

Wilson Steinmetz  
(organizador)

# DIREITOS FUNDAMENTAIS: ESTUDOS DE TEORIA E DOGMÁTICA (I)

  
**UNOESC**  
Fazendo parte da sua vida

**editora**  
**unoesc**

**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO E DOUTORADO

**Editora Unoesc**

**Coordenação**  
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro  
Revisão metodológica: Giovana Patrícia Bizinela  
Projeto Gráfico e capa: Saimon Vasconcellos Guedes  
Diagramação: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E74	Direitos Fundamentais: estudos de teoria e dogmática (I) / Organizador: Wilson Steinmetz. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2020. 380 p.
	ISBN: ISBN 978-65-86158-31-1
	1. Direitos fundamentais. 2. Direitos civis. 3. Direitos humanos. I. Steinmetz, Wilson, (org.).
	Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

**Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc**

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi  
Campus de Chapecó  
Carlos Eduardo Carvalho  
Campus de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
Campus de Videira  
Ildo Fabris  
Campus de Xanxerê  
Genesio Téio

Pró-reitora Acadêmica  
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Administração  
Ricardo Antonio De Marco

**Conselho Editorial**

Jovani Antônio Steffani  
Tiago de Matia  
Sandra Fachineto  
Aline Pertile Remor  
Lisandra Antunes de Oliveira  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Ieda Margarete Oro  
Silvio Santos Junior  
Carlos Luiz Strapazzon  
Wilson Antônio Steinmetz  
César Milton Baratto  
Marconi Januário  
Marcieli Maccari  
Daniele Cristine Beuron

**A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.**

# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	5
<b>A CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO E A DIMENSÃO CONFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	7
Irenice Tressoldi	
<b>ENTRE O SER E O DEVER SER HUMANO: DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À ALTERIDADE IGUALITÁRIA DA PESSOA</b> .....	45
Benedito Antonio da Costa	
<b>COMPREENSÃO DA PROPRIEDADE E LIVRE INICIATIVA COMO DESDOBRAMENTO DA LIBERDADE NO SENTIDO DE APROXIMAÇÃO DA SOLIDARIDADE</b> .....	71
Adriano Penha de Almeida	
<b>A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA DA PARTURIENTE: UMA BREVE ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA “LEI DA CESÁREA”</b> .....	107
Ana Claudia Rockemback, Natálie Vailatti	
<b>COLISÕES ENTRE OS DIREITOS À PROPRIEDADE E À MORADIA FRENTE AO INTERESSE ESTATAL DE TRIBUTAR</b> .....	129
Ane Michelina Dalbosco Battirola	
<b>A interferência estatal no exercício da fé religiosa em meio à pandemia do coronavírus</b> .....	163
Bernardo Duarte	
<b>RITUAIS RELIGIOSOS DE SACRIFÍCIO DE ANIMAIS E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE ANIMAL: O POSSÍVEL CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	189
Emanuela Rodrigues dos Santos	
<b>O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA POSSIBILIDADE</b> .....	215
Jéssica Garcia da Silva Maciel	

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES:  
ANÁLISE À LUZ DAS TEORIAS E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF .....237**  
Ramon da Silva Sandi

**O DEVER FUNDAMENTAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES  
JUDICIAIS E A GARANTIA DA EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....257**  
Guilherme Luiz Guerini

**A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, O  
INTERESSE PÚBLICO E A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL  
À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....275**  
Filipe Stechinski

**O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E OS DADOS PESSOAIS  
DISPONÍVEIS EM CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS .....293**  
Gelson Oliveira Ferri

**TERCEIRIZAÇÃO EXTERNA: A APLICAÇÃO DIAGONAL DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIÁLOGO DAS FONTES COMO  
ALTERNATIVA CIVILIZATÓRIA DO FENÔMENO .....311**  
Vladimir Andrei Ferreira Lima

**POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL COMO MEIO  
DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS .....329**  
Renan Eduardo da Silva

**FELICIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: APROXIMAÇÕES  
CONSTITUCIONAIS ATUAIS .....353**  
Gil Nogueira Gil

**INCIDENT OF COMPETENCE DISPLACEMENT: LINEAMENTS OF A  
GUARANTEE AGAINST SERIOUS VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS  
(SHORT NOTES) .....375**  
Wilson Steinmetz

## APRESENTAÇÃO

A coletânea *Direitos Fundamentais: estudos de teoria e dogmática (I)* reúne os resultados de pesquisas planejadas e desenvolvidas por discentes dos programas de pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (12), da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1) e da Universidade de Caxias do Sul (2). Soma-se, ao final, texto de autoria do organizador da coletânea. A pluralidade de origem dos discentes tem por objetivo ampliar e fortalecer a colaboração entre os diferentes programas de pós-graduação stricto sensu também ao nível de publicações discentes.

