre suscetível de avaliação patrimonial (ROPPO, 2009, p. 14).

Em torno desse contexto a teoria contratual enunciou classificações que compõem a dogmática jurídica, dividindo-se os contratos em unilaterais ou bilaterais; gratuitos e onerosos, sendo que estes últimos se subdividem em comutativos e aleatórios; consensuais e reais; solenes e não solenes; principais e acessórios; instantâneos e de duração; de execução imediata e de execução diferida; típicos e atípicos; pessoais e impessoais; civis e mercantis; individuais e coletivos; causais e abstratos (GOMES, 2009, p. 83).

Contudo essa classificação desconsidera a importância do objeto contratado para a pessoa que dele se serve. O objeto do contrato não é explorado como elemento de caracterização, de uma dada classe de contratos, a ser discriminada em função da sua relevância, para a satisfação das necessidades existenciais da parte contratante (NEGREIROS, 2006, p. 352). Assim, conforme expôs o autor:

Isto significa que, com base na criteriologia tradicional, o contrato de compra e venda, por exemplo, de uma joia e de um remédio é o mesmo e único contrato; o contrato de prestação de um serviço essencial, como serviço de assistência médica, ou de um serviço de entretenimento, idem. Ou seja, as classificações usuais não levam em conta a influência que o interesse não patrimonial deve exercer na individualização da normativa aplicável às diversas situações contratuais. (NEGREIROS, 2006, p. 364).

Nestes termos, propõe-se uma revisão da classificação tradicional dos contratos, com base nos ditames constitucionais e na centralidade do princípio da dignidade da pes-

soa humana, para que seja privilegiado apenas o conteúdo do contrato, enunciando uma classificação que atente para a busca pela igualdade substancial entre as partes (NEGREIROS, 2006, p. 363).

Trata-se da “repersonalização” ou “despatrimonialização” do direito civil, que apartado de todo compromisso com o liberalismo econômico, busca repor o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação, não apenas como ator, mas, sobretudo, “[...] como o móbil que especialmente explica a característica técnica desta regulamentação.” (CARVALHO, 2009, p. 13). Perlingieri (2008, p. 33) afirma que,

Com o termo, certamente não elegante, “despatrimonialização”, individua-se uma tendência normativa cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade, fim a si mesma, do produtivismo, antes e do consumismo, depois, como valores). Com isso não se projeta a expulsão e a “redução” quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concernente à avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência, de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a “humilhar” a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.

Os princípios constitucionais determinaram uma releitura do direito contratual como instrumento de realização de aspectos sociais, a fim de justificar a imposição de um regime jurídico de acordo com a satisfação das necessidades existenciais, pelo bem contratado, das partes envolvidas. Para a concretização dessa nova classificação dos contratos. Negreiros (2006, p. 365) propõe uma nova categorização dos bens em face da pessoa do contratante, e não apenas, com base na sua destinação meramente patrimonial.

A classificação dos bens, proposta pelo Código Civil em considerados em si mesmos, considerado uns em relação aos outros, conforme a natureza do titular do domínio, conforme a sua negociabilidade toma como critério a destinação patrimonial dos bens. Trata-se de uma perspectiva essencialmente patrimonialista idealizada pelo Direito moderno, que negligencia a utilidade do bem para a pessoa.

Ciente disso, Negreiros (2006, p. 406) sustenta que os bens devam se classificar em essenciais, úteis, supérfluos, sem romper com o sistema classificatório em vigor. Este critério tem o fim reconhecer uma diferenciação dos bens, com base na função que desempenham para a pessoa que deles serve. A essencialidade do bem lança seus fundamentos no critério de imputação jurídica do Direito Tributário, já que tal ramo do Direito está intimamente ligado com a tipologia relativa aos bens (NEGREIROS, 2006, p. 407). O Sistema Tributário Nacional prevê a fixação da alíquota de tributação sobre produtos e mercadorias em razão de sua essencialidade, aduzindo que o critério para definir dita essencialidade está relacionado à capacidade contributiva (NEGREIROS, 2006, p. 408). Eis a isenção tributária para certos bens com fundamento na essencialidade, para manutenção de uma vida digna (NEGREIROS, 2006, p. 413).

Seguindo essa linha de raciocínio, resta a proposição de um novo paradigma da teoria do contrato: o paradigma da essencialidade. Como destaca Perlingieri (2008, p. 4), “[...] o novo paradigma do contrato implica no distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual, que avança no sentido de colocar o Direito Civil na moldura dos direitos fundamentais à pessoa humana”.

Assevera Negreiros (2006, p. 31) que o paradigma da essencialidade constitui um instrumento para se distinguir os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante, propondo uma nova categorização dos bens objeto dos contratos, de acordo com a sua utilidade existencial. O parâmetro para dita essencialidade deve levar em consideração a satisfação, ou não, das necessidades básicas existenciais da pessoa que contrata e sua vulnerabilidade. Meireles (2009, p. 36) conceitua como existenciais as situações jurídicas pessoais ou personalíssimas no momento em que a titularidade e realização coincidem com a promoção da dignidade da pessoa humana e desenvolvimento de sua personalidade.

A impenhorabilidade do bem de família revela uma ruptura com os modos tradicionais de classificação dos bens, levando em consideração a destinação do bem conforme as necessidades existenciais da parte, abrindo novos caminhos para o intérprete na resolução dos conflitos. Eis que a definição de bem de família, nos termos da Lei n. 8.009/90, fixa a primazia da pessoa humana em detrimento dos valores meramente patrimoniais, protegendo o mínimo existencial do indivíduo (NEGREIROS, 2006, p. 442). Portanto, a essencialidade do bem contratado define-se pela necessidade existencial dos contratantes, a qual está intimamente ligada aos direitos fundamentais, que são a base para sobrevivência do indivíduo, a fim de determinar o regime contratual estabelecido entre as partes, de tal modo que bens essenciais são os bens que oferecem o conteúdo mínimo para uma vida digna.

Os efeitos trazidos pelo paradigma da essencialidade se traduzem no estabelecimento de diferenciações nos regimes contratuais, em vista da essencialidade, ou não, do bem com relação às necessidades existenciais da parte do contrato tutelado. Reconhece-se que em determinados contratos, que colocam em jogo o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, há necessidade de um tratamento jurídico diferenciado dos demais, que tenham objeto tão somente patrimonial. Já os contratos que têm por objetivo bens supérfluos, regem-se pelos princípios contratuais clássicos, vigorando uma intervenção mínima estatal (NEGREIROS, 2006, p. 442). A intervenção no contrato, assegurando o acesso a bens essenciais, com conseqüente satisfação de direitos existenciais do contratante, é ferramenta que promove a ampliação da liberdade substancial dos contratantes (RUZYK, 2011, p. 292). Nesse sentido, proclama o autor:

Um critério para identificar qual nível de liberdade como efetividade pode ser reputado como exigível pode ser o recurso aos direitos fundamentais e sociais. A atuação do particular, bem como do Estado-legislador e do estado-juiz, para, por meio do contrato, assegurar a satisfação de direitos como subsistência (corolário do direito à vida), moradia, educação e saúde é ferramenta de incremento de liberdade como efetividade. (RUZYK, 2011, p. 292).

É possível cogitar a existência de contratos constituídos por situações jurídicas subjetivas existenciais, nas quais estão em jogo os direitos da personalidade. É o caso do contrato de uso de imagem em revista publicitária, cujo inadimplemento contratual poderá ser caracterizado, se o uso da imagem não se der estritamente nos termos em que foi contratado. Contudo, há outros contratos que não têm situações existenciais como componentes de sua estrutura, mas como um meio de satisfação de interesses existenciais, em razão da natureza dos bens envolvidos. Em tal caso, o inadimplemento por uma das partes, em prejuízo aos fins existenciais de uma das partes, pode acarretar responsabilidade por dano moral (MEIRELES, 2009, p. 292-293).

Em atenção a estas ideias, indaga-se a possibilidade de “contratos existenciais”, entendendo-se como tais, os contratos de planos de saúde. Azevedo (2011, p. 115) cogita de tais contratos, asseverando que têm como partes ou uma delas, pessoas naturais, que visam com o negócio sua subsistência. Também se incluiriam as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Tais contratos colocam em jogo o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, reclamando um regime jurídico que respeite tais direitos. Ao lado dos contratos existenciais, o autor identifica contratos de lucro, que se realizam entre empresas ou entre profissionais, esquivando-se da interferência dos juízes, sob pena de perturbar o funcionamento do mercado ou do exercício das profissões.

3 A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE E A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal brasileira expressa em seu artigo 196 que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, assegurando ao cidadão o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. O artigo 197 da Carta Magna de 1988 preceitua que a saúde pode ser prestada diretamente pelo Poder Público, através do Sistema Único de Saúde (SUS), como, também, por entidades privadas, que poderão participar de forma suplementar ao SUS. Portanto, o sistema brasileiro de saúde é híbrido, sendo prestado tanto pelo poder público, como pela iniciativa privada. A saúde pública é prestada diretamente pelo SUS, e o sistema privado também denominado de saúde suplementar é prestado pela rede privada de serviços de assistência à saúde.

Neste sistema híbrido, o Estado estendeu à iniciativa privada, através da saúde suplementar, a oportunidade de complementar tais serviços. Como define Schulman (2009, p. 201),

[...] entende-se por saúde suplementar a prestação de serviços à saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único de Saúde, vinculada a um sistema privado e organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas - operadoras de planos de saúde.

Após anos em tramitação no congresso nacional, a saúde suplementar foi regulamentada pela Lei n. 9.656/98. Esta Lei define, em seu artigo 1º, inciso II, Operadora de Plano de Assistência à Saúde como “[...] pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.” Posteriormente, a Lei

10.185/2001 exigiu que as seguradoras, de caráter geral, que já atuavam no segmento do seguro saúde se transformassem em seguradoras especializadas, equiparando-as às operadoras e passando a estar subordinadas a uma nova estrutura de regulação e fiscalização vinculada ao Ministério da Saúde, juntamente com as outras modalidades de operadoras de planos de saúde privados.

Independentemente da forma jurídica adotada, todas as modalidades/organizações que oferecem planos de assistência à saúde, devem ser qualificadas como “[...] operadora de plano de plano de saúde” e submetidas à Lei 9.656/98 (SCHULMAN, 2009, p. 268). Portanto, o “contrato de plano de saúde” abarca todas as modalidades de prestação de serviços de assistência privada à saúde.

O contrato de plano de saúde firmado entre as partes prevê a prestação de serviços à saúde ou cobertura de custos assistenciais, mediante pagamento de valor, com atendimento em rede própria ou credenciada. O artigo 16 da Lei 9.656/98 define as cláusulas essenciais, ou seja, os requisitos mínimos exigidos de um contrato de plano de saúde. No conceito de Claudia Lima Marques os contratos de plano de saúde configuram-se como “[...] contratos cativos e de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o usuário o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde.” (MARQUES, 2006, p. 485).

As principais características dos contratos de planos e seguros de saúde são: a bilateralidade do contrato, a reciprocidade das obrigações e a aleatoriedade (GRASSI NETO, 2012, p. 50).

Destaca-se, por fim, que os contratos de plano de saúde são regidos pela Lei 9.656/98, no entanto, apesar de tal Lei ser inovadora na regulamentação dos planos de saúde, ainda existem muitas lacunas, motivo pelo qual deve haver aplicação conjunta da Lei de Planos de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor, obedecidos os ditames da Constituição da República. Por isso, imprescindível proceder à análise do contrato de plano de saúde como um contrato de consumo.

O contrato de prestação de plano de saúde configura-se como típico contrato de consumo, porquanto, ambas as partes se enquadram nas categorias de fornecedor (operadoras de planos de saúde) e consumidor (usuário do plano de saúde). A corroborar com tal entendimento o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 469 “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.”

A configuração das operadoras de planos de saúde como prestadoras de serviços relativos à preservação da saúde não traz grandes discussões, porque se enquadram perfeitamente no conceito de fornecedor previsto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, conforme define Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer:

A análise da relação estabelecida entre as operadoras de planos e seguros de saúde evidencia uma modalidade especial de avença: trata-se de relação de consumo, já que as operadoras e seguradoras, prestando o serviço objeto de contratação de maneira reiterada e mediante remuneração, enquadram-se perfeitamente no conceito de fornecedores, conforme dispõe o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, justamente tendo em vista a efetiva incidência de relação de

consumo, o art. 3º da Lei 9646/98 determina expressamente a aplicação subsidiária do Código do Consumidor. (PFEIFFER, 1999, p. 75).

Marques e Schimitt (2013, p. 37) expõe que em matéria de planos de saúde todos os destinatários finais do serviço médico são consumidores, tanto contratantes como terceiros, de tal modo que o destinatário final do serviço pode ser “[...] um terceiro no contrato, um beneficiário qualquer, um utilizador gratuito, um participante fortuito, um menor de idade, um absolutamente incapaz e mesmo assim é consumidor, desde que seja o destinatário final (fático e econômico) do serviço.” Eis que os contratos de plano de saúde podem ser remunerados diretamente pelo usuário, por seu empregador ou pelo contratante principal de planos coletivos e/ou familiares ou individuais.

Disso resulta que, o agente do mercado, os beneficiários, destinatários finais, os contratantes e as pessoas jurídicas, que se expõem ou intervêm nestas relações de consumo como representantes ou em benefício de seus empregados, associados ou sindicalizados, acabam por se caracterizar considerados consumidores (MARQUES; SCHIMITT, 2012, p. 37). Ademais, não se pode deixar de destacar que além de contrato de consumo, o contrato de plano de saúde configura-se como contrato tipicamente de adesão, tendo em vista que as condições unilateralmente impostas pelo fornecedor, cabendo ao consumidor, usuário, simplesmente aceitá-lo ou rejeitá-lo, não havendo poder de discussão sobre as cláusulas, que são simplesmente impostas ao consumidor.

Todos esses elementos se fazem presentes no contrato de plano de saúde, o que, conseqüentemente, leva o consumidor a ser a parte hipossuficiente na relação, como ressalta Marques (2003, p. 73):

No caso dos contratos, o problema é o desequilíbrio flagrante de forças dos contratantes. Uma das partes é vulnerável (art. 4º, I), é o polo mais fraco da relação, pois não pode discutir o conteúdo do contrato ou a informação recebida; mesmo que saiba que determinada cláusula é abusiva, só tem uma opção, “pegar ou largar”, isto é, aceitar o contrato nas condições que lhe oferece o fornecedor ou não aceitar e procurar outro fornecedor. Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio fático de forças nas relações de consumo é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos co-contratantes, protegendo o direito daquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente. Aqui, os dois grandes princípios da Justiça moderna (liberdade e igualdade) (assim ensina, em seu novo livro a volta à Justiça, o jus-filósofo alemão Braun, p. 142 e ss.) combinam-se, para permitir o limite à liberdade de um, o tratamento desigual a favor do outro (favor debelis), compensando a “fragilidade”/ “fraqueza” de um com normas “protetivas” (Calais-Auloy, 4 ed., n.18), controladoras da atividade do outro, resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica.

O contrato de plano de saúde deve ser interpretado mediante interpretação sistemática, buscando-se dispositivos legais que favoreçam e protejam o consumidor, de forma a estabelecer o mínimo de igualdade material e equilíbrio a uma relação que já se inicia de forma tendenciosa, a fim de resguardar um conteúdo mínimo de existência ao usuário de plano de saúde.

4 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE

No Brasil, a consagração do direito à saúde se deu de forma expressa na Constituição da República, juntamente com um amplo rol de direitos sociais, consagrados no seu artigo 6º:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Destarte, a “saúde”, nos termos da Constituição, passou a ser considerada como um dos “[...] direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica.” Trata-se de um direito fundamental social e o seu conteúdo e forma de prestação estão previstos nos artigos 196 a 220 do mesmo texto constitucional.

Segundo Ingo Wolfgang, o direito à saúde reveste-se de uma “dupla fundamentalidade: formal e material”. (PINHEIRO, 2009, p. 122). O sentido formal está evidenciado na inclusão do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais sociais da Constituição da República. Já a fundamentalidade material é partilhada pelo reconhecimento de uma proteção formalmente assegurada pela Constituição a todas as normas de direitos fundamentais.

Faz parte de uma concepção redutora conter o direito à saúde nos quadros de norma programática, conferindo aos dispositivos constitucionais que o acolhem, uma eficácia limitada. Isso, em virtude da forma como esses direitos foram positivados na Constituição, porquanto, segundo entendimento de parte da doutrina, esses direitos dependem de concretização legislativa para sua aplicação. Sob estes moldes, o direito à saúde não teria aplicabilidade imediata, seja perante o Estado, seja perante os particulares, dependendo da atividade integradora do legislador, que o regulamentaria por meio de lei complementar:

Neste sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa (direitos negativos) não costuma ter sua plena eficácia e aplicabilidade questionadas, já que sua efetivação depende de operação de cunho eminentemente jurídico, os direitos sociais prestacionais, por sua vez, habitualmente necessitam - assim sustenta boa parte da doutrina - de uma concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora. É por esta razão que os direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático. (SARLET, 2001, p. 24).

Contudo, Sarlet (2002, p. 9) sustenta que as notas de fundamentalidade, impressas à saúde, submetem-na à aplicabilidade direta deste direito. Isto significa que as normas constitucionais que a amparam não dependem de concretização por parte do legislador infraconstitucional, têm imediata aplicabilidade como as demais normas definidoras de direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente atrelados às tarefas do Estado, como Estado Social, o qual deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes (SARLET, 2002, p. 19).

Considerando-se que a saúde é um direito social que guarda contornos de fundamentalidade, indaga-se acerca de sua eficácia nos contratos de plano de saúde.

No direito brasileiro o artigo 5º, § 1º, da Lei Fundamental define que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” No entanto, indaga-se se esta norma é aplicável a todos os direitos fundamentais. Sarlet (2012, p. 283) leciona que há consenso na doutrina e jurisprudência brasileiras com relação à aplicabilidade dos direitos fundamentais que se dirigem diretamente aos particulares. Tal não ocorre, ademais, com diversos direitos sociais com dimensão negativa (defensiva), como por exemplo, os direitos dos trabalhadores. Nada obstante, ainda há divergência sobre a vinculação dos direitos fundamentais sociais com dimensão positiva (prestacional), eis que demandam, tanto do Estado como dos particulares, uma atuação econômica e social positiva para sua concretização, como destaca referido autor:

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível. Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes. (SARLET, 2012, p. 13).

Nessa ordem jurídico-constitucional, Sarlet (2012) define que o direito fundamental social à saúde possui uma dupla dimensão: negativa e positiva. Como destaca Sarmento (2010, p. 292), a dimensão defensiva do direito à saúde liga-se à obrigação de não adoção de qualquer comportamento que possa lesar ou ameaçar a saúde do seu titular. Já a dimensão positiva ou prestacional do direito à saúde corresponde a deveres comissivos atribuídos ao polo passivo da relação fundamental (SARMENTO, 2010, p. 292).

Destarte, o contrato de plano de saúde por ter como objeto a prestação à saúde do usuário, o que pressupõe a proteção do direito fundamental à saúde na sua dimensão positiva ou prestacional, gera discussões doutrinárias e jurisprudenciais, a respeito da forma de eficácia de dito direito fundamental na relação privada de plano de saúde.

Como acentua Schulman (2009, p. 310), uma das objeções recorrentes à eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas tem sido a tentativa de se sustentar que essa incidência poderia configurar uma transferência de responsabilidade estatal para o particular. Destarte, o enfoque da discussão acerca da eficácia dos direitos sociais prestacionais nas relações privadas se dá em virtude da existência de colisão dos direitos sociais prestacionais com a autonomia privada.

Para Steinmetz (2010, p. 291), a imposição aos particulares de deveres correlatos aos direitos sociais colidiria com o princípio da livre iniciativa, com os direitos funda-

mentais de liberdade e propriedade e com o princípio da autonomia da vontade. Em sua opinião, a relevância dos direitos sociais como pressupostos para o exercício da própria liberdade é argumento suficiente para impô-los como deveres ao Estado, mas não em face dos particulares.

Para Canotilho (2003, p. 481), há eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, entretanto, com relação aos direitos sociais essa eficácia seria somente indireta, impondo ao legislador o dever de “attractação das normas sociais”, segundo direitos fundamentais sociais e a obrigação do Judiciário de interpretar a lei conforme os direitos fundamentais sociais.

Por outro lado, Sarmiento (2010, p. 66) se utiliza do dever de solidariedade previsto na Constituição, a justiça social, para justificar a eficácia dos direitos sociais de forma direta. Porquanto, o Estado possui o dever de concretização dos direitos sociais, uma vez não concretizados é dever da sociedade, ainda que subsidiariamente em relação ao Estado, concretizar diretamente os direitos sociais.

Contudo, referido autor alerta que devem existir limites para que ocorra essa eficácia nas relações privadas, pois deve ser considerado o impacto econômico para o particular, ponderando com um critério da desigualdade fática. Afirmar, ainda, somente ser exigível a incidência de um direito social em uma relação privada quando houver a existência de obrigação de prestação de um direito fundamental social. Nestes termos, só existiria a obrigação do particular se o Estado também fosse obrigado. Segundo ele os direitos sociais que necessitam de uma norma para ser concretizados são vedados aos particulares (SARMENTO, 2010, p. 71).

Por seu turno, adotando uma postura baseada na teoria integradora de Alexy, Sarlet (2006, p. 562) afirma que não há como sustentar uma exclusão de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. Os direitos sociais encontram-se sujeitos à lógica do art. 5, § 1º, da Constituição da República, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais deve-se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, o que não significa que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais, conforme destaca:

Ponto de partida da nossa análise será, aqui, também a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de posituação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. (SARLET, 2010, p. 280).

Destaca Alexy (2011, p. 528) que, a eficácia de direitos fundamentais nas relações privadas é amplamente aceita, entretanto, a forma de produção de seus efeitos é um problema de construção e a sua extensão é um problema de colisão. Nestes termos, tal conflito deverá ser resolvido pelo princípio da ponderação dos bens envolvidos:

Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. (ALEXY, 2011, p. 93).

Porém, essa ponderação não poderá se resolver pela lógica do “tudo ou nada”, mas sempre à luz dos critérios da proporcionalidade, na sua “[...] dupla acepção como vedação de excesso e de insuficiência.” (SARLET, 2006, p. 586). Com efeito, cabe ao intérprete proceder à interpretação entre o fato e norma e realizar escolhas fundamentadas dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto (BARROSO, 2009, p. 386). O resultado desta ponderação é sintetizado pela teoria integradora de Alexy (2011, p. 540), segundo a qual existem três níveis de eficácia dos direitos fundamentais. E decidir qual deles será escolhido na fundamentação jurídica é uma questão de conveniência. Mas nenhum deles pode pretender uma primazia sobre os outros.

Em atenção a essa ordem de ideias, o critério da utilidade do bem constitui um caminho na busca por soluções concretas que, no âmbito do direito contratual, “[...] alcancem um meio termo justo em face da dialética tensão entre autonomia e autoridade.” (NEGREIROS, 2006, p. 37). E para tanto, o mínimo existencial bastaria a fundamentar a intensidade da eficácia dos direitos sociais no plano privado, como será visto a seguir.

5 A ESSENCIALIDADE DO BEM NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

Amparado pela doutrina e jurisprudência,¹ o mínimo existencial compreende um o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna. Segundo Torres (2009, p. 244), seus fundamentos remontam ao direito de liberdade, reunindo um conteúdo que se consubstancia nos direitos à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), à educação, à moradia e à assistência jurídica.

Não obstante, a falta de disposição expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o mínimo existencial fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana e no núcleo essencial de direitos fundamentais (PINHEIRO, 2009, p. 110). Eis que a dignidade da pessoa humana funciona como um critério de ponderação que delimita a intensidade dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas (PINHEIRO, 2009, p. 114). Sendo assim,

¹ “A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948.” (BRASIL, 2011).

a proposta de estabelecer o mínimo existencial tem por objetivo evitar a total ineficácia jurídica de vários dispositivos sobre direitos sociais.

Considerando-se que “[...] viver dignamente é viver com saúde e qualidade, daí a importância e relevância das pessoas poderem acessar um plano de saúde privada, que respeite os ditames constitucionais” (MARQUES, 2010, p. 183), o direito ao mínimo existencial não escapa às relações de assistência privada à saúde. Nos termos descritos por Schulman e Steiner (2008, p. 360), a contratação de plano de saúde, por envolver de modo imediato o direito fundamental à saúde, não pode receber tratamento igual à contratação de outro tipo de serviços não essenciais. Como aponta Negreiros (2006, p. 31), os contratos de plano de saúde têm por função satisfazer uma necessidade existencial do contratante e devem se sujeitar a um regime tutelar diferenciado. É o que sugere Perlingieri (2008, p. 33), ao afirmar que a saúde é um aspecto inseparável da pessoa:

O mesmo interesse à saúde, indissolúvel daquele do livre desenvolvimento da pessoa, pode apresentar-se de formas diversas, assumindo relevância e configurações diversas, segundo seja visto como direito ao serviço sanitário, à salubridade do ambiente, à integridade física ou àquela mental; dependendo do fato que seja realizado mediante o esquema do interesse diretamente protegido ou daquele poder jurídico (postestá) e, portanto, do interesse legítimo. O que releva é o valor da pessoa unitariamente entendida.

Desta feita, os bens existenciais tutelados nos contratos de plano de saúde ligam-se intimamente à preservação da vida dos seus usuários. Portanto, ao se conceder uma prestação à saúde, também, estará se concretizando o direito à dignidade da pessoa humana, como destaca Schawartz (2001, p. 67):

Adotando o critério da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo estabelecidos por Alexy, o papel da eficácia e aplicabilidade do direito à saúde é essencial, de vez que é variante elementar do princípio fundamental da pessoa e do respeito à dignidade humana, que é princípio que norteia e permeia a totalidade da nossa Lei Fundamental, e sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo sua razão de ser.

Com efeito, é necessário definir quais comportamentos dos contratantes no plano de saúde afronta o direito à saúde e impede a existência de uma vida digna. Eis os contornos que se definem para esse contrato, em face das necessidades existenciais do bem contratado, garantindo-se o mínimo existencial do usuário de plano de saúde. Nesta linha de raciocínio, o mínimo existencial, amparado na cláusula geral da dignidade humana, constitui um parâmetro para realização da ponderação entre a liberdade contratual das operadoras de plano de saúde e as necessidades existenciais dos seus usuários.

Nesse contexto, o direito fundamental à saúde alcança plena eficácia nas relações privadas, em face da essencialidade do bem contratado que se ampara no mínimo existencial. Trata-se, contudo, de delinear-lhe uma incidência diferenciada da que referido direito alcança nas relações entre Estado e cidadão. Eis que a responsabilidade dos particulares para com o bem-estar social deve ser sopesada, de uma maneira diversa da responsabilidade do Estado, de tal modo, que não importe em total aniquilamento da

autonomia privada, que por sua vez, também é um componente de concretização da dignidade da pessoa humana.

Semelhante ideia aponta para a necessidade de ponderação entre autonomia privada e o direito fundamental à saúde em contratos de planos de saúde, enfatizando a função demarcatória que pode ser conferida ao princípio da dignidade da pessoa humana para avaliar qual o padrão mínimo dos direitos sociais a ser reconhecido (SARLET, 2001, p. 37), como destaca Sarmiento (2010, p. 71):

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

Destarte, constata-se que não pode o contrato de plano de saúde equiparar-se a negócios jurídicos de efeitos estritamente patrimoniais, pois naquele está em jogo o bem maior - vida. Nesta perspectiva, é possível notar que, em face da essencialidade do bem, o direito fundamental social à saúde encontra eficácia direta nas relações privadas. Voltando-se para o STF e para o STJ, em matéria de contratos de plano de saúde, indaga-se se a essencialidade do bem é invocada para distingui-los daqueles que surtem efeitos tão somente patrimoniais, como será desenvolvido no item a seguir.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal não foram identificados Recursos Extraordinários, com análise de mérito, referente a demandas entre usuários e operadoras de planos de saúde, conforme se destaca:

DIREITO DO CONSUMIDOR. EMPRESA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA PARA TRATAMENTO DE BENEFICIÁRIO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. MATÉRIA DE QUE NÃO ENSEJA A ABERTURA DA VIA EXTRAORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tema alusivo à responsabilidade por danos morais e materiais decorrentes de negativa de cobertura para tratamento de beneficiário, por parte de operadora de plano de saúde, não enseja a abertura da via extraordinária, dado que não prescinde do reexame da legislação infraconstitucional, de cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório dos autos (Súmulas 636, 454 e 279 do STF). Não havendo, em rigor, questão constitucional a ser apreciada por esta Suprema Corte, falta ao caso “elemento de configuração da própria repercussão geral”, conforme salientou a ministra Ellen Gracie, no julgamento da Repercussão Geral no RE 584.608. (BRASIL, 2012a).

A ausência de tal apresentação ocorre em virtude dos mecanismos de filtragem constitucional do STF, que afastam a discussão acerca da incidência dos direitos fundamentais, especialmente, do direito fundamental à saúde no Direito Privado. Os recursos não são conhecidos, sob o fundamento de ausência de repercussão geral, relatando apenas uma ofensa reflexa à Constituição Federal, tendo como base as Súmulas 279 e 454:

Súmula 279. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula 454. Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

A análise de decisões que contrariam dispositivos constitucionais cabe, em última instância, ao STF, por isso o silêncio desta Corte Superior sobre as demandas relativas a contratos de plano de saúde, em nada contribui para afirmação do direito fundamental à saúde nesta relação privada, havendo conseqüentemente uma negativa de sua eficácia. Neste diapasão, a pesquisa se restringiu à consulta de decisões do Superior Tribunal de Justiça. No referido Tribunal, mesmo nas decisões não conhecidas, foi proferida manifestação meritória sobre o conflito, por isso foram incluídas as decisões conhecidas e não conhecidas.

Busca-se verificar se o Superior Tribunal de Justiça afirma em suas decisões os direitos fundamentais e a essencialidade do bem nas demandas afetas a contrato de plano de saúde e qual a espécie de fundamentação das decisões judiciais e a legislação aplicável ao caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo de forma atenuada e implícita, utiliza-se da essencialidade do bem no contrato de plano de saúde, em um juízo de ponderação entre a autonomia privada da operadora de plano de saúde e a tutela ao direito à saúde do usuário, o que invalidou cláusula contratual de exclusão de transplante de órgãos. A ministra Nancy Andrighi desataca que se assegura o lucro à operadora, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde do usuário:

Chega-se, por fim, à conclusão de que ao assumir considerável fatia de mercado, sob a premissa da existência de uma “lacuna do Estado”, tem-se um paradoxo que deve ser considerado: a obtenção do lucro da seguradora corre diretamente na mesma linha da prestação satisfatória das garantias constitucionalmente previstas atinentes à saúde; se estas são realizadas de forma ótima, aquele é perfeitamente alcançável. Devem, pois, correr ombro a ombro; jamais ser erroneamente concebidos ou compartimentalizados. Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado. Fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro. Dessa forma, em respeito ou fim primordial do contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar, e com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde - por meio do acesso ao tratamento médico-assistencial necessário -, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante de órgãos do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido o segurado submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade - e não a certeza - da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida. (BRASIL, 2010a).

Em outro caso, novamente, o STJ afirma, mesmo que implicitamente, a essencialidade da prestação à saúde no contrato, para assegurar um tratamento jurídico diferenciado, intervindo na liberdade contratual, com fundamento na aplicação expressa do direito fundamental social à saúde no conflito entre operadora de plano de saúde e usuário, o qual entendeu que: “A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância

social e individual”. E em razão disso, o Ministro Luís Felipe Salomão invalidou cláusula que prevê a exclusão de cobertura de despesas realizadas para tratamento de “displasia mamária” e doenças “fibrocísticas da mama”, por entender que quando tal exclusão de cobertura é essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. À FALTA DE PREQUESTIONAMENTO, INVIÁVEL O EXAME DO ALEGADO JULGAMENTO EXTRA PETITA - ART. 460 DO CPC. NECESSIDADE DE OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE DE CLÁUSULA INSERTA EM CONTRATO DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS E/OU HOSPITALARES, QUE EXCLUI DA COBERTURA DESPESAS REALIZADAS NO TRATAMENTO DA “DISPLASIA MAMÁRIA” E DOENÇAS “FIBROCÍSTICAS DA MAMA”. 1. As duas Turmas que compõem a Segunda Seção tem traçado orientação no sentido de considerar abusiva cláusulas que limitam os direitos dos consumidores de plano ou seguro-saúde. (Resp n. 434699/RS). 2. Tal entendimento cristalizou-se com a edição da Súmula 302/STJ, assim redigida: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. 3. A exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato. 4. A saúde é direito constitucionalmente assegurado, de relevância social e individual. Recurso conhecido, em parte, e provido. (BRASIL, 2008b).

Em outro caso, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho destaca o princípio da dignidade da pessoa humana como fator preponderante para dar um tratamento diferenciado a uma consumidora idosa, com câncer, com vistas a assegurar o seu mínimo existencial. Pode-se cogitar, nesse caso, a tutela de um amplo direito à saúde, que não abrange somente o bem-estar físico, mas o psicofísico e social, em face de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, que pode ser extraída da Constituição da República:

MANDADO DE SEGURANÇA. PLANO DE SAÚDE. TRANSFERÊNCIA DA IMPETRANTE PARA OUTRO SEGURO MÉDICO. AUSÊNCIA DE CREDENCIAMENTO DA EQUIPE MÉDICA NA QUAL DEPOSITA SUA CONFIANÇA HÁ MAIS DE 15 ANOS. IMPETRANTE IDOSA PORTADORA DE CÂNCER. REINTEGRAÇÃO AO PLANO ANTERIOR. A NOVEL LEGISLAÇÃO NÃO TEM EFICÁCIA DESCONSTITUTIVA DA SITUAÇÃO JURÍDICA QUE SE CONSOLIDOU EM TEMPO ANTERIOR À SUA VIGÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA [...] 3. Tratando-se de uma pessoa idosa (78 anos) e portadora de câncer, a impetrante já estava afeiçoada ao tratamento dispensado pelos médicos credenciados no Plano Aetna, e a mudança da empresa prestadora do seguro pode vir a acarretar sérios problemas à sua saúde, em flagrante ofensa à dignidade da pessoa humana que, considerada a centralidade desse princípio fundamental, deve sempre preponderar no caso concreto. (BRASIL, 2008a).

Em outra decisão, o STJ destaca a impossibilidade de cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internamento, em face de impossibilidade de se restringir direitos fundamentais, ensejando uma eficácia direta desses direitos nas relações entre particulares. O ministro Napoleão Nunes Maia Filho fundamenta para tanto a tarefa do juiz ao aplicar o Direito em atender os fins sociais. Sendo assim, afirma a prevalência do direito fundamental social à saúde sobre a livre iniciativa, com vistas a assegurar a justiça social:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CO-NEHECIDO E PROVIDO. I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobre direito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum. III - Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial (BRASIL, 2002).

Ratificando referido entendimento o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 302: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.”

Ademais, em outro voto, pode-se concluir que o STJ priorizou a essencialidade do bem, com o objetivo de preservar direito à vida em face de cláusula limitativa de carência, eis que não é possível à Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário. Neste caso, o ministro Luís Felipe Salomão utilizou como parâmetro para enfatizar a essencialidade a satisfação das necessidades básicas da usuária do plano de saúde:

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE COMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12,V, ALÍNEA “C”, DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. 1. “Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida”. (REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174) 2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea “c”, do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange

aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual. 4. Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida. 5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro. 6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, “se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar”. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821) 7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (BRASIL, 2012c).

Em outro caso relevante, a jurisprudência desta Corte Superior deixou de aplicar efeito *ex tunc* decorrente de revogação de liminar, em casos de tutela relativas a direitos fundamentais, como a vida e a saúde, demonstrando a essencialidade do bem objeto do contrato para justificar um tratamento diferenciado. Neste caso, a tutela antecipada para tratamento de saúde foi concedida e o tratamento foi realizado no curso processual, entretanto, ao final, a demanda foi julgada extinta. O STJ modulou os efeitos *ex tunc* da tutela antecipada, em face da proteção de direitos fundamentais no presente caso, como a vida e a saúde, ressaltando a necessidade de propositura de uma ação própria para reembolso das despesas com o tratamento. Sendo assim, há demonstração clara de que o interesse existencial do usuário prevaleceu sobre o interesse patrimonial:

PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR REALIZADO E CONCLUÍDO DURANTE A VIGÊNCIA DA LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSTERIOR REVOGAÇÃO. EFEITO EX TUNC. POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO, EM CASOS ESPECIAIS RELATIVOS A DIREITOS FUNDAMENTAIS (PRECEDENTES). POSTERIOR SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO (CPC, ART. 267, V). COISA JULGADA. AUTORIDADE (CPC, ART. 472). TERCEIRO PREJUDICADO. HOSPITAL QUE SUPOU AS DESPESAS. VIA RECURSAL (CPC, ART. 499) OU AÇÃO PRÓPRIA. FACULDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO [...] 5. A jurisprudência desta Corte Superior, em casos especiais, deixa de aplicar efeito *ex tunc* decorrente de revogação de liminar, mesmo entre as partes litigantes, como em casos de tutela relativas a direitos fundamentais, como a vida e a saúde, diante da comprovação da urgência alegada. Aspecto que poderá ser debatido oportunamente, fora do âmbito deste recurso. (BRASIL, 2010c).

De acordo com as decisões analisadas, em sede de Recurso Especial, é possível se extrair uma gama de posicionamentos com relação à interpretação dos dispositivos contratuais do plano de saúde, através das mais variadas legislações infraconstitucionais, mas que não deixam de levar em conta a nova dogmática constitucional. Todavia, a fundamen-

tação jurídica mais utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça para defesa dos direitos dos usuários de plano de saúde é o Código de Defesa do Consumidor, como se segue:

RECURSO ESPECIAL. PLANOS DE SAÚDE. CIRURGIA BARIÁTRICA. TRATAMENTO DE OBESIDADE MÓRBIDA. FINALIDADE TERAPÊUTICA. NECESSIDADE PARA A PRESERVAÇÃO DA VIDA DA PACIENTE. ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DA COBERTURA SECURITÁRIA. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO. 1. A gastroplastia, indicada para o tratamento da obesidade mórbida, bem como de outras doenças dela derivadas, constitui cirurgia essencial à preservação da vida e da saúde do paciente segurado, não se confundindo com simples tratamento para emagrecimento. 2. Abusividade da negativa do plano de saúde em cobrir as despesas da intervenção cirúrgica necessária à garantia da própria sobrevivência do segurado. 3. Interpretação das cláusulas dos contratos de adesão da forma mais favorável ao consumidor. 4. Inteligência do enunciado normativo do art. 47 do CDC. 5. Doutrina e jurisprudência do STJ acerca do tema. 6. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (BRASIL, 2012b).