A unidade da coletânea é assegurada pelo tema dos direitos fundamentais. Há estudos de teoria geral bem como de dogmática dos direitos fundamentais. Inúmeros direitos fundamentais são objeto de análise e reflexão. No conjunto da coletânea, também estão compreendidas as diferentes funções dos direitos fundamentais no sistema constitucional: direitos de defesa, direitos de proteção, direitos a prestações estatais em sentido estrito e direitos à organização e ao procedimento. Por fim, os trabalhos compreendem tanto o desenvolvimento doutrinário como a concretização jurisprudencial dos temas e problemas analisados.

Oeste de Santa Catarina, primavera de 2020

Wilson Steinmetz  
(Organizador)



# A CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO E A DIMENSÃO CONFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Irenice Tressoldi<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A dignidade humana traduz-se em um importante valor inerente ao ser humano. Especialmente no período que sucedeu ao fim da Segunda Guerra Mundial, adquiriu uma relevância política e jurídica que transcende o indivíduo, passando a ser tratada como um compromisso do Estado com os seus cidadãos em três dimensões: proteger, conferir e não violar a dignidade da pessoa humana.

A partir de então definir qual é a dignidade humana assegurada pelas Nações e inerentes a cada ser humano passou a ser o grande desafio. Por ser um conceito aberto e elástico, a interpretação de alcance e abrangência da dignidade humana variam conforme construções históricas e culturais, relacionadas ao modo como a comunidade social e jurídica entendem os propósitos da vida humana. Por isso, a interpretação e definição do seu âmbito de alcance dependem de uma análise multidisciplinar nos campos social, cultural, político e jurídico.

Nesse ponto, a tarefa dos Poderes estatais de tomarem decisões que não violem e, mais do que isso, que atendam a dignidade humana é de suma importância para delimitar e definir a sua elasticidade. Sob esse prisma, o Poder Judiciário conserva a árdua e sensível tarefa de delimitar em casos práticos quais são o alcance e o limite da dignidade humana, fixando, assim, seu conceito e conteúdo.

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público pela Damásio Educacional; Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; ire.tressoldi@hotmail.com

Com este artigo, objetiva-se apurar a construção do conceito da dignidade humana no cenário jurídico brasileiro, verificando-se a elasticidade que lhe foi conferida pela Constituição Federal e pelo controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Optou-se por analisar decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, pois esse modelo destina-se a conferir efetividade aos dispositivos da Constituição Federal de 1988.

Para desenvolver a pesquisa qualitativa, utilizou-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, revisão dos textos constitucionais e da jurisprudência em controle concentrado de constitucionalidade para construção e investigação do tema proposto.

Em um primeiro momento, procura-se reconstruir a formação da dimensão da dignidade humana no direito internacional como é conhecida hodiernamente, com sua inclusão expressa em tratados internacionais de direitos humanos no período que sucedeu ao fim da Segunda Guerra Mundial, como forma de reconstrução de um mundo devastado política, social e economicamente pela Guerra e marcado por violações a direitos humanos, assim como de uma perspectiva de um mundo condizente com a dignidade humana.

Em seguida, passa-se a analisar a inclusão da dignidade humana nas Constituições Federais brasileiras e como se deu seu tratamento político até a Constituição Federal de 1988. Passa-se, então, a avaliar a indeterminação do seu conceito, sua caracterização como princípio, que admite ponderação com outros princípios e valores, e a importância da estruturação da elasticidade do seu conteúdo na análise de casos práticos.

Em um terceiro momento, verifica-se a utilização expressa e construção do conceito da dignidade humana em julgados de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao final, a pesquisa orienta que a Constituição Federal de 1988 previu a dignidade humana como um valor a ser perseguido pelo Estado.