Em outro caso relevante, a ministra Nancy Andrighi entendeu que a recusa à cobertura, para realizar exames em clínica conveniada, ofende o direito da personalidade, enfatizando mais uma vez que o objeto do contrato de plano de saúde à saúde tutelam bens existenciais do usuário. Neste caso, para fundamentar à ofensa ao direito à personalidade de uma criança de tenra idade a citada ministra se utilizou do diálogo de fontes, afirmando que sempre que uma Lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE. - A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02. - Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. - Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia. - Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido. (BRASIL, 2010a).

Como afirma Negreiros (2006, p. 308), o Código de Defesa do Consumidor, mediante a consagração da nova ordem constitucional, tornou-se um marco significativo para a formulação de critérios de diferenciação dos contratos, de acordo com a intensidade de realização existencial e da vulnerabilidade do contratante. Eis que o direito à defesa do consumidor é um direito fundamental e como tal possui eficácia nas relações privadas.

O contrato de plano de saúde, por se enquadrar na categoria de típico contrato de adesão, com a aplicabilidade das regras consumerista, ratifica a tese do paradigma da essencialidade, pois como enfatiza Negreiros (2006, p. 382), a classificação, como contrato de adesão, reconhece não apenas a desigualdade entre os contratantes, mas também opera como instrumento de proteção à parte mais fraca:

De acordo com a concepção clássica, as categorias contratuais, como observado acima, são indiferentes ao problema da disparidade do poder negocial entre os contratantes. A identificação de uma dada relação contratual como um contrato de adesão, no entanto, além de destacar um certo modo de formação desta espécie de contrato, implica reconhecer a disparidade de poder negocial entre o disponente e o aderente, e, nesta medida, implica dar a este último um tratamento diferenciado. Por esta razão, o contrato de adesão, ou melhor, a sua sistematização teórica no elenco das classes contratuais, através de seu enquadramento em esquemas de classificação, denuncia a insuficiência dos critérios tradicionais de descrição e interpretação dos contratos e suas espécies. Conclui-se que, como consequência das mutações da teoria contratual, o contrato de adesão constitui uma classe de contratos associada a um certo regime de tutela do aderente, tido como contratante vulnerável. (NEGREIROS, 2006, p. 383).

Nesta linha, a ministra Nancy Andrighi se utilizou do CDC como fundamento para justificar o tratamento diferenciado, para tutelar uma consumidora mais vulnerável do que outros consumidores, como é o caso da criança de tenra idade. Trata-se de um suporte legal importante para a materialização do contrato de plano de saúde, com vistas a suprir as desigualdades, entre os contratantes, impostas pela força do mercado. Como destaca Duque (2013, p. 351) ao se falar de consumidores está a se falar de garantia de um mínimo existencial para subsistência do consumidor:

E ao se falar de consumidores, está-se a falar de pessoas; ao se falar-se de consumo, está a falar de subsistência. A garantia de um mínimo existencial passa, portanto, por relações de consumo, de modo que sem consumo mínimo, não há falar em dignidade. Essa é a razão pela qual a proteção do consumidor revela-se como um verdadeiro direito fundamental, deixando-se reconduzir, em diferentes graus, às garantias de livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana e em outros direitos pontuais.

O Código de Defesa do Consumidor aponta para a defesa do usuário contratante vulnerável diante dos abusos da liberdade contratual praticadas pelas operadoras contratadas. A legislação de proteção do consumidor conduz ao reconhecimento de que a análise de um contrato será profundamente diversa, conforme seja o comprador consumidor ou não consumidor (NEGREIROS, 2006, p. 319), bem como se o objeto contratado leva a

concretização de suas necessidades existenciais. Como destaca Negreiros (2006, p. 489), “[...] o CDC constitui uma inspiração para o estabelecimento e aprofundamento do paradigma da essencialidade,” conforme conclui citada autora:

O paradigma da essencialidade é relevante, portanto, também no âmbito das relações de consumo, fundamentando um critério de diferenciação constitucionalmente adequado, na medida em que se inspira na prevalência dos interesses existenciais sobre os interesses meramente patrimoniais. (NEGREIROS, 2006, p. 489).

A essencialidade do bem, “saúde”, nas relações de plano de saúde delinea o sentido que deve ser impresso ao contrato, bem como serve de instrumento para qualificar a incidência dos direitos fundamentais, pelo operador do direito, através o juízo de ponderação no caso concreto. Sendo assim, pode-se dizer que existe no sistema jurídico brasileiro, ainda que de forma mitigada e implícita, a eficácia direta do direito fundamental social à saúde nos contratos de plano de saúde, pois o objeto deste contrato possui uma essencialidade, que é a preservação da saúde dos usuários, com vistas a assegurar um tratamento jurídico diferenciado das situações exclusivamente patrimoniais, ou seja, conteúdo supérfluo, que não tem por objetivo resguardar um padrão mínimo para uma vida digna.

Ademais, não se pode deixar de acrescentar que a jurisprudência brasileira, também, se ampara em outros direitos fundamentais, além do direito fundamental à saúde, como o direito à vida e à defesa do consumidor, para tutelar os usuários de planos de saúde. Porquanto, em torno do direito à saúde, há outros direitos fundamentais que também são assegurados no contrato de plano de saúde.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa realizada pôde-se constatar que a transposição da dignidade da pessoa humana para o centro do ordenamento jurídico, trazido pelo Estado Social de Direito, rompeu com o dogma da autonomia da vontade e da ampla liberdade contratual do Direito Moderno, trazendo consigo a necessidade de releitura dos institutos tradicionalmente postos de acordo com os preceitos constitucionais.

Nesta perspectiva, passou-se a fundamentar a eficácia de tais direitos fundamentais nas relações privadas, na busca pela realização dos objetivos de justiça social. Assim, o Estado passou a influenciar decisivamente as relações entre particulares na busca pela igualdade material. A concepção clássica de contrato foi superada pelo novo contrato atento a função de concretização dos direitos fundamentais.

A nova dogmática do Direito Civil, com a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas e a centralidade na dignidade humana, originou o desenvolvimento do paradigma da essencialidade na teoria contratual contemporânea. Tal pensamento propõe uma nova classificação dos bens contratados em: essenciais, úteis e supérfluos. Revelou-se que a essencialidade do bem se constitui em um instrumento para se distinguir os contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação à sua utilidade para as necessidades existenciais da pessoa do contratante.

Observou-se que é possível reconhecer que em determinados contratos, dependendo da essencialidade do bem, há necessidade de um tratamento jurídico diferenciado dos demais contratos com objeto meramente patrimonial, através da eficácia dos direitos fundamentais, com vistas à proteção de um padrão mínimo de vida digna. Nesse contexto, acentuou-se que os direitos sociais configuram o conteúdo do mínimo existencial, o qual fundamenta a eficácia direta dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas.

Neste viés, apresentando o direito à saúde como um direito fundamental social, com dimensão positiva e negativa, procurou-se demonstrar que o bem contratado “saúde”, nos contratos de plano de saúde, constitui-se em um bem essencial, porquanto visa à satisfação de interesses existenciais do usuário. E em razão disso, necessita de um tratamento jurídico diferenciado, com a aplicabilidade direta do direito fundamental à saúde, inclusive na sua dimensão prestacional, nesta relação privada.

Diante dessas observações, defendeu-se que nos contratos de plano de saúde, o direito fundamental à saúde deve ser considerado um bem essencial, e, portanto, deve este bem ser satisfeito, ainda que com a limitação da liberdade contratual, a fim de assegurar a proteção de uma vida digna dos usuários da saúde privada.

Além disso, restou corroborado que o contrato de plano de saúde é um típico contrato de adesão, e por isso, além da aplicabilidade da Lei 8656/98, pressupõe a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, em consonância com os ditames constitucionais. Outrossim, acentuou-se que o CDC é um importante instituto para realçar o paradigma da essencialidade, quando impõe um tratamento jurídico diferenciado ao consumidor vulnerável.

A posição defendida neste trabalho - de eficácia direta do direito fundamental à saúde nas relações de plano de saúde, face à essencialidade do bem - foi constatada na pesquisa realizada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o qual vem enfatizando em suas decisões, mesmo que de maneira mitigada, a essencialidade do direito fundamental à saúde para evitar o perecimento do objeto do contrato, que é, justamente, resguardar a saúde e a vida do usuário.

Tal Tribunal, no juízo de ponderação, tem contribuído para a consolidação da nova dogmática do paradigma da essencialidade, porquanto vem decidindo reiteradamente pela prevalência dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada, principalmente quando esta colide com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial, ainda que não venha sendo utilizado como argumento cardial, permeia as discussões e as decisões que buscam realizar o direito fundamental à saúde, como um ideal a ser sempre preservado e sopesado na busca de decisões para os conflitos relativos a contratos de plano de saúde que chegam ao Judiciário.

Concluiu-se, desta feita, mas longe de pretender delinear alguma solução definitiva para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, que o paradigma da essencialidade é relevante, especialmente nas relações de plano de saúde, eis que inspira ao intérprete do Direito a prevalência dos interesses existenciais sobre os interesses apenas patrimoniais, tendo em vista a releitura dos institutos de direito privado, à luz da cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. *Caderno de Informações: perfil do setor 2011/2012*. 2012. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 14 fev. 2012.

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 14 se. 2011. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 15 set. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 697312 RG/BA. Relator: Ayres Britto. Julgamento em 25 out. 2012. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 22 nov. 2012a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 12870/DF. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em 27 ago. 2008. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 19 set. 2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1037759/RJ. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em: 23 fev. 2010. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 05 mar. 2010a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1053810/SP. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 17 dez. 2009. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 15 mar. 2010b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1249701/SC. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 04 dez. 2012. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 10 dez. 2012b. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 183719SP. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 13 set. 2008. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 13 out. 2008b Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 dez. 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 251024. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 27 set. 2000. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 04 fev. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 274602/SP. Relator: Min. Raul Araújo. Julgamento em 20 ago. 2010. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 26 ago. 2010c. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 962980/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 13 mar. 2012. *Diário Eletrônico da Justiça*, Brasília, DF, 15 maio 2012c. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUQUE, M. S. *Direito Privado e Constituição: Drittwirkung dos direitos fundamentais construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, O. *Contrato de adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

GOMES, O. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRASSI NETO, R. O consumidor nas relações jurídicas com operadoras de planos privados de assistência à saúde. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor*, Curitiba, v. 2, n. 4, 2012.

LOBO, P. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, C. L. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, C. L. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, C. L. et al. (Coord). *Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, C. L.; SCHMITT, C. H. *Visões sobre os planos de saúde privada e o código de defesa do consumidor*. 2013. Disponível em: <www.mpes.gov.br> Acesso em: 23. jul. 2013.

MARQUES, C. L. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários ao consumidor idoso. In: SARLET, I. W. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MEIRELES, R. M. V. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEGREIROS, T. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, P. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PFEIFFER, R. A. C. Cláusulas relativas à cobertura de doenças, tratamentos de urgência e emergência e carência. In: MARQUES, C. L. (Org.). *Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINHEIRO, R. F. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009.

ROPPO, E. *O contrato*. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, C. E. P. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, I. W. Direitos Fundamentais Sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, D.; GALDINO, F. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Disálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, 2001.

SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SCHULMAN, G. *Planos de saúde: saúde e contratos na contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCHULMAN, G.; STEINER, R. C. O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde. In: TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR

Paulo Caliendo*
Fábio Tomkowski**

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvida que o princípio da capacidade contributiva, assim como as demais limitações ao poder de tributar, é um dos temas mais relevantes no estudo do direito tributário, pois se constitui dentre os direitos fundamentais dos contribuintes, podendo-se dizer até que fazem parte do estatuto do contribuinte, sendo característica essencial em um estado democrático de direito, servindo para impor limites ao poder impositivo tributário do Estado, evitando que o cidadão seja tributado desenfreadamente, mas sim que haja uma tributação de acordo com a sua capacidade econômica, bem como para que tenha assegurado o seu mínimo existencial, indispensável para sua subsistência e para uma vida digna.

Uma análise profunda sobre tal princípio como limitador ao poder de tributar do estado é de suma importância, haja vista a relevância do mesmo em nosso sistema jurídico, pois é uma das formas mais efetivas de se alcançar justiça fiscal, tributando os cidadãos proporcionalmente à sua capacidade econômica e impedindo que o estado cometa abusos arrecadatórios para com os contribuintes, garantindo assim seja assegurada a dignidade dos mesmos.

Não há dúvidas que pagar tributos é um dever fundamental, sendo uma característica essencial em um Estado Democrático de Direito, pois é necessário para que tanto o Estado, quanto a sociedade existam, visto que a partir dessas receitas arrecadadas é que este terá condições de financiar os direitos fundamentais. Todavia, apesar da essencialidade da existência de tributação por parte do estado, devem existir limites a esta, a fim de evitar abusos perante os cidadãos.

2 ORIGEM

2.1 A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO EXTERIOR

O tema capacidade contributiva é um dos assuntos mais discutidos quando se fala em tributação, haja vista ser um dos direitos fundamentais do contribuinte essenciais em um Estado Democrático de Direito, pois desrespeitá-lo pode acarretar em consequências

* Doutor em Direito (Modalidade sanduíche) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pela Ludwig-Maximilians Universität de Munique; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Professor permanente da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Rua Marquês do Pombal, 1127, Moinhos de Vento, 90540-001, Porto Alegre Rio Grande do Sul, Brasil; caliendo@cedadvogados.com.br

** Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Rua São Vicente, 563, apto. 204, 90630-180, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; fabiogtom@gmail.com

severas aos contribuintes, principalmente os menos abastados, que vivem com o mínimo para sua sobrevivência.

Tal princípio vem há muito tempo sendo abordado. São Tomás de Aquino, em suas escrituras, já previa que os cidadãos deveriam pagar tributos *secundum facultatem*, que teriam caráter obrigatório, ou *secundum equalitatem proportionis* (TABOADA, 1978, p. 125-54), distinguindo entre uma tributação justa e injusta.

Nesta mesma época, a Magna Carta, de 15 de junho de 1215, previa, em seu artigo 12, que não seriam lançadas taxas ou tributos sem o consenso geral do reino (*commue concilium regni*) e estes não poderiam exceder os limites razoáveis (NOBRE JUNIOR, 2000, p. 18).

O princípio da capacidade contributiva, como critério de igualdade, apareceu na forma escrita pela primeira vez em 1776, com Adam Smith “*equality of taxation*”, na sua obra “A riqueza das nações”, em que previa que os indivíduos deveriam contribuir o máximo possível para a manutenção dos encargos públicos, porém observando a capacidade de cada um.

Após, serviu como inspiração para diversos documentos de extrema importância na história da humanidade, tais como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 13, da seguinte forma: “Para manutenção da Força Armada e para o custeio da Administração é indispensável uma contribuição coletiva; esta deve ser repartida da mesma maneira entre todos os cidadãos do Estado na proporção de sua situação financeira.” Já o artigo 134, da Constituição Imperial de Weimar previa que: “Todos os cidadãos sem distinção contribuem na proporção de seus recursos para todos os encargos públicos segundo os limites da lei.” (TIPKE; LANG, 2005, p. 199-200).

A partir da segunda metade do século XIX, a capacidade contributiva passou a sofrer uma mudança de rumo, deixando um pouco de lado o recurso do benefício e servindo como propulsor da igualdade econômica e social através da progressividade dos impostos (NOBRE JUNIOR, 2000, p. 20).

As constituições surgidas após a Segunda Guerra Mundial demonstraram preocupação em observar tal princípio, tais como a Constituição Italiana de 1947, que previa em seu artigo 53 que “Todos têm a obrigação de contribuir para as despesas públicas na medida de sua capacidade contributiva. O sistema tributário é inspirado nos critérios da progressividade.”

A Constituição Espanhola de 1978 previu, em seu artigo 31, que:

Todos contribuirão para as despesas públicas de harmonia com a sua capacidade econômica, mediante um sistema tributário justo, inspirado nos princípios de igualdade e progressividade, que em caso algum terá alcance confiscatório.

A Constituição Portuguesa, em seu artigo 104, também previu tal princípio e tratou sobre a progressividade:

1. O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar; 2. A tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real; 3. A tributação do património deve contribuir para a igualdade entre os cidadãos; 4. A tributação do consumo visa adaptar a estrutura do

consumo à evolução das necessidades do desenvolvimento econômico e da justiça social, devendo onerar os consumos de luxo.

Nota-se que é preocupação há tempos observar tal princípio nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, buscando-se a aplicação do mesmo, de forma a respeitar a capacidade econômica dos contribuintes.

2.2 A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NO BRASIL

No Brasil, a preocupação com tal princípio começou de forma tímida, aparecendo pela primeira vez na Constituição de 1824, em seu artigo 179, que previa que “[...] ninguém será exemplo de contribuir para as despesas do Estado em proporção de seus haveres.”

A Constituição de 1891 não tratou explicitamente sobre tal princípio.

Já a Magna Carta de 1934, abordou a questão da progressividade, em seu artigo 128, nas transmissões de bens por herança ou legado, tratou a respeito do aumento máximo que poderiam ser elevadas as alíquotas, em seu artigo 185, afirmando que nenhum imposto poderia ser aumentado em mais de vinte por cento do seu valor no instante do aumento, e previu que as multas de mora não poderiam ser superiores a 10% do valor do imposto ou da taxa devida, em seu artigo 185.

A Constituição de 1937 foi omissa em relação ao princípio da capacidade contributiva.

A Constituição de 1946, que foi promulgada durante a suspensão do regime do Estado Novo, já desenhava contornos que lembravam a atual previsão a respeito da capacidade contributiva, quando previa, em seu artigo 202 que “Os tributos terão caráter pessoal sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade contributiva do contribuinte.”

Já a Emenda Constitucional 18/1965, que tratou sobre o sistema tributário brasileiro, revogou o dispositivo do artigo 202, fato que se manteve na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 01/69.

Tal princípio voltou com grande destaque na atual Constituição, promulgada em 1988, onde prevê, expressamente, em seu artigo 145, §1º, que:

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 dos contribuintes.

O princípio da capacidade contributiva vigora até os dias atuais, sendo uma das mais importantes limitações ao poder de tributar, pois não há mais como imaginar um Estado Democrático de Direito que não o respeite, tendo em vista ser um dos mais importantes instrumentos para se obter uma tributação mais justa a todos.

2.3 IMPORTÂNCIA

Um Estado Democrático de Direito deve agir de forma a assegurar os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, possibilitando uma existência digna, reduzindo as desigualdades sociais existentes e melhorando o bem estar da população.

O princípio da capacidade contributiva, assim como todos os demais princípios constitucionais tributários, faz parte dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual, conseqüentemente, pode ser considerada uma cláusula pétrea, estas que estão previstas no artigo 60, §4º, da CF/88, ou seja, não pode sofrer alterações.

Isto é possível, tendo em vista que o parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, deixa claro que não as garantias e direitos individuais não se limitam àquelas previstas no artigo 5º, “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. Neste sentido Moraes (2013, p. 663) sustenta que:

Lembre-mos, ainda, que a grande novidade do referido art. 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.

Neste sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (Adin 939-7/DF) ao considerar cláusula pétrea, e conseqüentemente imodificável, a garantia constitucional assegurada ao cidadão no art. 150, III, b, da Constituição Federal (princípio da anterioridade tributária), entendendo que ao visar subtraí-la de sua esfera protetiva, estaria a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, deparando-se com um obstáculo intransponível, contido no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Ainda sobre o assunto, escreve Pimenta (2003, p. 40-46):

[...] o significado da expressão “direitos e garantias individuais”, no campo tributário, comporta pelo menos três interpretações: i) os direitos e garantias individuais são apenas aqueles previstos no Título II da Constituição; ii) os direitos e garantias individuais contemplam aqueles previstos no Título II e as “limitações do poder de tributar”, indicadas na seção II do Título IV; iii) a expressão alcança qualquer direito e garantia constitucional outorgada ao contribuinte.

O referido princípio é considerado por muitos o princípio da tributação de maior importância na obtenção de justiça fiscal, bem como na repartição de encargos fiscais e definição da base de imposição de tributos.

O princípio da capacidade contributiva exige que a tributação se dê de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes, servindo não somente como um direito, mas também como um dever de todos os aptos a pagarem tributos, como forma de financiar os direitos e garantias fundamentais.

Coelho (2001, p. 179) discorre sobre o tema afirmando que:

Os princípios constitucionais tributários e as imunidades (vedações ao poder de tributar) traduzem reafirmações, expansões e garantias dos direitos fundamentais e do regime federal. São, portanto cláusulas constitucionais perenes, pétreas, insuprimíveis (art. 60, § 4º, da CF) [...]

Vale dizer que todo o Direito Tributário brasileiro é controlável pelo Supremo Tribunal Federal, a partir dos princípios constitucionais tributários. Nenhuma corte constitucional tem, em todo o orbe, tamanho rol de princípios para moldar o poder de tributar e proteger os direitos e garantias do contribuinte.

Dispõe o art. 150 da CF/88 que os princípios explícitos devem ser observados sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte. Com isso dispõe que as garantias do contribuinte estão entre os direitos e garantias fundamentais.

No mesmo sentido, se afirma que os princípios constitucionais tributários estão incluso nos direitos e garantias fundamentais previstos na Magna Carta, podendo ser chamados de Estatuto do Contribuinte.

Chiesa (2003, p.16) manifesta-se da seguinte forma:

Dentre as normas constitucionais que não podem ser objeto de supressão, encontram-se os direitos e garantias constitucionais assegurados aos cidadãos. O § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, estabelece que os direitos e garantias expressos no referido dispositivo não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Dentre outros princípios, ao nosso ver, são intocáveis, os princípios da estrita legalidade, o da isonomia em matéria tributária, o da capacidade contributiva, o da segurança jurídica, o que assegura o direito de propriedade, o da anterioridade em matéria tributária, o que veda a tributação com caráter confiscatório e o que veda a sobreposição de bases tributáveis.

[...] Logo, a nosso ver, essa diretriz é fundamental para o sistema e não pode ser eliminada ou restringida nem mesmo por meio de Emenda à Constituição. Trata-se de uma diretriz que confere maior eficácia aos princípios da capacidade contributiva, ao que assegura o direito de propriedade e ao que veda a instituição de tributos com efeito de confisco, na medida em que não permite a instituição de impostos cumulativos e cujo “fato gerador” e base de cálculo sejam idênticos aos de outros já indicados como passíveis de serem tributados por outros impostos.

Tal princípio pode ser considerado uma cláusula pétreia do sistema constitucional brasileiro, sendo um princípio fundamental do sistema tributário.

Nabais (2005, p. 464) escreve a respeito da importância do princípio da capacidade contributiva:

O princípio base por que passa o teste material do estado fiscal, e sobretudo quando ele assume a forma de estado social, é seguramente o princípio da capacidade contributiva, segundo o qual sobre todos os cidadãos impende o dever fundamental de pagar impostos (princípio da generalidade) de acordo com o único critério (princípio da uniformidade), que é o da capacidade contributiva (princípio da capacidade contributiva *strictu sensu*).

Sobre a importância de tal princípio, Tipke e Lang (2005, p. 200) afirmam que:

O princípio da capacidade contributiva é mundialmente e em todas as disciplinas da ciência da tributação reconhecido como princípio fundamental da imposição justa. Contra o princípio da capacidade contributiva é, todavia objetado que é muito ambíguo, para se poder dele tirar soluções concretas. Essa opinião desconhece caráter e hierarquia do princípio da capacidade contributiva: ele marca o Direito Tributário da mesma forma pela forma pela qual o princípio da autonomia privada marca o Direito Civil. Com essa função demarcadora de Ramo do Direito desempenha o princípio da capacidade contributiva o papel de princípio básico do Direito Tributário; isto conduz a um sistema de princípios jurídicos, que concretizam o princípio da capacidade contributiva e por meio disso consubstanciam um dogmaticamente verificável Ordenamento do Direito Tributário. Da categoria de um princípio da mais elevada hierarquia de princípios segue-se sua necessidade de concretização: através de subprincípios, atos legislativos, judicatura e dogmática científica é o princípio da capacidade contributiva realizado até a última consequência tributária [...]

Na instituição de tributos, devem ser utilizados indicadores econômicos capazes de identificar mais precisamente a capacidade econômica dos contribuintes, a fim de onerar menos os com menos condições e mais os que possuem uma maior capacidade para contribuir, como forma de alcançar a justiça fiscal, auxiliando no nivelamento entre ricos e pobres, diminuindo assim o abismo econômico existente entre estes.

Já para Tipke e Lang (2005, p. 203), tal princípio deve ser aplicado a todos os impostos, incluindo os indiretos, com a justificativa de que “[...] a tributação indireta também necessita de justificação, ela precisa ser harmonizada [...]”, afirma ainda que tal princípio, por se tratar de um princípio tutelar, deve ser tornado eficaz e não deve ser violado pelos princípios indiretos, respeitando o mínimo necessário para a sobrevivência.

Muitos doutrinadores alemães entendem que o princípio da capacidade contributiva se aplica somente às pessoas físicas, não se aplicaria, portanto às pessoas jurídicas, que deveriam ser protegidas somente através de seu âmbito objetivo.

Data vênia discordamos de tal posição, eis que é possível aplicar também o princípio da capacidade contributiva em aspecto subjetivo, como é o caso de alguns tratamentos privilegiados às pequenas e microempresas, bem como às cooperativas.

Desta forma, são sujeitos da aplicação da capacidade contributiva não somente as pessoas físicas, como também as jurídicas. Um exemplo de aplicação do princípio da capacidade contributiva às pessoas jurídicas no nosso ordenamento jurídico é o caso da lei do Simples Nacional.

Neste sentido sustenta Tipke e Lang (2005, p. 206-207):

Assim como a igualdade é um direito do cidadão e do homem, referem-se isonomia tributária e princípio da capacidade contributiva à pessoa física, ao homem e cidadão segundo normatividade do artigo 19 III GG vale a regra da igualdade também para pessoas jurídicas nacionais de forma que ao lado das pessoas físicas também pessoas jurídicas são titulares de direitos fundamentais e com isso sujeitos de adscrição da capacidade contributiva tributária.

[...]

A regra da igualdade exige a distribuição das cargas tributárias para todos os sujeitos econômicos inclusive os sujeitos de adscrição de capacidade contributiva tributária não são sem exceção titulares de direitos fundamentais. No interesse de

todos os titulares de direitos fundamentais encontra-se o compreender tributariamente a capacidade contributiva objetiva de todas as empresas.

O princípio da capacidade contributiva é essencialmente concretizado através da seleção e constituição das bases de dimensionamento do tributo. O conteúdo de uma imposição uniforme segundo a capacidade contributiva depende, portanto, de se saber a quais fatos e condições econômicas está subordinada a capacidade contributiva econômica tributariamente onerável. As concepções quanto ao bem tributário mais apropriado como objeto do nexa tributário e indicador da capacidade contributiva tributária variaram notavelmente na história do tributo.

Para se verificar se há capacidade econômica podemos utilizar 3 indicadores, quais sejam, “[...] grandeza dinâmica de fluxo ‘renda’ (incremento patrimonial); grandeza estática do estoque ‘patrimônio’ (fundo de consumo e investimento); grandeza dinâmica de fluxo ‘consumo’ (consumação de bens).” (TIPKE; LANG, 2005, p. 210).

Tais indicadores estão intimamente relacionados entre si, uma vez que, por exemplo, quando incide tributação sobre a renda, não se está reduzindo somente a renda, mas também a capacidade de consumo do contribuinte.

2.4 CONCEITO

A mera análise do artigo 145, §1º, da Constituição Federal, já seria suficiente para entendermos, de forma superficial, o conceito de capacidade contributiva, porém, aprofundar tal conhecimento é essencial para entendermos melhor tal princípio.

O princípio da capacidade contributiva tem relação estreita com o princípio da igualdade, derivando materialmente da ideia de pensamento equitativo e sem discriminação na repartição dos encargos e sacrifícios públicos.

Nabais (2004, p. 441-443), em sua obra, trata a respeito deste:

Pois bem, o princípio da igualdade de tributação, assente no princípio da capacidade contributiva, diz-nos que as pessoas são tributadas em conformidade com a respectiva capacidade contributiva, o que significa, de um lado, que ficarão excluídos do campo da incidência dos impostos, aquelas pessoas que não disponham dessa capacidade e, de outro lado, que em face de detentores de capacidade contributiva, os contribuintes com a mesma capacidade pagarão os mesmos impostos (igualdade horizontal) e os contribuintes com diferentes capacidade pagarão diferentes impostos, seja em termos qualitativos, seja em termos quantitativos (igualdade vertical).

O segundo aspecto da igualdade fiscal - a uniformidade dos impostos segundo a qual a repartição destes deve obedecer ao mesmo critério, um critério idêntico para todos os destinatários do dever de pagar impostos. E quanto a qual deve ser esse critério, não há atualmente divergências que o mesmo deve ser o da capacidade contributiva, capacidade econômica ou capacidade de pagar, expressões que utilizamos aqui como sinônimas, muito embora seja a primeira a mais tradicional, a mais frequentemente utilizada, e a que goza da nossa preferência [...]

Como vimos, o princípio da capacidade contributiva consiste em uma limitação ao poder de tributar, no sentido de buscar assegurar que as pessoas sejam tributadas de acordo com a sua capacidade econômica, ou seja, quem possui uma capacidade econômica

maior, sofrerá a incidência de uma alíquota maior, se comparado a alguém de capacidade econômica baixa. Ex: é o caso do imposto de renda, em que suas alíquotas são progressivas de acordo com a renda do sujeito passivo da relação tributária.

Depois de analisar brevemente a respeito do conceito de capacidade contributiva, necessita-se saber mais a respeito de assuntos específicos quanto ao tema.

2.5 O MÍNIMO EXISTENCIAL, A DIGNIDADE HUMANA E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A capacidade contributiva não deve ser aplicada ao mínimo existencial, pois este consiste em o mínimo necessário para a subsistência dos cidadãos, razão pela qual não pode incidir tributação nesta faixa. Violar o mínimo existencial é violar o princípio da dignidade humana, pois este seria o mínimo que o indivíduo necessitaria para viver dignamente, desrespeitando a constituição e as garantias de um estado democrático de direito. Porém o que seria dignidade humana?

Para Elbe (2004, p. 60):

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, encerra, igualmente, um conceito vago, pois consagra valores subjetivos de difícil mensuração. Dignidade, do latim - dignitas - dignitatis - significar: i) qualidade moral que infunde respeito; ii) consciência do próprio valor; iii) respeito aos próprios sentimentos, amor-próprio; iv) modo de alguém se apresentar que inspira respeito.

Sarlet (2003, p. 106) também se pronuncia sobre tal princípio afirmando que:

Por outro lado, pelo fato de a dignidade da pessoa encontrar-se ligada à condição humana de cada indivíduo, não há como descartar uma necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e a de todas as pessoas, justamente por serem todos iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade ou grupo.

A capacidade contributiva começa quando o indivíduo ganha mais do que o necessário para sua subsistência, ou seja, o mínimo existencial, desta forma, só é admissível que incida tributação no montante excedente ao que o cidadão necessite para seu sustento e de seus dependentes, caso não se respeite tal regra, o tributo terá caráter confiscatório, visto que estará confiscando a renda básica necessária para que um ser humano viva dignamente.

Grau (1997, p. 218) escreve sobre o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado no âmbito econômico:

[...] a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo - e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito - com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar. Daí porque se encontram constitucionalmente empenhados na realização desse programa - dessa política pública maior - tanto o setor público quanto o setor privado. Logo, o exercício de qualquer parcela de atividade econômica de modo não adequado

àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição.

Sarlet (2006, p. 84-85) afirma ainda que o princípio da dignidade humana, como princípio fundamental atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais:

Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem - ainda que com intensidade variável - explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

[...] Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Sarlet (2006, p. 91) lembra ainda da relação entre a pobreza e a exclusão social e os direitos sociais, que possuem escopo de proteger a dignidade humana de todos os cidadãos:

Neste contexto, vale lembrar, ainda, que o ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana, já que - de acordo com Rosenfield - “onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão sendo violados.” Assim, sendo e apesar da possibilidade de se questionar a vinculação direta de todos os direitos sociais (e fundamentalmente em geral) consagrados na Constituição de 1988 com o princípio da dignidade da pessoa humana, não há como desconsiderar ou mesmo negar tal conexão, tanto mais intensa, quanto maior importância dos direitos sociais para a efetiva fruição de uma vida com dignidade, o que, por sua vez, não afasta a constatação elementar de que as condições de vida e os requisitos para uma vida com dignidade constituam dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época, o que harmoniza com a já destacada dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos fundamentais (inclusive sociais) que lhe são inerentes.

Conforme visto, o mínimo existencial está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, uma vez que, caso a pessoa não usufrua deste mínimo existencial, não terá o mínimo para uma subsistência digna, logo, tal princípio estará sendo frontalmente violado. Sendo assim, incabível é a tributação sobre o mínimo existencial, visto que fere um dos mais basilares princípios de qualquer Estado, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, atentando diretamente contra a vida de tais indivíduos.

Entendido um pouco mais sobre a relação do mínimo existencial com o princípio da dignidade humana, passamos para uma análise específica a respeito da intributabilidade do mínimo existencial.

Assim, discorre-se a respeito do tema afirmando que as condições mínimas de uma existência digna não poderá ser objeto de intervenção estatal, nem mesmo na via fiscal, e ainda exige ações positivas deste, pois este mínimo existencial consiste no mínimo necessário para a sobrevivência, consistindo, por isso, em um direito fundamental, visto que sem ele a existência do homem não seria possível, desaparecendo, assim, as condições de liberdade.

Desta forma, não há como ser cogitada a incidência de tributação sobre o mínimo existencial, pois este é o mínimo necessário para que os cidadãos vivam com dignidade, e para que possam garantir sua subsistência e de seus dependentes.

Tamanha é a importância desta garantia, que se pode afirmar que a incidência de tributação sobre o mínimo vital, mesmo que fosse com alíquota de 1%, teria claramente um caráter confiscatório, pois iria comprometer a subsistência do indivíduo, de forma a ferir gravemente sua dignidade.

2.6 A PROGRESSIVIDADE E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A progressividade tributária consiste em tributar de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes, ou seja, quem tiver maiores condições de contribuir com os cofres públicos, assim o fará e, conseqüentemente, quem tiver menor capacidade contributiva, contribuirá na medida de suas possibilidades, de acordo com o previsto em lei, demonstrando o caráter pessoal do tributo.

A progressividade está intimamente ligada à capacidade contributiva, pois, conforme já exposto, a tributação progressiva é aquela que observa a capacidade dos contribuintes na hora da incidência.

O imposto progressivo tem função de redistribuição de rendimento e de riqueza, fazendo com que os contribuintes com maior capacidade tributária contribuam em maior medida, do que aqueles com uma capacidade para contribuir menor, a fim de que os que possuam condições menos favoráveis, não sejam prejudicados com uma oneração excessiva sobre seu patrimônio (SANTOS, 2003, p. 426-427).

Tal instituto é tão relevante para a tributação que é possível se afirmar que ela é uma das formas de se avaliar o grau de maturidade tributária existente em determinado país, pois um país com uma tributação justa deve buscar que seus tributos observem o máximo possível a progressividade e a pessoalidade, tributando os cidadãos na medida de sua capacidade econômica, nem mais, nem menos, a fim de se realizar a justiça fiscal.

A progressividade, com relação aos impostos, é característica destes, da mesma forma que a estes se aplicam os princípios da legalidade, generalidade e da igualdade tributária. Não observando a progressividade viola-se o princípio da isonomia, pois como já é de conhecimento, apenas a proporcionalidade não atende aos requisitos da igualdade tributária (CARRAZZA, 1999, p. 102).

Com relação aos impostos indiretos, podemos afirmar que os mesmos acabam violando o mínimo existencial, visto que mesmo aqueles que ganham somente o necessário para a sua subsistência são tributados da mesma forma que os com uma capacidade econômica altíssima, razão pela qual deve sempre tentar se buscar novas formas de adequar

a tributação de forma mais justa aos contribuintes, procurando compensar essa eventual tributação sobre o mínimo existencial através de outros benefícios.

Os impostos indiretos violam também o princípio da capacidade contributiva pelos mesmos motivos, ou seja, não observa os critérios de pessoalidade e capacidade econômica, aplicando alíquotas iguais a todos os contribuintes, mesmo aqueles que não teriam condições de arcar com tais ônus.

Busca-se aplicar, mesmo que minimamente, o princípio da capacidade contributiva aos impostos indiretos através do princípio da seletividade, que consiste em aplicar uma alíquota menor para produtos que possuem uma essencialidade maior, e, conseqüentemente, uma alíquota mais elevada àqueles que são menos essenciais. Um exemplo disto é a tributação consideravelmente mais elevada dos carros importados, do que em comparação com os carros nacionais (isto sem falar do caráter extrafiscal de tal conduta), pois quem adquire carros importados, na maioria das vezes possui uma capacidade econômica maior, logo cobra-se mais tributos destes a fim de, mesmo que minimamente, se observar o princípio da capacidade contributiva.

Desta forma, deve-se tentar aplicar o princípio da capacidade contributiva tanto aos tributos diretos, quanto aos indiretos, através de mecanismos específicos para tal, tais como a seletividade em função da essencialidade (CONTI, 1997, p. 97).

Para tentar proteger o mínimo existencial é necessário tomar algumas medidas, tais como exonerar bens de primeira necessidade, pagar uma compensação que equivalha à imposição indireta suportada sobre o mínimo existencial, podendo esta se dar através de crédito a ser abatido de outros tributos (MOLINA, 1998, p. 126-127).