Na jurisprudência em controle concentrado de constitucionalidade ainda se verifica a utilização da dignidade humana de forma superficial em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, o que não contribui para clarificar e tornar a dignidade humana um conceito prático da vida cotidiana do cidadão. De outra banda, não se pode desconsiderar que, nos últimos anos, houve um avanço significativo no cenário jurisprudencial nacional de controle concentrado de constitucionalidade na construção do conceito e aplicação prática da dignidade humana, com julgados que contribuiram significativamente para construção de um conceito e da abrangência da dignidade humana.

## **2 CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA COMO CONHECEMOS NA ATUALIDADE**

A dignidade humana é uma composição elástica, que possui origem e conceito diversificados nas dimensões de conhecimento histórico, filosófico, cultural e normativo. O conceito original da dignidade humana não possui associação com a forma que conhecemos na atualidade, especialmente depois do fim da Segunda Guerra Mundial. Contudo, mesmo nos dias atuais, o alcance da dignidade humana é fixado por dimensões múltiplas das sociedades, todas elas importantes para estabelecer sua elasticidade.

Na antiguidade clássica, a dignidade humana era associada ao status pessoal de alguns indivíduos, ou à superioridade de determinadas instituições. Era uma característica de grandeza e respeitabilidade das pessoas ou das instituições, decorrente da integridade moral pessoal ou de qualificação das instituições. Destinava-se, assim, a distinguir a supremacia de poderes da pessoa do soberano, da coroa ou do Estado. Nessa perspectiva, a dignidade humana equivalia à nobreza e conferia uma condição superior a quem ocupava um cargo ou exercia uma função pelo simples fato de estar

naquela condição, implicando em tratamento e privilégios especiais, bem como em direitos exclusivos (BARROSO, 2012).

Essa interpretação utilizada na antiguidade não guarda relação com o conceito atual de dignidade humana, nem este se originou dos preceitos primórdios, ao passo que trilharam caminhos diversos. Na contemporaneidade, a dignidade humana pressupõe o valor intrínseco de cada ser humano e desenvolveu-se a partir do pensamento filosófico clássico, com marcos históricos na tradição judaico-cristã – associada à criação por Deus dos homens à sua imagem e semelhança e à imposição do dever de amar o próximo como a si mesmo –, no iluminismo e no período após a Segunda Guerra Mundial, quando adquiriu a dimensão política que hoje conhecemos.

No campo filosófico, Marco Túlio Cícero representou uma divisa na construção da dignidade humana, ao indicá-la como uma característica do seu portador (KIRSTE, 2013), no sentido de ser uma qualidade inerente ao ser humano, que o diferencia dos demais seres e caracteriza-o como livre e igual aos demais em dignidade (SARLET, 2018).

Com o iluminismo, a ideia de centralidade do homem passou a exercer um papel fundamental para superar a manipulação da fé, do pensamento humano e do autoritarismo estatal. Immanuel Kant desempenhou um papel fundamental no desenvolvimento do pensamento iluminista, de modo que a base das suas ideias de racionalidade e autonomia do homem até hoje são largamente utilizadas para fundamentar o pensamento filosófico. Ao formular sua teoria com base na centralidade e racionalidade do homem e na autonomia da vontade “[...] entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis” (SARLET, 2019, p. 39), Kant firma a ideia de que o homem é um fim em si mesmo e não um meio para o arbítrio de vontades externas, diferenciando-se, assim, dos demais seres e coisas disponíveis na natureza. Essas características

representam a racionalidade do homem, diferem-no dos demais seres e determinam a esfera da sua dignidade.

Barroso (2016, p. 71), ao fundamentar a dignidade na autonomia, aponta que a visão kantiana pressupõe que

[...] em um mundo no qual todos pautem a sua conduta pelo imperativo categórico – no 'reino dos fins', como escreveu [Kant] –, tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade. Assim é a natureza singular do ser humano. Portanto, as coisas têm um preço de mercado, mas as pessoas têm um valor interno absoluto chamado dignidade.

Sob essa perspectiva de que o homem é um fim em si mesmo e possui valor traduzido em dignidade, construiu-se a ideia geral da dignidade do homem enquanto ser autônomo e racional.

Alicerçada nesses marcos brevemente citados, foi de fundamental importância para construção do conceito moderno da dignidade humana a união dos Estados para transcender o nacional-socialismo e o fascismo do século XX. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, no intuito de superar os horrores e atrocidades praticados contra os homens, o conceito filosófico de dignidade humana foi incorporado ao discurso político mundial. Passou, assim, a integrar diversos tratados e documentos internacionais firmados por organismos de representatividade global e foi incluído em constituições nacionais, no intento de formar as bases da paz mundial, da democracia e da proteção dos direitos humanos para reconstrução de um mundo devastado pelo genocídio e pelo totalitarismo (BARROSO, 2012). As nações buscaram, portanto, firmar acordos para reagir às violações de direitos praticados no período, na mesma proporção em que projetavam um futuro compatível com a dignidade humana (HÄRBELE, 2013).

Desde então tais organismos buscam reorganizar a comunidade global, regulando a atividade mundial para mantê-la em conformidade com os direitos humanos e garantir a dignidade da pessoa humana, prevendo expressamente essa condição em seus estatutos de criação e deliberações. Evidentemente, o efetivo respeito à dignidade humana e à paz depende muito mais da vontade política dos Estados-nação e de fatores internos e internacionais. Contudo, em linhas gerais, ressalvadas situações pontuais de desrespeito aos valores fundamentais do ser humano, os organismos internacionais voltados à manutenção da paz e da dignidade humana têm atingido essa finalidade.

O Brasil aderiu a diversos desses tratados internacionais que têm por escopo garantir a dignidade humana. Atualmente, referidos tratados que abordam direitos humanos são recebidos na legislação brasileira com status de emenda constitucional, se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 (incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004). Aqueles que não foram recepcionados com a observância dessas formalidades mantêm status supralegal, nos termos definidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343.

Embora não recepcionado na forma do artigo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, ainda em 1945, por meio do Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945, o Brasil promulgou a Carta das Nações Unidas, firmada em 16 de junho de 1945, na Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas, que prevê em seu preâmbulo:

Faço saber, aos que a presente Carta de ratificação vierem, que, entre a República dos Estados Unidos e os países representados na Conferência das Nações Unidas sobre [sic] Organização Internacional, foi concluída e assinada, pelos respectivos Plenipotenciários, em São Francisco, a 26 de junho de 1945, a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o

anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, tudo do teor seguinte:

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS

a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e

a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E para tais fins

praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e

unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum,

a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses [sic] objetivos. (BRASIL, 1945).

Ainda, a Unesco, agência das Nações Unidas que atua nas áreas de educação, ciências naturais, ciências humanas e sociais, cultura, comunicação e informação, elaborou sua convenção de criação, de 16 de novembro de 1945, aprovada no Brasil pelo Decreto-Lei n. 9.240/46, expressando a dignidade humana em seu preâmbulo nos seguintes termos:

[...]

que a grande e terrível guerra, que vem de terminar, se tornou possível pela renúncia do ideal democrático de dignidade, de igualdade e de respeito a pessoa humana e pela vontade de substituí-lo, explorando a ignorância e o preconceito, pelo dogma da desigualdade das raças e dos homens;

que a difusão da cultura, a educação da humanidade para a justiça, a liberdade e a paz são indispensáveis à dignidade

do homem e constituem um dever sagrado que tôdas [sic] as nações devem cumprir com um espírito de auxílio mútuo; que a paz baseada exclusivamente em acôrdos [sic] políticos e econômicos entre governos não seria uma paz que asseguraria um apoio unânime, duradouro e sincero dos povos e que, portanto, para ser eficaz deve ser baseada na solidariedade intelectual e moral da humanidade. (BRASIL, 1946).

No mesmo diapasão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos manifesta a dignidade humana expressamente em quatro passagens do seu texto: duas no preâmbulo,<sup>2</sup> uma no artigo 1º e uma no artigo 23.<sup>3</sup>

Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, o preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, inaugura o seu texto afirmando que o “[...] reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo”, bem como que “[...] esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana.” Ainda, em seu artigo 10, I, o mesmo documento estabelece que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.”

Seguindo a mesma linha de proteção, também promulgada pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto n. 678/92, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto São José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969, na Conferência Interamericana sobre Direitos Humanos, expressa a dignidade humana em três dispositivos relacionados à integridade pessoal (art. 5º, II), proibição da escravidão e da servidão (art. 6º

<sup>2</sup> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

[...]

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

<sup>3</sup> “Artigo 23º [...] 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.”