4 CONCLUSÃO

Como podemos perceber da análise do estudo exposto, na medida em que foi conseguindo se chegar a conclusões mais profundas a respeito do princípio da capacidade contributiva, bem como de sua evolução histórica, nota-se que quanto mais evoluído o ordenamento jurídico, mais relevância se dá com relação aos princípios constitucionais tributários, principalmente com relação às limitações ao poder de tributar, pois no passado, os poderes do estado eram praticamente infindáveis, causando uma enorme insegurança para a população, visto que não havia limites para este, podendo agir da forma como bem entendesse com relação aos seus governados.

Com o passar do tempo, e graças a pensadores, tais como Tomás de Aquino e Adam Smith, houve cada vez mais preocupação com relação às garantias de uma existência digna dos cidadãos, buscando assegurar direitos a estes, como forma de impor limites ao poder excessivo dos governantes para com os governados, melhorando cada vez mais a qualidade de vida da população, que puderam contar com uma evolução progressiva para uma tributação mais justa.

Especificamente com relação ao princípio da capacidade contributiva, este seguiu a mesma tendência dos demais princípios e garantias, se tornando cada vez mais objeto de preocupação por parte dos legisladores e juristas, evoluindo tanto no exterior, quanto

no Brasil, proporcionando ao longo dos anos uma tributação justa e de acordo com a capacidade econômica dos cidadãos.

Para perceber a importância de tal princípio na vida de todos, basta imaginar dois indivíduos, um com grande patrimônio e rendimentos, e outro que ganhe apenas o necessário para sua subsistência. Se não fosse observado o princípio da capacidade contributiva, tanto o indivíduo com melhores condições quanto com uma pequena, senão nula, capacidade econômica, seriam tributados da mesma forma e, enquanto para o primeiro indivíduo aquela tributação não interferiria quase nada em sua vida, para o segundo poderia fazer a diferença para este ter com o que se alimentar e prover o básico para os seus dependentes.

Tendo percebido isto, procura-se observar cada vez mais tal limitação ao poder de tributar, buscando-se tornar os tributos os mais pessoais possíveis, adequando-os o máximo com relação à capacidade econômica dos indivíduos, observando também alguns outros princípios de suma importância, tais como o do não confisco, da legalidade, dentre outros.

No Brasil, as limitações constitucionais à imposição tributária do estado possuem extrema relevância, contando, inclusive, com uma seção na Magna Carta pátria, tendo, assim como todos os demais princípios constitucionais tributários, caráter de direito fundamental, sendo considerados integrantes das cláusulas pétreas previstas no artigo 60, §4º, da Constituição Federal, tendo em vista ser o artigo 5º desta mesma constituição, não taxativo.

A seção II, do capítulo I, do título VI, da Constituição Federal, apesar de chamar-se “das limitações ao poder de tributar”, não é taxativa, como se pode ver no caput do artigo 150, que prevê expressamente que “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte”, tanto é que, o próprio princípio constitucional objeto principal de análise do presente trabalho está previsto no artigo 145, §1º, da Constituição Federal.

Apesar da relevância do tema, o mesmo por um longo período de tempo deixou de constar expresso em nossa constituição, durante a ditadura militar, talvez em razão de não ser do interesse dos governantes da época um controle tão efetivo com relação ao poder do estado perante os cidadãos.

Conclui-se, desta forma, que em um regime democrático de direito, em que se prioriza a dignidade humana, os direitos e garantias dos cidadãos, a justiça fiscal e o bem estar social, as limitações ao poder impositivo tributário do estado, mais especificamente do princípio da capacidade contributiva, constituem em características fundamentais em um ordenamento jurídico avançado, de forma que se pode afirmar que quanto mais avançado é um sistema tributário, menores são as injustiças fiscais com relação aos cidadãos e maior o nível de progressividade tributária, adequando-se da melhor maneira possível os tributos pessoalmente aos contribuintes, de forma que os que possuam uma maior capacidade econômica contribuam mais para os cofres públicos a fim de financiar os direitos fundamentais, e aqueles com menor capacidade contribuam proporcionalmente a esta, visando alcançar uma justiça fiscal para todos.

REFERÊNCIAS

CARRAZZA, E. N. *Progressividade e IPTU*. Curitiba: Juruá, 1999.

- CARRAZZA, R. A. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CHIESA, C. *O ICMS e a EC33*. São Paulo: Dialética, 2003.
- CONTI, J. M. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997.
- COELHO, S. C. N. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GRECO, M. A. *Contribuições: Uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000.
- MELO, J. E. S. de; LIPPO, L. F. *A não cumulatividade tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.
- MOLINA, P. M. H. *Capacidad económica y sistema fiscal: analisis del ordenamiento español a la luz del derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NABAIS, J. C. *Estudo de Direito Fiscal: por um estado fiscal suportável*. Coimbra. Almedina. 2005.
- NOBRE JUNIOR, E. P. N. *Princípio constitucional da capacidade contributiva*. Sergio Porto Alegre: Antonio Fabris, 2000.
- PIMENTA, P. R. L. Cláusulas pétreas tributárias. *Revista dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 92, 2003.
- QUEIROZ, M. E. *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza*. São Paulo: Manole, 2004.
- SANTOS, J. A. *Teoria fiscal*. Lisboa: Ed. Universidade Técnica de Lisboa, 2003.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TABOADA, C. P. Isonomia e capacidade contributiva. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, ano 2, n. 4, abr./jun. 1978.
- TIPKE, K.; LANG, J. *Direito tributário*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

TORRES, R. L. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

O CARNAVAL NÃO PODE PARAR: A INSTITUIÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA EM DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA IMPROJETABILIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA¹

Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior*
Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça**

1 INTRODUÇÃO

A funcionalidade do Sistema Tributário brasileiro, costumeiramente condicionada à um conjunto de regras que obedecem a uma ordem sagrada e inafastável, pode ser comparada à organização de formas e cores das estampilhas, alegorias, fantasias, ritmos e coreografias do Carnaval, festa popular que tornou-se uma das principais representações do Brasil mundo afora.

Foi fazendo uma analogia ao Carnaval brasileiro que, em meados de 1989, com a publicação de sua obra *Carnaval Tributário*, Alfredo Augusto Becker, com persuasão que lhe era peculiar, submeteu o Sistema Tributário nacional. Na década de 1940, as diretrizes da Política Fiscal concentravam-se em disciplinar as estampilhas federais, estaduais e municipais no seu ritmo e com a tropicalidade das suas cores. Essas estampilhas deveriam obedecer uma ordem de mutações, segundo a competência constitucional impositiva, a natureza e o valor do tributo, os dotes e a imaginação do artífice gravador da matriz da estampilha, entre outros.

E, graças ao colorido e ao formato diferenciado das estampilhas, é que o Sistema Tributário, para Becker, era um Carnaval. Somente havia muita confusão, muito papel colorido, mas, mesmo assim, era divertido. A festa, entretanto, não parou por ali. Em 1963, o Supremo Tribunal Federal, em Tribunal Pleno, decidiu a natureza dos empréstimos compulsórios como tributos, mediante uma votação esdrúxula de dez votos a um, criando a possibilidade, para o autor, de que se mascarassem diversos tributos na forma de “empréstimos”.

Nesse contexto, explanou Becker, estava formado a alegoria dos “Unidos da Vila Federal”, sendo o Presidente da República e o seu Ministro da Fazenda aqueles que abrirão as alas, lançando confetes e serpentinas dos bolsos vazios e das tripas dos contribuintes, respectivamente, em busca do prêmio, por unanimidade, da “Fraude contra o Contribuinte”.

Eis que, em 17 de março de 1993, foi aprovada a Emenda Constitucional de n. 3, alterando diversos artigos da Constituição Federal de 1988. Entre eles, encontrava-se o artigo 150, pertencente ao Sistema Tributário Nacional, sendo-lhe adicionado um novo parágrafo, que possibilitou a cobrança de tributos mediante a instituição da substituição

* Mestre em Direito Constitucional das Relações Privadas, com bolsa Prosup/Capes pela Universidade de Fortaleza; Pós-graduando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor da Universidade de Fortaleza e do Centro Universitário Estácio do Ceará em Fortaleza; Av. Washington Soares, 1321, Edson Queiroz, 60811-905, Fortaleza, Ceará, Brasil; vicenteaugusto2@gmail.com

** Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; Professora da Universidade de Fortaleza; Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Católica Rainha do Sertão, de Quixadá; Av. Washington Soares, 1321, Edson Queiroz, 60811-905, Fortaleza, Ceará, Brasil; liridacalou@unifor.br

¹ Trabalho publicado originalmente na Revista Thesis Juris (v. 2, n. 2, em 2013).

tributária progressiva, também denominada pela doutrina e jurisprudência como substituição tributária “para frente”.

Por mais que o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca dos empréstimos compulsórios tenha ocorrido há mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Carnaval não parou. E não poderia parar. A substituição tributária progressiva trouxe, consigo, uma série de alterações no Sistema Tributário brasileiro, permitindo, por exemplo, a cobrança de tributos com a fundamentação em um fato gerador futuro ou presumido, que ainda não ocorreu e que, porventura de determinadas circunstâncias, poderia não ocorrer.

A festa de Carnaval não parou, e o Carnaval Tributário de Alfredo Augusto Becker pareceu acompanhar essa tendência. Atreladas à legalidade que envolve do Direito Tributário brasileiro, a tributação mascarada e, também, aquela baseada em fatos geradores futuros e presumidos ditam o ritmo que os contribuintes devem dançar. Conforme se verificará posteriormente, a própria jurisprudência não permite que a comemoração acabe. Entretanto, a comemoração não é do contribuinte.

Partindo do próprio conjunto de regras do Sistema Tributário Nacional, aliado aos princípios constitucionais próprios, o *princípio da improjetabilidade da lei tributária* surge como uma barreira ao afago desmotivado juridicamente no bolso do contribuinte pela tributação por um fato gerador que ainda não ocorreu e que pode não ocorrer. Entretanto, como é montada essa barreira? Mesmo montada, é respeitada pela jurisprudência em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro?

Visando responder a esses questionamentos, entre outros, o presente trabalho procura fazer uma análise da conceituação, formação e características do princípio da improjetabilidade da lei tributária. Para tanto, divide-se em três partes distintas. Primeiramente, falar-se-á acerca da estrutura lógica e dinâmica da norma jurídica tributária, quando será explanada a teoria do fato gerador e, por conseguinte, como se dá a sua verificação no ordenamento jurídico brasileiro.

Dando prosseguimento, discute-se a instituição da substituição tributária progressiva ou “para frente”, a partir da Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, e como se deram seus efeitos na cobrança ao contribuinte, além de serem comentadas decisões jurisprudenciais acerca do tema.

Finalmente, analisar-se-á o princípio da improjetabilidade da lei tributária a partir de sua conceituação, características e da relação com os demais princípios e regras do Sistema Tributário Nacional, sem olvidar do que estabelece a Constituição Federal de 1988.

2 O PRELÚDIO DA FESTA: A ESTRUTURA LÓGICA E DINÂMICA DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

A compreensão positivista do saber determinava a identificação do conhecimento válido com a ciência natural, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, baseado-se na indução experimental. Dessa maneira, o jurista, apesar de sua vocação eminentemente científica, utilizava-se do sociologismo e, com isso, aderiu à sua feição

eclética, submetendo o direito a diversas metodologias empíricas, quais sejam: a psicológica, a dedutiva silogística, a histórica, a sociológica, entre outras (DINIZ, 2003, p. 13).

Nesse contexto, encontrava-se o cientista ou estudioso do direito encurralado, não podendo adentrar em nenhum outro domínio científico. Assim, perdeu a jurisprudência o seu prestígio científico, tendo em vista que inexistia a sua própria metodologia e tomando por empréstimos diversos outros ramos metodológicos de outras ciências. Mas, então, qual seria o verdadeiro sentido da ciência jurídica? Qual deveria ser o seu estudo?

Para se alcançar o verdadeiro sentido da ciência jurídica e, assim, fazer uma avaliação acerca da norma que a compõe, surgiram a Teoria Pura do Direito, formulada por Hans Kelsen, e a Teoria Ecológica, de Carlos Cossio, como soluções.

Primeiramente, para se alcançar o verdadeiro sentido da ciência jurídica, Kelsen (1962, p. 1) submeteu-a a uma dupla depuração, excluindo qualquer influência ideológica ou sociológica que poderia alterar o seu sentido. Realizando esse isolamento do direito, concentrou seus esforços no combate ao ilícito e, assim, resumiu a ciência normativa ao positivismo. O direito seria o equivalente à norma, devendo o jurista realizar um estudo positivismo para alcançar o objeto da ciência jurídica.

Partindo do mesmo objetivo, o de encontrar o verdadeiro sentido do conhecimento para a ciência jurídica, Cossio (1964, p. 533) considerou que o direito deveria versar não sobre as normas, tal como defendida Kelsen (1962), mas sim na “conduta humana vivente”, a partir de uma esfera intersubjetiva, tendo em vista tratar-se a ciência jurídica de objetos culturais.

Com isso, o método mais adequado para se encontrar o exato conhecimento seria o empírico-dialético, completamente diferente do método normológico de Kelsen (1962), e tendo como principal fundamento a conduta humana. É somente através da experiência que o jurista conseguirá conhecer o direito, porque esse conhecimento é a compreensão de seu sentido (COSSIO, 1964, p. 533).

O grande trabalho da ciência jurídica, durante muito tempo, foi o de examinar e sistematizar o que verdadeiramente se passa entre os homens, quando se dizem credores, titulares ou sujeitos passivos de obrigações, entre outros. Foi somente com o esforço de dois milênios que a ciência jurídica conseguiu precisar conceitos, dar forma dinâmica e sistemática à exposição, por esses conhecimentos à disposição dos elaboradores de novas leis e aprimorar o senso crítico de dezenas de gerações. E esse trabalho teve, como um de seus principais fundamentos, a experiência jurídica (MIRANDA, 1954, p. 16).

Portanto, a experiência jurídica consiste na mesma experiência social do homem, prevendo e impondo determinações ao seu comportamento, utilizando, para tanto, uma norma de conduta predeterminada. Essa mesma norma de conduta seria a norma jurídica (BOBBIO, 1958, p. 3-34).

A ciência jurídica, por sua vez, a partir Kelsen (1962) e de Cossio (1964), além de outras, almejou encontrar o conteúdo da norma jurídica, investigando sua estrutura lógica, observando o seu modo de funcionamento e compreendendo a sua atuação dinâmica. Somente com essa verificação é que encontraram-se os efeitos jurídicos da norma (BECKER, 2010, p. 314). Entretanto, quais são esses efeitos?

2.1 A ESTRUTURA LÓGICA DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA E SEUS EFEITOS

Para construir um instrumento de ação social, que consiste na norma jurídica, a estrutura do pensamento humano utilizou-se da lógica e de sua atuação dinâmica. Com isso, todas as regras jurídicas incidem, e somente incidem depois de realizada a sua hipótese, uma vez que foram criadas conforme o pensamento humano, gerando um efeito disciplinador condicionando à realização de uma hipótese (MIRANDA, 1954, p. 16).

Diante desse contexto, conclui Becker (2010, p. 314), que o jurídico consiste numa realidade espiritual, e toda a fenomenologia jurídica existe e desencadeia-se no mundo do pensamento, que faz parte do mundo em sua totalidade. Entretanto, conectam-se com os fatos do mundo perceptível, sendo toda prova de direitos uma prova dos fatos que a antecedeu.

A partir desse raciocínio, pode-se elencar a estrutura lógica da norma jurídica, em que a mesma sistematização é seguida pela norma jurídica tributária, decompondo-a em duas partes: a *hipótese de incidência* (denominada como o fato gerador); e a própria *norma* (denominada como regra, ou também, regra de conduta, preceito) (BECKER, 2010, p. 315). A partir dessa classificação, como seria a formação da obrigação tributária?

Tendo definido sua estrutura lógica, composta da hipótese de incidência e a própria norma, Becker passou a analisar a norma jurídica em sua estrutura dinâmica, verificando que ocorre o seguinte:

- a) Realização da hipótese de incidência (fato gerador): a hipótese deixa de ser hipótese e concretiza-se, tendo em vista que se realizou pelo acontecimento dos fatos nela previsto.
- b) Incidência da norma jurídica sobre a hipótese de incidência (fato gerador) realizada: a incidência da norma jurídica tributária somente ocorre depois de realizada a hipótese de incidência, ou seja, com a concretização de seus efeitos.
- c) A juridicização da hipótese de incidência (fato gerador): com a incidência da norma jurídica, o fato gerador concretizado juridiciza-se.
- d) A Irradiação dos efeitos jurídicos (eficácia jurídica): ocorrem, com a juridicização, a consequência predeterminada pela norma jurídica, ou seja, pela conduta contida dentro da norma. Forma-se a estrutura lógica da norma jurídica tributária. Os efeitos jurídicos decorrentes da irradiação podem, por sua vez, ser assim explicitados:
 - Irradiação da relação jurídica: vincula-se o pólo positivo (sujeito ativo) ao pólo negativo (sujeito passivo).
 - Irradiação do conteúdo jurídico da relação jurídica: direito à prestação com o correlato deve de prestá-la.
 - Determinação da prestação jurídica: o fazer ou não fazer, no seu devido tempo e lugar.
 - Determinação do objeto da prestação jurídica: aquilo que deve ser feito ou não deve ser feito. Para se obter a determinação do objeto da prestação jurídica tributária, a própria norma define:

- o elemento dentre os múltiplos que integram a composição da hipótese de incidência, que deverá servir de base de cálculo;
 - o método, que consiste no peso ou medida ou valor para converter a base de cálculo em cifra;
 - a alíquota, que, uma vez calculada sobre a base de cálculo já convertida em cifra, dará como resultado uma segunda cifra, a qual corresponde à grandeza do objeto (tributo) da prestação jurídica tributária.
- a) Finalmente, a extinção da irradiação da relação jurídica (d.i) e, também, da irradiação do conteúdo jurídico da relação jurídica, mediante a realização da prestação jurídica.

Porém, deve ser ressaltado que os efeitos jurídicos elencados nos itens “c”, “d” e “e” correspondem à consequências prescritas pela norma, que, conjuntamente ao fato gerador, compõem a estrutura lógica da regra jurídica (BECKER, 2010, p. 316).

Em suma, pode-se verificar que a norma tributária segue a sistemática geral da norma jurídica, em que a conjugação da hipótese de incidência com a sua realização no mundo dos fatos é que formará a obrigação tributária. Pode-se, ainda, ser exemplificada a relação jurídico-tributária, com a formação da obrigação de pagar tributos, da seguinte maneira:

- a) Determinado indivíduo adquire a propriedade de um veículo automotor. Ao adquirir a propriedade do veículo, *realiza-se a hipótese de incidência* (o fato gerador) do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).
- b) Prevê o artigo 155, inciso III da Constituição Federal de 1988 que os Estados-membros e o Distrito Federal têm competência para instituí-lo. Com a concretização do fato gerador, ocorre a *incidência da norma jurídica sobre a hipótese de incidência*, ou seja, os efeitos jurídicos (o direito de receber e o direito de pagar) ocorrem somente após a incidência concretizada.
- c) A incidência da norma jurídica sobre a hipótese de incidência promove sua *juridicização*, tornando-se, para tanto, a propriedade sobre o veículo (o que concretizou a hipótese de incidência) relevante juridicamente.
- d) Ocorre a irradiação dos efeitos jurídicos, ou seja, as consequências predefinidas pela regra de conduta (adquirir um veículo automotor) dentro da norma jurídica. Primeiramente, irradia-se a relação jurídica, vinculando o proprietário do veículo com a Administração Pública, representada pelos Estados-membros e o Distrito Federal. Em seguida, irradia-se o conteúdo jurídico da relação jurídica, tendo o proprietário o dever de prestar com sua obrigação.
- e) Determina-se a prestação jurídica, com o dever de fazer ou não fazer do IPVA, com o seu tempo e lugar especificados. Em seguida, determina-se o objeto da prestação jurídica, com a base de cálculo, o método e a alíquota referente ao imposto. Finalmente, extingue-se a relação obrigacional do proprietário com o pagamento do imposto.

Portanto, a norma jurídica tributária contém a determinação dos casos em que se cumprir determinada obrigação (pagar um tributo); as pessoas obrigadas a cumpri-la (sujeitos ativo e passivo); a sua quantia; e os modos e a forma como a obrigação tributária deve ser liquidada e cumprida, sendo matéria regulamentada pelo Estado moderno no ordenamento jurídico com disposições imperativas, e cuja observância vinculam tanto os contribuintes como os órgãos estatais (GIANNINI, 1957, p. 67). E o próprio conceito de tributo para o ordenamento jurídico brasileiro demonstra suas características.

Conforme estabelecido no artigo 3º do CTN, tributo consiste “[...] em toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Ou seja, tributo pode ser considerado um dos recursos oferecidos ao Estado para se obter os meios pecuniários necessários ao desenvolvimento de suas atividades, pertencente, assim, aos fenômenos das finanças públicas e sendo objeto de estudo por parte da ciência ou das ciências que se ocupam delas (JARACH, 1989, p. 41).

Mas, ao mesmo tempo, não pode o tributo ser afastado dos demais recursos estatais em razão de suas características jurídicas, resultando de uma prestação coativa por parte dos particulares ao Estado e resultado da relação jurídica formada entre os sujeitos ativo e passivo da obrigação, ou seja, uma relação obrigacional de direito público, estritamente vinculada à lei (NOGUEIRA, 1974, p. 115).

Assim, pode-se afirmar que o fundamento jurídico da relação jurídico-tributária fundamenta-se exclusivamente na lei (BLUMENSTEIN, 1954, p. 9-10), corroborando o entendimento exposto no ordenamento jurídico brasileiro, que defende, no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Nesse contexto, a relação jurídico-tributária corresponde aos anseios do direito público, manifestando-se pelo poder de império do Estado (FONROUGE, 1973, p. 87). Entretanto, o próprio Estado não poderá atuar discricionariamente, sendo condicionado o respeito às disposições legais (princípio da legalidade), razão pela qual pode ser atribuída à relação jurídico-tributárias as características de uma obrigação *ex lege* (BUJANDA, 1966, p. 19-22).

Para que exista a formação da obrigação tributária, segundo Nogueira (1974, p. 116), utilizando-se uma analogia de Hensel, faz-se necessário, de maneira semelhante à um espelho, que se reflita o retrato da relação de fato, ou seja, o espelho (a lei) pode existir, mas somente refletirá a imagem do fenômeno tributável quando este estiver na sua frente. E, assim, se não houver o espelho, também não haverá o reflexo do fenômeno tributável, inexistindo a formação da obrigação tributária.

Deve-se ressaltar, entretanto, que o próprio Becker (2010, p. 319) defende não existir uma norma jurídica para a hipótese de incidência, outra para a própria norma, outra para a base de cálculo, outra para a alíquota, e assim sucessivamente. Todos esses elementos compõem a mesma estrutura lógica de uma única norma jurídica, resultado de diversas leis ou artigos de leis.

Finalmente, a norma jurídica não pode ser confundida com a lei; a norma jurídica é resultante da totalidade do sistema jurídico formado pelas leis. A norma jurídica

não é lei, conquanto lei seja norma jurídica, ou seja, o gênero norma jurídica envolve as espécies de lei, além das formas consuetudinária, jurisprudencial e doutrinária (VASCONCELOS, 2006, p. 50-51).

Dessa forma, verifica-se que a relação jurídico-tributária consiste na formação da obrigação tributária, em razão da complementação da hipótese de incidência com o fato gerador do tributo, vinculando o sujeito ativo (o Poder Público) e o sujeito passivo, seja ele direto (contribuinte) ou indireto (responsável) no cumprimento da obrigação. Assim, qual a definição do fato gerador do tributo?

2.2 A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO TRIBUTO: A CONCRETIZAÇÃO DO FATO GERADOR

Conforme explanado anteriormente, toda e qualquer norma jurídica, dentre as quais inclui-se a tributária, tem como estrutura lógica a própria *norma* e a *hipótese de incidência* (também denominada de fato gerador). A incidência da norma jurídica somente ocorre *depois* de realizado o seu fato gerador, e as consequências desta incidência são aquelas predeterminadas pela norma. Discutiu-se como se dão os efeitos da incidência na norma, formando, assim, a obrigação tributária.

Entretanto, o que viria a ser, essencialmente, o fato gerador? Quando este instituto poderá ser considerado como concretizado, ensejando a incidência da norma jurídica tributária? Para se alcançar a resposta a esses questionamentos, faz-se indispensável uma análise da legislação tributária e constitucional vigente, além de citações doutrinárias sobre o tema.

Dispõe o Código Tributário Nacional (CTN) de 1966, em seu artigo 114, que o “fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”. E, ainda, em seu artigo 115 estabelece que o fato gerador “[...] da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.”

Entretanto, a legislação tributária ainda prevê o fato gerador em outros dispositivos. No artigo 113, parágrafo 1º, o CTN defende que a “[...] obrigação tributária é principal ou acessória,” com a principal surgindo com a ocorrência do fato gerador, e tendo por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, e extinguindo-se juntamente com o crédito dela decorrente.

A conceituação do CTN apresenta-se como ampla e dispersa, não possibilitando que se identifique o verdadeiro sentido do fato gerador. Mas, ao mesmo tempo, concede elementos suficientes para que se possa formular um conceito de fato gerador a partir da doutrina.

Antes de tudo, deve ser analisado o conceito legal em minúcias, a fim de que se busque retirar-lhe todas as informações possíveis no auxílio de uma definição de fato gerador. Quando o artigo dispõe “é a situação definida em lei”, exprime o respeito ao princípio da legalidade, um dos alicerces do Sistema Democrático de Direito e de singular relevância para o Direito Tributário (CABRAL, 2010, p. 21).

A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 150, incisos I e III, alínea “a”, tratou de elencar o princípio da legalidade a uma limitação ao poder de tributar, quando afirma que nenhum ente da federação, seja a União, Estados-membros, Distrito Federal

ou os Municípios, podem exigir ou aumentar tributo sem lei que os estabeleça. Esse mesmo princípio encontra respaldo na legislação ordinária, nos artigos 3º e 97 a 100 do CTN.

Cumprido ressaltar, ainda, que a fórmula geral “[...] nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça” foi parafraseado a partir dos pensamentos de Feuerbach, elaborando o aforismo *nullum tributum sine lege*, mediante o qual a teoria da reserva da lei tributária encontra uma simplificação formal (VASCONCELOS, 2006, p. 35). Dessa maneira, portanto, encontra-se o fenômeno da redução da juridicidade ao campo da legalidade.

Há de se ressaltar, ainda, que a previsão legal do fato gerador é a descrição minuciosa da situação fática que indicará o correto exercício de competência do ente federativo (sujeito ativo) e o tributo ao qual se obriga o indivíduo (sujeito passivo), enquadrado nessa situação. E é a descrição legal do fato gerador que determina a espécie tributária, sendo um indicativo de exercício de competência (BALEIRO, 2007, p. 64).

A descrição da situação na lei é *fundamental* para que se concretize (e afirme-se ter concretizado) o fato gerador do tributo. É, para tanto, que, dando prosseguimento, o conceito do artigo 114 do CTN coloca a expressão “como necessária”, dando a entender, mais uma vez, a força do princípio da legalidade no Direito Tributário.

Esse é o mesmo entendimento de Cabral (2010, p. 22), quando defende que é vital a existência de lei impositora e reguladora no meio tributário, trazendo essa lei a definição pormenorizada da situação a que se pretende imputar o dever obrigacional, ou seja, reforça-se o entendimento de que a lei tributária irá condicionar a concretização do fato gerador.

Segue o mesmo posicionamento Coelho (2006, p. 43), quando afirma que o fato gerador deve ser descrito em lei (*lex scripta e stricta*) em razão do princípio da legalidade, e que deve, mais ainda, ser minuciosamente descrito (seria o princípio da especificação) para evitar ao intérprete ou ao aplicador da lei entendimentos dilargados ou contraditórios a seu respeito, gerando insegurança (princípio da segurança jurídica) e incerteza para o contribuinte.

Finalmente, quando o artigo 114 dispõe “e suficiente à sua ocorrência”, estabelece que a situação definida em lei é o suficiente para que, na fenomenologia, o fato não seja um mero fato, mas sim um fato capaz de fazer surgir, no momento de sua concretização, uma relação obrigacional, um dever para um (sujeito passivo, o contribuinte) e um direito para outro (sujeito ativo, o Poder Público).

E o disposto do *caput* do artigo 113, e o artigo 115, transcrito anteriormente? Trata o texto legal da obrigação acessória, que consiste no cumprimento de prestações, positivas ou negativas, relacionadas ao interesse do Estado de arrecadas ou fiscalizar tributos, ou seja, consiste numa obrigação de fazer, não fazer ou tolerar, sendo uma imposição ao indivíduo (CABRAL, 2010, p. 55-56). O seu fato gerador se concretiza na situação que, prevista em lei, impõe ao indivíduo a prática ou abstenção de determinados atos que não configurem o pagamento de tributo ou de pena pecuniária.

Eis que, conforme previsão do CTN, a identificação do momento em que nasce a obrigação tributária principal; a fixação dos conceitos de incidência, não incidência e isenção; a determinação do sujeito passivo da obrigação tributária; a determinação do regime jurídico da obrigação tributária (alíquota e base de cálculo); a distinção dos tributos em gênero e dos impostos em espécie, entre outros, consistem nas virtudes oriundas

do conhecimento desprendido do estudo do fato gerador iniciado a partir do seu conceito (FALCÃO, 2013, p. 67-103).

Da mesma maneira seguem os ensinamentos de Alfredo Augusto Becker, uma vez que, para ocorrer a relação jurídica tributária é necessário que, anteriormente, tenha ocorrido a incidência da norma jurídica tributária sobre o fato gerador, e, assim, irradiado a relação jurídica tributária. Critica o autor, porém, a expressão “fato gerador”, uma vez que esta geraria confusão intelectual (BECKER, 2010, p. 338).

Também propondo a utilização do termo hipótese de incidência, ao invés de fato gerador, Ataliba (1991, p. 67) afirma que a lei sempre descreve um fato, atribuindo-lhe, se e quando acontecido, a força jurídica de criar o vínculo obrigacional tributário, porque, segundo lições de Jarach, Amílcar Falcão, dentre outros, a situação posta como hipótese de incidência é sempre um fato. Mas, registre-se, um fato jurídico, fato de que decorrem efeitos jurídicos, por disposição do sistema. Ambos os autores alegam que a impropriedade de expressões pode levar a falsas conclusões acerca de uma teoria ou doutrina, provocando prejuízos com base naquele fundamento.

Portanto, o fato gerador da obrigação tributária pode ser conceituado como sendo o fato, o conjunto de fatos ou estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica tributária de pagar um tributo determinado (FALCÃO, 2013, p. 2-3).

O mesmo posicionamento pode ser encontrado em Cabral (2010, p. 26), quando defende ser o fato gerador todo aquele fato que, eleito pelo legislador e posto como uma norma tem aptidão para ocorrer no mundo, uma vez que sem lei seria um fato irrelevante ao meio jurídico tributário. Este fato juridicizado na figura do fato gerador é que gera para o indivíduo nele enquadrado, de modo perfeito, uma obrigação a ser cumprida dentro de um dado espaço e em certo tempo.

Assim, pode-se afirmar que toda e qualquer norma jurídica, dentre as quais inclui-se a tributária, tem como estrutura lógica a própria *norma* e a *hipótese de incidência*, e que a incidência da norma jurídica somente ocorre *depois* de realizado o seu fato gerador, com as consequências desta incidência sendo aquelas predeterminadas pela norma. Com a concretização do fato gerador, forma-se a obrigação tributária, gerando um dever para o sujeito passivo direto (contribuinte) ou indireto (responsável) e um direito ao sujeito ativo (o Poder Público). E, com o surgimento da obrigação tributária, a Administração Pública efetua ou homologa o lançamento do tributo, tornando líquida e certa a obrigação, consubstanciando-se o crédito tributário.

3 ABRAM-SE AS ALAS, A FESTA RECOMEÇOU!: A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO FATO GERADOR FUTURO OU PRESUMIDO E A INSTITUIÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA

Seguindo posicionamento contrário às disposições do Código Tributário Nacional (CTN) e, também, da própria Constituição Federal de 1988, conforme se verificará posteriormente, foi instituída, em 17 de março de 1993, a Emenda Constitucional de nº. 3, que, em seus termos, adiciona ao artigo 150 do texto constitucional o parágrafo 7º, podendo a lei *atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente,*

assegurada a imediata e preferencial *restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido*.

A partir do texto previsto no artigo 150, §7º da Constituição Federal, podem-se isolar alguns elementos: a) a lei pode atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição; b) o fato gerador que enseja a formação dessa obrigação tributária ocorrerá posteriormente, ou seja, é um fato gerador futuro ou presumido; c) não ocorrendo o fato gerador futuro ou presumido, ocorrerá a imediata e preferencial restituição da quantia paga.

Diferentemente do que foi tratado anteriormente, tanto na legislação tributária quanto na doutrina, a Emenda Constitucional de n.3 inseriu no artigo 150 da Constituição Federal de 1988 um tipo diferenciado de fato gerador, que ocorrerá em momento completamente distinto daquele fato gerador tradicional, ou seja, será presumido, podendo ou não ocorrer, e com essa presunção é que forma-se a obrigação tributária. E, ainda pior: não ocorrendo o fato gerador (significando uma situação de completa insegurança jurídica), ocorrerá a imediata e preferencial restituição do tributo. Ao menos é o que se prevê. Entretanto, a regra está sendo devidamente aplicada?

Mas como essa Emenda de nº. 3 afeta o ordenamento jurídico brasileiro? Como são violados os princípios vigentes do Sistema Tributário Nacional? Esses questionamentos serão respondidos a seguir.

3.1 A ATRIBUIÇÃO A SUJEITO PASSIVO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO OU CONTRIBUIÇÃO

O termo *responsabilidade* corresponde-se com a ideia de ter alguém de responder pelo descumprimento de um dever jurídico, ou seja, a *responsabilidade* não se confunde com o *dever jurídico*, estando aquela sempre ligada ao descumprimento do dever, à não prestação. Assim, pode-se afirmar que é a sujeição de alguém a uma sanção, geralmente a quem tem o dever jurídico, mas podendo ser atribuída a quem não o tem (MACHADO, 2009, p. 150).

Portanto, pode-se afirmar que o contribuinte seria o *sujeito passivo direto*, enquanto que o responsável consiste no *sujeito passivo indireto* (SOUSA, 1975, p. 92). Porém, não se pode confundir o *sujeito passivo indireto* com o *sujeito passivo de tributo indireto*, ou seja, aquele que, onerando o contribuinte (contribuinte “de direito”), atinge, reflexamente, um terceiro (chamado de contribuinte “de fato”). Com isso, o sujeito passivo indireto corresponde a um terceiro (que é o contribuinte “de direito”, e não “de fato”) eleito como o devedor da obrigação tributária (AMARO, 2009, p. 303).

Ainda assim, o termo *responsabilidade* no Direito Tributário pode ter dois sentidos: um sentido amplo e outro restrito. Em sentido amplo, consiste na submissão de determinada pessoa, seja ela contribuinte ou não, ao direito do Poder Público exigir a prestação da obrigação tributária (MACHADO, 2009, p. 150-151). Essa responsabilidade vincula qualquer dos sujeitos passivos da relação tributária, e pode ser encontrada em sentido amplo nas disposições dos artigos 123, 128, 136 e 138, entre tantos outros, do CTN.

O sentido restrito, por sua vez, é a submissão, em virtude de disposição legal expressa (princípio da legalidade), de determinada pessoa que não é contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do Poder Público de exigir a prestação respectiva. Pode ser encontrada a responsabilidade em sentido estrito, por exemplo, no artigo 121, inciso II do CTN.

A figura do responsável como devedor na obrigação tributária corresponde a uma modificação subjetiva no pólo passivo da obrigação, uma vez que esta, naturalmente, seria ocupada pelo contribuinte (AMARO, 2009, p. 303). O contribuinte, nesse sentido, seria alguém que, originariamente, cumpriria a obrigação tributária com o Fisco, mas que não o fará em razão da lei ter optado por colocar outro indivíduo em seu lugar, ou seja, o responsável, desde o momento da ocorrência do fato (ou da presunção deste).

Mas a responsabilidade tem de ser atribuída a quem tenha relação com o fato gerador, ou seja, pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação. Não consiste numa vinculação pessoal e direta, pois quem se encontra nessa situação é o contribuinte, mas sim numa vinculação com o fato gerador para que alguém seja considerado o responsável (MACHADO, 2009, p. 151).

Dessa maneira, a Emenda Constitucional de n. 3, ao tratar de transferir a obrigação tributária a um responsável, retirando-a do contribuinte, não criou problemas, agindo conforme a legislação tributária vigente e os preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

Entretanto, no momento em que condicionou essa representação (também chamada de substituição) a um fato gerador futuro ou presumido, fez exatamente o contrário, indo em sentido oposto ao da legislação do Direito Tributário e suas fontes. E como funciona essa representação e substituição? É o que se verificará a seguir.

3.2 O CONDICIONAMENTO DA REPRESENTAÇÃO OU SUBSTITUIÇÃO A UM FATO GERADOR FUTURO OU PRESUMIDO: A PREVISÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU “PARA FRENTE”

Conforme lição de Roque Antonio Carrazza, a Emenda Constitucional de nº. 3 “criou” a responsabilidade tributária por fato futuro, também denominada de substituição tributária progressiva ou “para frente”, quando a lei é “autorizada” a fazer nascer tributos de fatos que ainda não ocorreram, mas que, ao que tudo indica, ocorrerão. Assim, permite que a lei crie presunções de acontecimentos futuros e, com elas, faça nascer obrigações tributárias (CARRAZZA, 2011, p. 491).

O próprio texto da Emenda Constitucional de n. 3 gera polêmicas na doutrina. Segundo Cabral (2010, p. 66), existe uma incoerência no texto quando permite à lei atribuir a responsabilidade. Porém, deve-se ressaltar que o princípio da legalidade limita o Poder de tributar, em que necessita de lei para exigir ou aumentar tributo. Mas como poderia exigir, se há lei e não há um fato no mundo correspondente? Por mais que o fato gerador venha a ocorrer posteriormente, a autora verifica uma irregularidade do previsto na Emenda Constitucional com os valores estabelecidos na própria Constituição Federal de 1988.