II) e proteção da honra e dignidade pessoal (art. 11, I). A dignidade humana permeia todo o raciocínio construtor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Além dos documentos internacionais citados, a dignidade humana constantemente está presente nos tratados sobre direitos humanos, tais como a Convenção das Nações Unidas sobre Tortura, de 1984, a Convenção sobre o Direito das Crianças, de 1989. Esses documentos internacionais são de grande importância para estabelecer a dimensão que a dignidade humana tomou no pós-Guerra, representando um compromisso de paz e respeito aos direitos humanos e à dignidade do homem entre as Nações e no interior de cada uma delas, valores que, desde então, passaram a integrar as cartas constitucionais e o próprio raciocínio de construção legislativa e jurídica em geral dos países democráticos do mundo.

### **3 DIGNIDADE HUMANA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

Passa-se, agora, a analisar o contexto da dignidade humana nas cartas constitucionais brasileiras. No decorrer da análise, será possível visualizar a importância que a dignidade humana adquiriu ao longo do tempo – especialmente na Constituição Federal de 1988 –, a elasticidade que as práticas sócio-políticas podem conferir ao termo composto, bem como a construção e a aproximação da dignidade humana aos moldes delineados pelas declarações internacionais firmadas no período pós-Guerra.

A Constituição Política do Império, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, trouxe expressamente nos seus artigos 107 e 108 a previsão da dignidade. Contudo, nessa Carta, a dignidade é traduzida como a honradez do Monarca, naquele conceito traduzido pela antiguidade. Os artigos 107 e 108 assim expressavam:

Art. 107. A Assembléa [sic] Geral, logo que o Imperador succeder [sic] no Imperio [sic], lhe assignará, e á Imperatriz Sua Augusta Esposa uma Dotação correspondente ao decoro de Sua Alta Dignidade.

Art. 108. A Dotação assignada ao presente Imperador, e á Sua Augusta Esposa deverá ser augmentada [sic], visto que as circumstancias actuaes [sic] não permittem [sic], que se fixe desde já uma somma [sic] adequada ao decoro de Suas Augustas Pessoas, e Dignidade da Nação. (BRASIL, 1824).

As Constituições Federais promulgadas em 24 de fevereiro de 1891 (República), em 16 de julho de 1934 (governo provisório de Getúlio Vargas), bem como a outorgada em 10 de novembro de 1937 (Estado Novo) não trataram expressamente da dignidade humana como um direito fundamental ou um valor a ser respeitado pelo Estado.

O fim do Estado Novo e a redemocratização do País implicaram na promulgação de uma nova Carta Constitucional, em 18 de setembro de 1946, que previu expressamente a dignidade, associando-a aos direitos trabalhistas no título V, destinado a regular a ordem econômica e social. Nesse passo, o artigo 145, parágrafo único, dispunha que "A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social."

Embora aborde expressamente a dignidade e tenha sido promulgada no período histórico da difusão do termo pelo mundo, com a edição de tratados internacionais que valorizam a dignidade humana, a Constituição Federal brasileira de 1946 não atribui à dignidade humana a mesma amplitude conferida pelos organismos internacionais, como um valor intrínseco do ser humano, uma vez que a estende somente ao exercício profissional que possibilite uma existência digna.

Com a tomada do poder pelo corpo militar de 1964, o "Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-Chefe [sic] do Exército, da Marinha e da Aeronáutica",<sup>4</sup> editou o Ato Institucional n. 1, que avocou ao Comando a investidura no poder constituinte e, em seu artigo

<sup>4</sup> Redação constante no Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964.



1º, manteve as disposições da Constituição de 1946, com as modificações constantes no referido Ato. O poder militar passou, então, a deliberar por atos institucionais, sempre mantendo expressamente o texto da Constituição Federal de 1946.

A partir de então, por meio do poder constituinte autoavocado, foram sendo determinadas por Atos Institucionais diversas modificações no texto da Constituição Federal de 1946, tais como a eleição indireta para Presidente e Vice-Presidente da República (AI n. 1), para Governadores de Estados (AI n. 3), alterações na forma de investidura no Poder Judiciário (AI n. 2), bem como de suspensão dos direitos políticos (AI n. 2). Nessa dinâmica, em 7 de dezembro de 1966, o então Presidente Militar, Humberto de Alencar Castelo Branco, editou o Ato Institucional n. 4, por meio do qual convocou o Congresso Nacional para reunião extraordinária para discussão, votação e promulgação<sup>5</sup> do projeto de Constituição apresentado pelo próprio Presidente Militar.