Oportuno o posicionamento de Nogueira (1990, p. 98-103), segundo o qual o direito, como uma ciência normativa, com a finalidade de realizar a justiça e o bem comum,

tem como necessária a utilização não somente de normas adequadas, como também pela doutrina e jurisprudência para impedir a incerteza. E, ainda, que o direito não deve ser escrito somente por meio de texto, mas também por contextos, ou textos interligados, componentes de uma estrutura de normas que detém nexos, ou seja, componentes de uma única sistemática.

Para Carrazza (2011, p. 491-492), os problemas do texto da Emenda não param por aí, uma vez que a Constituição Federal de 1988 veda a tributação a fatos de provável ocorrência, e, segundo o autor, para que a substituição tributária venha a acontecer adequadamente, faz-se necessário que se fundamente em fatos concretos, nunca em fatos futuros ou incertos. E essa é uma barreira inafastável, tendo em vista que integra o conjunto de direitos e garantias fundamentais.

Em nenhum momento, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto disposições acerca da exigência de tributos tendo por fundamento fatos geradores futuros ou presumidos. Mas, em razão do princípio da segurança jurídica, proporciona uma medida de defesa ao contribuinte, exigindo a instituição de lei para que seja exigido ou aumentado um tributo. E quando é a própria lei que prevê a exigência desse tipo de tributo, baseado em fatos futuros?

Para Carrazza (2011, p. 494), a Emenda, ao adicionar o parágrafo 7º ao artigo 150 da Constituição Federal de 1988, atropelou qualquer indício do princípio da segurança jurídica, aplicando ao Direito Tributário a ocorrência real do fato impunível.

O mesmo entendimento pode ser encontrado em Ataliba (1995, p. 175), quando afirma que as leis civis, comerciais e administrativas podem, de um modo geral, prudentemente estabelecer presunções e ficções, mas a Constituição Federal veda que isso seja feito em matéria penal e tributária, a partir do brocardo *nullum crimen, nullum tributum sine lege*. Assim, integra o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais, protegido por cláusula pétra, por força do artigo 60, parágrafo 4º do próprio texto constitucional.

O próprio artigo 145, em seu parágrafo 1º, refere-se à “capacidade econômica” do contribuinte. Com isso, exige-se que para seja cobrado um determinado tributo, seja levada em consideração a capacidade econômica do contribuinte, o sujeito passivo direito, mas como poderia fazê-lo se o fato gerador ainda não ocorreu? Como poderia fazê-lo se consiste num fato presumido? Assim, não pode resultar o tributo de uma ficção, tal como não se pode punir alguém por um crime que não cometeu (ATALIBA, 1995, p. 175).

Registre-se, entretanto, que a substituição tributária regressiva ou “para trás” não encontrou maiores obstáculos na doutrina com relação à ocorrência do fato gerador, em razão deste já ter ocorrido, e não tratar-se de uma presunção, ou mera ficção. O que ocorre na substituição regressiva é o deferimento do pagamento do imposto de fato gerador já ocorrido, que deverá ser feito por um substituto tributário que tenha vinculação com o fato ocorrido e com aquele que o praticou, com a finalidade de ser ressarcido financeiramente da incumbência legal da substituição (MANEIRA, 2003, p. 56).

Poderia tratar-se o fato gerador futuro ou presumido instituído pela Emenda Constitucional de n. 3 como sendo uma “norma constitucional inconstitucional” (BACHOF, 2001, p. 2-40), mas essa hipótese é afastada por Carrazza (2011, p. 495), quando defende

que o princípio da segurança jurídica foi estabelecido por uma Assembleia Nacional Constituinte, exercendo-se o poder constituinte originário. Com isso, estaria configurada uma hipótese de uma norma inconstitucional.

O pagamento consiste numa das modalidades extintivas de obrigações tributárias, conforme o artigo 156, inciso I do CTN. Com isso, torna-se praticamente impossível, dentro dos princípios e normas vigentes no Direito Tributário extinguir um tributo que ainda não foi cobrado (CARRAZZA, 2011, p. 492).

Nesse contexto, não tendo ocorrido os pressupostos necessários ao surgimento da própria obrigação tributária, ou seja, não se podendo falar ainda em cobrança de tributo, não há porque se cogitar a representação ou substituição de um sujeito passivo que também não existe. Essa medida consistiria numa espécie de confisco de um determinado indivíduo, que está respondendo por um fato futuro ou presumido, ou seja, completamente incerto, e que representa ou substitui outro indivíduo sem estrutura lógica (CARRAZZA, 2011, p. 492).

A jurisprudência também segue nesse sentido. Em julgamento do Recurso Especial de nº 37.361-1, de São Paulo, em 23 de maio de 1994, o Ministro César Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, para que seja regular uma substituição, é necessário que já exista o substituído, uma vez que a vinculação somente pode se dirigir para o futuro, para as operações subsequentes. Não ocorrendo o fato gerador, não há porque formar-se a obrigação tributária e, assim, não poderia ocorrer a substituição.

Alguns podem afirmar a possibilidade da ciência jurídica efetuar a equiparação, por intermédio de mecanismo das presunções e ficções, do fato futuro com o fato presente. Entretanto, por mais que o direito possa criar suas próprias realidades, ignorando a fenomenologia, existe um limite, ou seja, o texto da Constituição Federal de 1988. Assim, as presunções e ficções devem ser feitas com critério e método, preservando os direitos e as garantias fundamentais (CARRAZZA, 2011, p. 492-493).

O Direito Tributário consiste num corpo de princípios, preocupado com as minúcias dos fenômenos da incidência, fazendo isto exatamente para controlar a atividade impositiva e proteger os direitos e garantias dos cidadãos (CARVALHO, 1999, p. 285). Assim, como poderia o próprio Direito Tributário admitir um tipo de percussão tributária que se dê à margem de tudo isso, em razão da natural imprevisibilidade dos fatos futuros? E ainda, se é difícil e problemático exercitar o controle sobre os fatos ocorridos, como poderia intervir e, ao mesmo tempo manter a segurança das relações jurídicas?

Pode-se verificar, assim, que a Emenda Constitucional de n. 3 desrespeitou os limites estabelecidos pela própria Constituição Federal de 1988, gerando um instituto que provoca insegurança jurídica, ao tributar fatos futuros ou presumidos e sem levar em consideração não somente a própria segurança jurídica, como também a capacidade contributiva do contribuinte. Mas, como esse dispositivo agiu na prática? É um problema que foi encontrado em alguns impostos.

3.3 A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA “PARA FRENTE” E A RESTITUIÇÃO QUANDO DA NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR FUTURO OU PRESUMIDO: O ENTENDIMENTO JURIS-PRUDENCIAL ACERCA DO ICMS

Quando transportada para a prática, a substituição tributária progressiva ou “para frente” para trazer uma série de problemas, por mais que, no texto da Emenda Constitucional de nº. 3 esteja prevista a imediata e preferencial retribuição, quando da não ocorrência do fato gerador futuro ou previsto.

A situação pode se complicar extraordinariamente quando se defrontar com a natureza de determinado tributo, como, por exemplo, o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Esses impostos possuem uma natureza mercatória, e sua base de cálculo consiste no valor das operações, repelindo, dessa maneira, quaisquer tabelamentos e pautas fiscais que poderiam incidir (COELHO, 2006, p. 359).

O artigo 150, § 7º da Constituição Federal de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional de n. 3, mostra a exigência de uma lei de atribuição de responsabilidade; o sujeito da responsabilidade, que seria o sujeito passivo; o objeto da responsabilidade, que corresponde ao pagamento de imposto ou contribuição, utilizando-se de um fato gerador futuro ou presumido e, também, uma restituição, quando da não ocorrência do fato gerador (SILVA, 2012, p. 672).

Entretanto, em relação ao ICMS, por exemplo, a legislação já prevê a restituição, e o próprio imposto tem uma lei própria, a Lei Complementar de nº 87, de 1996. O artigo 10 deste diploma assegura ao *contribuinte substituído* o direito à *restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária progressiva*, correspondente ao fato gerador futuro ou presumido.

Dessa maneira, o ICMS, por exemplo, já consta com uma lei que assegura o pagamento do imposto, que é a Lei Complementar de nº 87, de 1996; Como condiciona ao pagamento de um imposto, tem a formação de uma obrigação tributária principal, podendo, assim, indicar um responsável ou substituto para cumpri-la; O ICMS é cobrado mediante a presunção ou tendo por fundamento um fato gerador futuro. Assim, praticamente todos os elementos previstos no artigo 150, § 7º da Constituição Federal de 1988 estão presentes. Mas e a restituição? Esse é o problema.

Por mais que se aceitasse a cobrança de um tributo oriundo de um fato gerador futuro ou presumido, ao menos poder-se-ia esperar a restituição do valor àquele que efetivamente cumpriu com sua obrigação, que seria o responsável ou substituto (SILVA, 2012, p. 672-673).

Mas não é isso o que ocorre com a previsão do artigo 10 da Lei Complementar de nº 87, de 1996. Conforme ressaltado anteriormente, o contribuinte substituído é que tem direito à restituição do valor pago pelo substituto, ou seja, o Estado intervém numa relação eminentemente privada, mesmo que gerada por ele, e prejudica aquele que cumpriu com a obrigação tributária direta, beneficiando aquele que fora substituído.

E fica o questionamento: quem ressarcirá o substituto pelo pagamento indevido que se lhe impôs? Teria o substituto o direito de pedir ressarcimento judicialmente ao substituído? Mas como poderia fazê-lo, diante do princípio da legalidade do Direito Tributário? Está,

assim, estabelecido o carnaval. Abriam-se as alas para que a alegoria da Emenda Constitucional de n. 3 pudesse passar, trazendo consigo o parágrafo 7º do artigo 150, e, com muita festa, instaurado uma insegurança jurídica decorrente do próprio texto constitucional.

E se, por exemplo, o fato gerador da obrigação tributária vier a ocorrer, mas, diferentemente do que se estabelecia, a alíquota ou a base de cálculo do tributo for menor do que aquela presumida? A substituição tributária progressiva esbarra em outro problema.

Levando-se em consideração a natureza mercatória do ICMS, que realiza uma tributação indireta sobre o consumo, o contribuinte “de direito” não deve suportar a carga tributária, que deve ser repassada integralmente ao consumidor. Com isso, na substituição tributária progressiva, como o substituído deve antecipar o valor do ICMS que lhe será ressarcido quando vender o produto para o consumidor ocorre uma redução ao princípio da capacidade contributiva, ou seja, a Administração Pública não poderá auferir exatamente as condições contributivas individualmente (MANEIRA, 2003, p. 61).

Para se realizar a cobrança de um tributo como o ICMS sem que tenha ocorrido o fato gerador, qual seria a base de cálculo utilizadas? Da mesma maneira aplicada ao fato gerador do tributo, utiliza-se uma base de cálculo presumida, mas que, segundo Maneira (2003, p. 62), deve ser proporcional à capacidade contributiva do sujeito passivo, mesmo que essa verificação seja de difícil constatação.

Segundo a teoria da substituição tributária progressiva, sendo o fato gerador e sua base de cálculo presumidas, uma vez não se realizando o fato gerador, seria devida a restituição do valor pago indevidamente, conforme previsão expressa do próprio CTN, em seu artigo 165. Quanto à base de cálculo presumida, uma vez ocorrido o fato gerador, mas com uma base de cálculo menor do que a que fora prevista, também deveria ocorrer a restituição, mas essa estipulação ficou ausente do artigo 150, § 7º da Constituição Federal de 1988.

Em razão dessa ausência, foi firmado o Convênio ICMS de n. 13, publicado no Diário Oficial da União (DOU), de 25 e 27 de março 1997, em que vinte e três estados da federação definiram que, ocorrendo o fato gerador que anteriormente era presumido, mas sendo por um valor inferior ao recolhido quando do pagamento do tributo, não ocorreria a restituição.

A esperança para o substituto poderia encontrar-se na jurisprudência, mas não foi bem isso que ocorreu. Em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de n. 1.851-4, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), em julho de 1998, e julgada em 22 de novembro de 2002, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que o preço último e final, sugerido pelo fabricante, a tratar-se de ICMS, não era inconstitucional.

A decisão do STF, para Coêlho (2006, p. 359) causou dois efeitos distintos, e devastadores:

- a) o de uma grande decepção entre os substitutos, pois pareceu-lhes que se restabelecia a tributação por mera presunção *jure et de jure*, e, com isso, a denegação da justiça, ferindo-se vários princípios constitucionais, como a legalidade, a verdade material, a razoabilidade, a estrita legalidade e do não confisco, promovendo o enriquecimento sem justa causa dos estados-membros;
- b) o grande júbilo entre os estados-membros que, repletos de regimes de substituição de sujeitos passivos, passaram a fixar, mediante presunção, bases de

cálculo completamente fora da realidade, com a substituição tributária progressiva ou “para frente.”

O mesmo entendimento é compartilhado por Carrazza (2011, p. 497), quando afirma que o STF, além de haver chancelado a tese de que o ICMS pode ser cobrado antes da ocorrência do fato imponible, com base em um valor presumido de venda futura da mercadoria, decidiu pela inexistência do dever de devolução ainda que a operação final tenha ocorrido por montante inferior ao estimado.

Entretanto, ressalta, mais uma vez, Coêlho (2006, p. 359) que o STF julgou a questão em sede de ADIn, onde não se encontram partes, nem lide ou provas (controle abstrato). Defende o autor que o preço sugerido pelo fabricante é razoável, não é inconstitucional, sem que o sistema não teria sequer operacionalidade, mas, a partir do momento em que, mediante controle difuso, onde não há lide, partes ou provas, afirma-se que o preço presuntivo prevalece sobre o preço real, faz-se “pouco da Constituição” e faz “menosprezar a inteligência”, o sendo de justiça dos Ministros da Suprema Corte. Com o caso a caso as medidas poderiam ser diferenciadas, mas não deixa de ter se instaurado uma insegurança jurídica com o dispositivo do artigo 150, § 7º da Constituição Federal de 1988.

Para Maneira (2003, p. 60), a decisão do STF foi acertada, quando estabeleceu que a substituição tributária progressiva ou “para frente” é possível, em razão da previsão constitucional, exigindo o pagamento antecipado de fato gerador que irá ocorrer no futuro, não sendo ficção, mas sim presunção relativa, que é admitida no direito tributário brasileiro, tendo como principal fundamento o princípio da praticidade. Mas, por outro lado, quando afirma que não ocorrerá a restituição nos casos em que o valor for inferior ao que fora previsto anteriormente, incide em erro, provocando danos ao responsável.

A substituição tributária progressiva ou “para frente” realizada no ICMS frustra, ainda, o princípio da não cumulatividade, que garante ao contribuinte o direito de creditar-se de todo o montante de tributo cobrado nas operações ou prestações anteriores, pelo mesmo ou por outro Estado-membro ou pelo Distrito Federal, segundo o artigo 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal de 1988. Dessa maneira, o substituído, uma vez tendo sido recolhido o tributo pelo substituto, não tem como beneficiar-se com este direito constitucional (CARRAZZA, 2009, p. 327-354).

Mais uma polêmica, porém, é levantada por Silva (2012, p. 673): e se o contribuinte “de direito” não for o mesmo consumidor final, caso em que se dará a repercussão econômica do tributo na pessoa de um contribuinte “de fato”? Como se dará a restituição? Afirma o próprio autor que será aplicada, então, a Súmula de nº. 71 do STF, devidamente alterada pela Súmula de nº. 546, ou seja, embora pago indevidamente, não cabe a restituição de tributo indireto, mas a restituição tem cabimento quando reconhecido por decisão que o contribuinte “de direito” não recuperou do contribuinte “de fato” o valor respectivo.

As súmulas, ao que parecem, constituem-se em fantasias a serem aplicadas à alegoria que consiste a Emenda Constitucional de nº. 3, ou seja, simples remendos a um erro que poderia, e ainda pode ser, evitado com a revogação do dispositivo, que institui a cobrança de tributos mediante um fato gerador futuro ou presumido. Mas, será que o

Poder Público pode efetuar a cobrança, mediante o princípio da legalidade, e deixar de lado os direitos e garantias do contribuinte, lesado com a obrigação indevida? O próprio texto constitucional responde a esses questionamentos.

4 O CARNAVAL NÃO SE RESUME A CONFETES E ESTAMPILHOS: O PRINCÍPIO DA IMPROJETABILIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA COMO LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR

Conforme verificado anteriormente, ocorre a formação da obrigação tributária com a concretização do fato gerador. Somente depois da concretização do fato gerador é que a norma jurídica tributária irá incidir sobre o fato, promovendo a formação do sujeito ativo e o sujeito passivo, com seus respectivos direitos e obrigações.

Entretanto, a Emenda Constitucional de n. 3, de 1993, promoveu uma alteração no instituto da responsabilização ou substituição tributária, permitindo que uma lei pudessem autorizar a formação da obrigação tributária, tendo por fundamento um fato gerador futuro ou presumido. Essa medida gerou controvérsias na doutrina e na jurisprudência, e levantou hipóteses acerca dos prejuízos não somente ao substituto, como também ao substituído e todo o Estado Democrático de Direito, ao gerar inseguranças jurídicas. Então, como a medida do artigo 150, § 7º da Constituição Federal pode encontrar maior regulamentação e controle? Eis que surge o *princípio da improjetabilidade da lei tributária*.

Segundo Nogueira (2005, p. 89), o *princípio da improjetabilidade da lei tributária* consiste na limitação ao poder de tributar fatos futuros ou presumidos, ou seja, o princípio veda que a lei tributária seja lançada ao futuro, criando a hipótese de um fato ainda inexistente e conferindo-lhe efeitos jurídicos no presente.

O princípio atua, assim, de maneira similar ao princípio da irretroatividade, mas, ao invés de tratar de fatos anteriores à sua vigência, trata de fatos futuros ou presumidos, sendo, assim, incertos. Ambos os princípios, inclusive, possuem estreita relação com o princípio da segurança jurídica, constitucionalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se analisará adiante.

4.1 A ESTREITA RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA IMPROJETABILIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E A SEGURANÇA JURÍDICA

Por mais que a lei, concebida como um instrumento jurídico geral e abstrato, direcione-se para o futuro, ela sempre será aplicada no presente com relação a fatos passados, que foram por ela juridicizados. Assim, a norma jurídica tributária somente incidirá quando concretizado o fato gerador, para que, dessa maneira, forme-se a obrigação jurídica tributária (COSTA, 2003, p. 28-36).

A Emenda Constitucional de n. 3, por sua vez, permitindo a utilização de fato gerador futuro ou presumido, faz que possam ocorrer três hipóteses, quando da substituição tributária progressiva ou “para frente”:

- a) a hipótese de que o fato gerador presumido não se realiza no tempo previsto ou previsível (presunção temporal), quando a restituição harmoniza-se com a proibição de utilizar tributo com efeito de confisco (artigo 150, inciso IV);

- b) a hipótese de que o fato gerador presumido não se realiza pelo valor (base de cálculo) previsto, quando a restituição harmoniza-se com o princípio da igualdade (artigo 150, inciso II) e o princípio da legalidade (artigo 155, § 2º, inciso V e alínea “b”), e, finalmente;
- c) a hipótese em que o fato gerador presumido não se realiza com o consumidor final e sim com novo contribuinte, quando a restituição deve ser representada pela transferência do crédito tributário, harmonizando-se com o princípio da legalidade (não cumulatividade) e pelos princípios da capacidade contributiva e da igualdade (artigos 154, inciso I e 155, § 2º, inciso I) (COMUNELLO, 2002, p. 68-69).

Nesse contexto, dependendo da situação em que incorra a lei, e, também, em razão da natureza do tributo, uma série de princípios constitucionais podem ser violados. O princípio da improjeteabilidade da lei tributária, por sua vez, atua de maneira diferenciada, sendo uma espécie de barreira ou limitação ao poder de tributar exercido pelo ente federativo, almejando a proteção ao contribuinte direto e, também, ao contribuinte indireto.

Os princípios em sentido estrito constituem-se em normas imediatamente finalísticas, originalmente prospectivas e com objetivos de completariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estados das coisas que deve ser promovido e, também, os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2004, p. 70).

Em outras palavras, os princípios correspondem a normas imediatamente finalísticas que estabelecem, inicialmente, o estado ideal de coisas a ser buscado pelo intérprete e, por isso, exigem a adoção de determinados comportamentos, cujos efeitos contribuem para a promoção adequada e, também, gradual daquele fim.

Cite-se o exemplo do princípio da moralidade administrativa, em que um estado de confiabilidade, honestidade, estabilidade e continuidade nas relações entre o poder público e o particular é almejado, e para cuja promoção são necessários determinados comportamentos sérios, motivados, leais e contínuos. Atingindo esses comportamentos, o princípio está sendo respeitado (ÁVILA, 2012, p. 92).

O elemento constitutivo essencial dos princípios consiste na tentativa de estabelecer um estado ideal de coisas a ser buscado e, para isso, vinculam-se intensamente com outros princípios constantes no mesmo ordenamento jurídico, mantendo, entre si, uma relação de complementaridade, principalmente, porque a Constituição Federal de 1988 estabelece o dever de buscar e preservar vários ideais ao mesmo tempo (ÁVILA, 2012, p. 93).

Nesse sentido, o princípio da improjeteabilidade da lei tributária tem, como elemento constitutivo essencial, o estado ideal de que nenhum tributo será condicionado a fato gerador futuro ou presumido. Dessa forma, correlaciona-se intensamente com os outros princípios constantes no ordenamento jurídico brasileiro, mas, entre eles, encontra-se o sobreprincípio da segurança jurídica.

Para Miranda (1972, p. 193), a ordem social de determinado Estado é adquirida mediante o respeito ao conteúdo da justiça e da segurança jurídica. A justiça consiste na liberdade, cultura, felicidade relativa, enquanto que a segurança jurídica concede ordem e paz. Enquanto a justiça observa o presente, a segurança jurídica observa o futuro,

artificializando-o para torná-lo previsível. E, para que algo perdure, faz-se necessário que seja regulamentado pela regra jurídica.

O mesmo entendimento pode ser encontrado em lição de Luis Roberto Barroso, segundo o qual a segurança jurídica é um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social, consagrada no artigo 2º. da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um direito natural e imprescritível, e devidamente regulamentado e defendido pelo ordenamento jurídico (BARROSO, 2005, p. 139).

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da segurança jurídica é construído a partir de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito, constante no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 e, em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, tais como: a proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e da coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI); as regras da legalidade (artigo 5º, inciso II e artigo 150, inciso I); da irretroatividade (artigo 150, inciso III, alínea “a”) e da anterioridade (artigo 150, inciso III, alínea “b”) (ÁVILA, 2012, p. 370).

Em sua perspectiva normativa que a exterioriza, a segurança jurídica encontra-se na dimensão normativa de um princípio, estabelecendo o lugar para encontrar o estado ideal das coisas na medida da estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade da atuação do Poder Público (ÁVILA, 2012, p. 371-372). Mas, afinal, qual o conceito de segurança jurídica?

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), aplica o primado da segurança jurídica para exigir a manutenção da estabilidade das relações jurídicas, e assim o fez na medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) de nº. 2.010, em Tribunal Pleno, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, julgada em 30 de setembro de 1999 e, também, na Questão de Ordem na Petição de nº. 2.900, no Rio Grande do Sul, com a 2ª Turma, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, julgada em 27 de maio de 2003.

Entretanto, qual a principal relação entre o princípio da improjeteabilidade da lei tributária com o sobreprincípio da segurança jurídica? Esse questionamento pode ser respondido mediante lição de Ávila (2012, p. 372), que elenca duas perspectivas em que a segurança jurídica pode ser encontrada.

Em sua primeira perspectiva, todos os cidadãos devem saber, antes que aconteçam ou sejam criadas, quais normas são vigentes, o que é possível apenas quando elas estão em vigor e, também, quais os fatos por ela concretizados (consagração da irretroatividade) e, se os cidadãos puderem conhecê-la antes que entre em vigor (princípio da anterioridade, somada ao *vacatio legis*).

É o que se pode classificar, nessa perspectiva, como a *dimensão formal-temporal da segurança jurídica*. Em razão dessa mesma perspectiva é que os contribuintes podem, por exemplo, adaptar-se a uma nova lei que alterará o IPI ou, ainda, acerca da instituição do Imposto de Renda.

Na sua segunda perspectiva, a segurança jurídica pode ser encontrada na exigência de determinação de que certa demanda necessita de compreensibilidade, ou seja, clareza, calculabilidade e controlabilidade do seu conteúdo para os destinatários. É, dessa

forma, que o contribuinte pode se proteger de abusos cometidos na majoração da base de cálculo ou das alíquotas de alguns impostos. É a *dimensão material da segurança jurídica*.

Esse é o mesmo posicionamento defendido por Carrazza (2011, p. 464), segundo o qual a segurança jurídica também exige que a lei tributária seja estritamente interpretada, tendo em vista tratar de bens jurídicos relevantes para o indivíduos, como a sua liberdade e propriedade, ambos protegidos pelos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Assim, as leis tributárias não se compadecem com uma interpretação extensiva ou analógica, mas, muito pelo contrário, demandam uma interpretação restrita, para que resultem melhor defendidos os direitos e garantias dos contribuintes. Essa medida, para o autor, constitui a melhor maneira de protegê-los do arbítrio e do abuso do poder fazendário.

Destaca, por sua vez, Klaus Vogel, trazido por Humberto Bergmann, que somente com o exame da hipótese de incidência é que se pode encontrar as verdadeiras “condições” pela a elaboração da comparação sistemática e fática ou da assimilação, pela quais são definidas as normas abstratas e quais fatos não tem nada a ver com o caso, ou seja, a determinação não pode, desde já, fornecer previamente a orientação final para a decisão jurídica do caso, e é por isso que, algumas vezes, a segurança jurídica é alcançada quando o próprio contribuinte precisa ceder dados para compor o lançamento de um determinado tributo (ÁVILA, 2012, p. 372).

Assim, pode-se afirmar que o primado da segurança jurídica encontra-se em duas perspectivas distintas, no ordenamento jurídico brasileiro: o de sua dimensão formal-temporal da segurança jurídica, evitando que o contribuinte seja surpreendido com determinada disposição normativa e, também, o de sua dimensão material, quando o contribuinte necessita dos dados necessários para que possa não sofrer abusos com os efeitos jurídicos de determinada norma.

O que vem ocorrendo com a Emenda Constitucional de n. 3 e a inclusão, no texto constitucional, do fato gerador futuro ou presumido e a substituição tributária progressiva ou “para frente” é exatamente o contrário do que se estabelece com a segurança jurídica. De um lado, na sua dimensão formal-temporal, o contribuinte é surpreendido com um fato gerador inexistente, futuro ou presumido, e que pode vir a ocorrer ou não.

Por outro lado, o contribuinte é atingido na dimensão material, com a formação de uma obrigação tributária inexistente, tendo em vista ter por fundamento um fato impunível e, assim, o cálculo de um tributo quando não se poderia, inicialmente, calcular-se a base de cálculo e suas alíquotas, porque o fato gerador ainda não ocorreu, e pode vir a não ocorrer. Mesmo o “remendo” realizado com as súmulas do STF não permitem uma aplicação constitucional do instituto.

Assim, podem ser delimitadas as características do princípio da improjetabilidade da lei tributária. Constitui-se num princípio que tem por fundamento constitucional o primado da segurança jurídica, aliado a outros princípios, tais como os princípios da legalidade (artigo 5º, inciso II e artigo 150, inciso I); da irretroatividade (artigo 150, inciso III, alínea “a”) e da anterioridade (artigo 150, inciso III, alínea “b”). Ao mesmo tempo, possui ampla relação com o princípio da irretroatividade, tendo em vista que, se não se pode cobrar tributo oriundo de fatos do passado, o que permitiria abusos, não se pode fazê-lo de tributos

que fundamentam seus fatos geradores e em atos que sequer ocorreram, presumíveis, e que podem vir a não ocorrer.

Tendo em vista sua dimensão normativa, o princípio da improjetabilidade da lei tributária defende os valores da *estabilidade, confiabilidade, previsibilidade e mensurabilidade* na atuação do Poder Público. Dessa maneira, não se permite que a lei tributária seja projetada no futuro, alcançando fatos geradores do futuro ou presumíveis.

Nesse ponto, alcança a lei tributária semelhanças com a lei penal, que, se fosse punir os crimes antes mesmo que acontecessem, estabeleceriam uma situação de completa insegurança jurídica e que possibilitaria abusos por parte das autoridades, mesmo as de caráter pessoal. Com isso, por respeito ao princípio da improjetabilidade da lei tributária, esta não poderá ser lançada no futuro. E a própria estrutura da norma jurídica, estudada nas duas primeiras partes deste capítulo defendem isso.

Poderia ser alegado que, como medida de proteção ao contribuinte, bastaria o primado da segurança jurídica para evitar a cobrança indevida realizada pelo artigo 150, § 7º da Constituição Federal de 1988, mas, o estado ideal das coisas é almejado pelos princípios, mas esse estado ideal pode ser mais ou menos amplo e, em razão disso, abranger uma extensão maior de bens jurídicos que compõem o seu âmbito (ÁVILA, 2012, p. 93-94).

Dessa maneira, a segurança jurídica atuaria como um sobreprincípio, mais abrangente, apesar dos mesmos objetivos que compõem o princípio da improjetabilidade da lei tributária, ou seja, tendo o seu ideal mais amplo, a segurança jurídica atuaria como um sobreprincípio, enquanto que a improjetabilidade da lei tributária seria o seu subprincípio, mais restrito e próximo do ideal almejado pelos substituídos e substitutos da substituição progressiva ou “para frente”.

5 CONCLUSÃO

Pode-se concluir diante de todo o exposto que, antes de discutir-se a inserção do princípio da improjetabilidade da lei tributária no ordenamento jurídico brasileiro, fez-se necessário analisar-se a estrutura lógica e dinâmica da norma.

Ficou, assim, delimitado que a norma jurídica tributária somente irradiará seus efeitos, formando a obrigação jurídica tributária quando da ocorrência da sua hipótese de incidência, ou seja, da ocorrência do seu fato gerador. Concretizando-se o fato, irradiam-se os efeitos do conteúdo previsto na norma jurídica tributária, e estabelecem-se os polos passivo e ativo da relação, que consistem, respectivamente, no contribuinte e no Poder Público, que pode ser representado por qualquer uma de seus entes federais, de acordo com a devida competência.

Restou comprovado que, somente depois de concretizado o fato gerador que enseja a norma tributária é que se formará a relação obrigacional entre o contribuinte e o Poder Público. Entretanto, a edição da Emenda Constitucional de nº. 3, de 1997, trouxe novas problemáticas ao tema, adicionando ao artigo 150 da Constituição Federal de 1988 um sétimo parágrafo, que não somente permitia a cobrança de tributos (com o respaldo legislativo) mediante fatos geradores futuros ou previsíveis, por mais que estes não

viesses a ocorrer, como também a substituição tributária nesses casos, denominada de responsabilização por fato futuro ou substituição tributária progressiva ou “para frente”.

Estabelecendo-se na dimensão completamente contrária à própria segurança jurídica e à legalidade, princípios vigentes no Sistema Tributário Nacional, a substituição tributária progressiva instaurou um novo regime de cobranças, ferindo, em alguns casos concretos, como o do ICMS, devidamente estudado no trabalho, os direitos tanto do substituto como do substituído. Com essa medida, o Carnaval Tributário retornava, e com a aprovação, inclusive, da própria jurisprudência, conforme as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) nesse sentido.

Eis que o princípio da improjetabilidade da lei tributária tem fundamento, protegendo a figura do contribuinte dos abusos e arbítrios que podem ser cometidos pelo Poder Público em se tratando de cobrança tributária em fatos geradores futuros ou presumíveis. Tal como a irretroatividade, um dos princípios fundantes do Sistema Tributário Nacional, não há porque cobrar tributos de uma situação que já ocorreu e, ao mesmo tempo, também daquela situação que ainda não ocorreu, mas que está sendo presumida e pode vir a não ocorrer.

Essa medida, acima de tudo, faz lembrar o que afirmava Jarach (1969, p. 24) sobre o Direito Tributário, afirmando ser este um dos principais motivos pelos quais foi possível nascer o Estado moderno de direito. Mas, conforme ressaltado anteriormente, seguindo o posicionamento de diversos doutrinadores, há de considerar-se que os princípios fundantes do Direito Tributário brasileiro foram estabelecidos em sede de Poder Constituinte Originário, e não aquele proveniente das Assembleia Nacional Legislativa.

Nesse mesmo entendimento, segue Arnaldo Vasconcelos a diferenciação entre a legitimidade política e a legitimidade jurídica de uma norma. O poder jurídico de criação normativa jurídica não é originário e nem tampouco exclusivo do Estado, mesmo porque o direito o antecede, tanto que o institui. A criação do Estado é ato jurídico, de significado eminentemente político, e por seu intermédio é que a sociedade transfere o máximo de poder ao Estado, não para que ele assuma a criação total do direito, mas para que zele por ele na sua integridade e o garanta nos casos excepcionais do descumprimento de suas normas (VASCONCELOS, 2006, p. 259).

Se o Poder Constituinte Originário definiu os princípios e regras pelos quais se formou o Sistema Tributário Nacional, não é a Assembleia Nacional Legislativa que os retirarão. Assim, mesmo com o posicionamento doutrinário acerca de uma inconstitucionalidade do dispositivo, o princípio da improjetabilidade da lei tributária, tal como a irretroatividade, vem proteger o contribuinte dos abusos e arbítrios que podem ser cometidos pelo Poder Público, sendo peça fundamental para que, mesmo no Carnaval Tributário, a balbúrdia não se estabeleça em definitivo.

Entretanto, ainda é oportuno mencionar o entendimento de Geraldo Ataliba, quando realizado no VII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, devidamente trazido por Carrazza (2011, p. 495): “[...] estou disposto a aceitar tributação de fato futuro, como se prevê nessa Emenda [...] a aceitar que um fato que ainda não aconteceu possa ser fato ‘gerador’ de obrigação tributária [...] no instante em que se também emende a Constituição para dizer que nós poderemos, cidadãos, ser punidos por crimes que ainda não cometemos.”

O posicionamento de Geraldo Ataliba, fazendo a comparação entre as normas tributárias e as normas penais, somente reflete o pensamento do contribuinte que sentiu-se violado com a sujeição a uma obrigação tributária proveniente de fato futuro ou presumido, ou seja, que ainda não ocorreu. Somente torna ainda mais certa a afirmativa de Becker (2004, p. 14), quando afirmava que todos os brasileiros, ainda naquela época, com o Carnaval Tributário, “entraram pelo cano”, com confetes sendo lançados de bolsos vazios. E esse é o sentimento do contribuinte, sem a existência de limitações e barreiras.

É nesse sentido que atua não somente o sobreprincípio da segurança jurídica, como também o da improjetabilidade da lei tributária que, acima de tudo, somente cumpre com o que fora estabelecido em sede de Poder Constituinte Originário, ou seja, que o Carnaval Tributário não seja apenas uma festa para o Poder Público, mas que o contribuinte também participa, e também tem vez nessa comemoração.

REFERÊNCIAS

AMARO, L. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ATALIBA, G. Fato futuro e tributação, art. 150, § 7.º, Constituição Federal de 1988, Redação da Emenda Constitucional 3/1993. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito*, São Paulo, v. 1, p. 41, 1995.

ATALIBA, G. *Hipótese de Incidência tributária*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ÁVILA, H. B. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACHOF, O. *Normas constitucionais Inconstitucionais?* Lisboa: Almedina, 2001.

BALEEIRO, A. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, L. R. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: ROCHA, C. L. A. (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BECKER, A. A. *Carnaval tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 2004.

BECKER, A. A. *Teoria geral do direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BLUMENSTEIN, E. *Sistema di diritto delle imposte*. Milão: A. Giuffrè, 1954.

BOBBIO, N. *Teoria della norma giuridica*. Torino, 1958.

BUJANDA, F. S. de. *Hacienda y derecho: estudios de derecho financiero*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

- CABRAL, A. R. N. *A teoria do fato gerador e o fato gerador presumido*. 2010. 91 p. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2010.
- CARRAZZA, R. A. *Curso de direito constitucional tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CARRAZZA, R. A. *ICMS*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CARVALHO, P. de B. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- COÊLHO, S. C. N. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COMUNELLO, L. Considerações sobre a substituição tributária de fato gerador futuro. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 10, n. 43, p.64-73, mar./abr. 2002.
- COSSIO, C. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.
- COSTA, A. S. da. *Teoria da Incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DINIZ, M. H. *A ciência jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FALCÃO, A. de A. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- FALCÃO, A. de A. *Fato gerador da obrigação tributária*. 7. ed. São Paulo: Noeses, 2013.
- FOROUNGE, C. M. G. *Conceitos de direito tributário*. São Paulo: Edições Lael, 1973.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Tradução J. B. Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1962.
- JARACH, D. *Curso superior de direito tributário*. Buenos Aires: Nueva Buenos Aires, 1969.
- JARACH, D. *O fato imponible: teoria geral do direito tributário substantivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- GIANNINI, A. D. *Instituciones de derecho tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1957.
- MANEIRA, E. Da substituição tributária “para a frente” no ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 95, p. 56-64, ago. 2003.
- MACHADO, H. de B. *Curso de direito tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MIRANDA, F. C. P. de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

NOGUEIRA, R. W. L. Limites ao poder de tributar: princípios jurídicos e imunidades. In: PEIXOTO, M. M.; DINIZ, M. de L. C. *Curso de Direito Tributário da APET*. São Paulo: MP Editora, 2005.

NOGUEIRA, R. B. *Curso de direito tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NOGUEIRA, R. B. *Da interpretação e da aplicação das leis tributárias*. 2. ed. São Paulo: Jospe Bushatsky Editor, 1974.

SILVA, J. A. da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUSA, R. G. de. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

SOUSA, R. G. de. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1950.

VASCONCELOS, A. *Teoria da norma jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