Entrou em vigor, então, a Constituição Federal, de 24 de janeiro de 1967, a qual manteve a previsão da dignidade humana relacionada à ordem econômica e social, tendo entre seus princípios a “valorização do trabalho como condição da dignidade humana” (artigo 157, inciso II, da Constituição Federal de 1967). Nesses termos, a dignidade humana manteve-se expressa na Constituição Federal brasileira de maneira semelhante à Constituição de 1946.

Em 13 de dezembro de 1968, o Presidente Militar Artur da Costa e Silva editou o Ato Institucional n. 5, que conferiu amplos poderes ao Chefe do Poder Executivo Federal para, por exemplo: (a) decretar a suspensão das atividades do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das

<sup>5</sup> Embora declare em seu texto ter sido promulgada, a Constituição Federal de 1967 foi votada pelo Congresso fragmentado que existia naquele momento, o qual acreditava ter recebido o poder constituinte do movimento militar de 1964. Contudo, vários integrantes do Poder Legislativo haviam sido afastados compulsoriamente do exercício da sua função nesse período. Aliado a isso, tem-se que a Carta Constitucional foi apresentada pelo Presidente Militar ao Congresso Nacional, de modo que não decorreu de atividade típica do poder constituinte originário. Assim, não é juridicamente concebível que a força militar substitua a vontade popular para formação de uma Carta Constitucional, delegando tal poder em nome do povo. Dessa feita, filia-se ao entendimento de que a Constituição Federal de 1967 foi, na verdade, outorgada.

Câmaras de Vereadores, que somente voltariam a funcionar por convocação do Presidente Militar; (b) decretar a intervenção nos Estados e Municípios sem as limitações previstas na Constituição; (c) decretar a suspensão de direitos políticos pelo Chefe do Governo Federal, sem as limitações previstas na Constituição, com a cassação de mandatos de membros dos Poderes Legislativos federal, estadual e municipal; (d) a suspensão da garantia de habeas corpus pela prática de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular; a suspensão da liberdade de reunião e de associação; (e) a censura de correspondência, de imprensa, das telecomunicações e diversões públicas. Todas as medidas citadas poderiam ser adotadas por ato do Presidente Militar, em defesa da "Revolução Vitoriosa".<sup>6</sup>

Essa breve reconstrução histórica justifica-se diante da previsão expressa, no preâmbulo do Ato Institucional n. 5, de 1968, da adoção das medidas acima elencadas como meio para proteção da dignidade humana. O texto do referido Ato Institucional assim estabelece:

CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964). (BRASIL, 1968, grifo nosso).

<sup>6</sup> Expressão constante no Ato Institucional n. 5/68.

Posteriormente à entrada em vigor do Ato Institucional n. 5, o Presidente Militar Artur da Costa e Silva foi afastado do exercício das funções presidenciais por motivo de saúde – um derrame que o deixou paralisado –, quando “[...] os ministros militares decidiram substituí-lo, violando a regra constitucional que apontava como substituto o vice-presidente Pedro Aleixo.” (FAUSTO, 2012, p. 265). Dessa feita, as funções presidenciais passaram a ser exercidas interinamente pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, em 1º de setembro de 1969 (artigo 1º do Ato Institucional n. 12) e definitivamente em 14 de outubro de 1969, por meio do Ato Institucional n. 16, que declarou a vacância do cargo do Presidente Militar Artur da Costa e Silva e a manutenção do exercício das funções presidenciais pelos Ministros militares até a eleição e posse do novo Chefe do Poder Executivo Federal (art. 1º e 2º do Ato Institucional n. 16), que ocorreria em 25 de outubro do mesmo ano.

Enquanto permaneceu nas funções autoavocadas da chefia do Poder Executivo Federal, a junta militar composta pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, editou a Emenda Constitucional n. 1/69, em 17 de outubro de 1969, que revisou o texto da Constituição de 67. Fortaleceu-se, assim, o poder político do governo militar de governar às expensas da existência de um Congresso Nacional, cujas atividades haviam sido dispensadas nos termos do AI n. 5.

A Emenda Constitucional n. 1/69 manteve a redação do artigo 160 da Constituição Federal de 1967, que relacionava a dignidade humana à ordem econômica e social, mais precisamente como o princípio da valorização do trabalho como condição de dignidade.

É importante notar que a dignidade humana pode ser traduzida em diferentes perspectivas e que sua previsão expressa em textos, por si só, não garante a existência de um sistema jurídico compatível com a dignidade humana, que confira ao ser humano o valor intrínseco que lhe é inerente. Por isso, além de uma base constitucional e legal compatível com a dignidade

humana, a cultura e a filosofia que cercam o raciocínio intelectual e político devem ser compatíveis com ela, sob pena de ter-se apenas a formalização da construção, sem que produza efeitos práticos.

O governo Geisel acenou para um processo de abertura política do Brasil. No entanto, não houve um efetivo progresso. Conforme lembra Fausto (2012, p. 271) a abertura caracterizou-se como “[...] lenta, gradual e insegura, pois a linha dura se manteve como uma contínua ameaça de retrocesso até o fim do governo Figueiredo.” Depois de muito embate social e político, o País afastou-se do regime autoritário, ainda que com a derrota na campanha pelas eleições diretas para Presidente da República, até que, em 1987, a Assembleia Nacional Constituinte foi convocada para elaborar uma nova Constituição. Os trabalhos da Constituinte perduraram formalmente até 5 de outubro de 1988, quando foi promulgada a nova Constituição Federal, que prevê uma extensa gama de direitos individuais e coletivos nas mais diversas áreas da vida humana.

No que tange à dignidade humana, a Constituição Federal de 1988 expressa-a em seu artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil enquanto um Estado Democrático de Direito, juntamente com a soberania (inciso I), a cidadania (inciso II), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V).

A ideia central da composição da dignidade humana aparece expressamente em outras passagens do texto constitucional, especialmente ao tratar da finalidade da ordem econômica pessoal (artigo 170, caput),<sup>7</sup> como fundamento do planejamento familiar (artigo 226, § 7º),<sup>8</sup> como dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente

<sup>7</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]

<sup>8</sup> 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.

e ao jovem os direitos fundamentais, dentre eles a dignidade (art. 227),<sup>9</sup> bem como de defenderem a dignidade do idoso (art. 230).<sup>10</sup>

Conforme se verifica nos artigos acima mencionados, a abordagem da dignidade humana na Constituição Federal de 1988 guarda relação com aquele conceito firmado em nível mundial no pós-Guerra, em 1945. Nessa perspectiva a dignidade humana enquanto expressão textual da Carta Constitucional coaduna-se com o valor intrínseco do ser humano, em um contexto social e político favorável à sua delimitação e interpretação conforme esse paradigma.

A expressão textual da dignidade humana na Constituição Federal, tal qual seu conceito moderno, pós-Guerra, tardou a ser incluído na Lei Maior brasileira, muito devido ao contexto ditatorial que precedeu a atual Carta Constitucional, quando não só a dignidade humana, mas tantos outros direitos individuais e coletivos dela decorrentes não foram respeitados e, mais grave do que isso, foram frontalmente violados pelos representantes do Estado que haviam tomado para si o Poder.

Ao incluir a dignidade humana como um valor fundamental da República Federativa do Brasil, o Estado reconheceu que existe em função do homem – coletiva ou individualmente considerado – e não o inverso. Com isso, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para satisfação das necessidades morais da humanidade. A inclusão da dignidade humana como princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito demonstra que "[...] é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas." (SARLET, 2018, p. 99).

<sup>9</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

<sup>10</sup> Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Assim, ao ser incluída expressamente na abertura do texto constitucional, a dignidade humana adquiriu um relevo no cenário nacional, servindo de palco para o debate jurídico atual na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que serão analisadas a seguir.

## 4 DIGNIDADE HUMANA NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A construção da dignidade humana enquanto conceito jurídico na doutrina e na jurisprudência brasileiras sofre forte influência do direito alemão, onde o conceito e alcance da dignidade humana são construídos com base no julgamento de casos práticos. Consoante lição de Häberle (2013), o Tribunal Constitucional Federal alemão administra a dignidade humana tendo como ponto de partida o artigo 1º, I, da Lei Fundamental Alemã, interpretando-a de maneira individualizada para cada caso concreto, quando estabelece o seu conteúdo e alcance sem a invocar de modo panfletário, evitando, assim, sua desvalorização e utilização como uma forma vazia.

Por ser inerente a cada ser humano e possuir uma dimensão cultural, construída ao longo de gerações, a dignidade humana traduz-se em uma dupla dimensão, caracterizada simultaneamente como limite e tarefa dos poderes estatais. De acordo com Sarlet (2018, p. 103)

Na condição de limite [...] é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado. [...] Como tarefa imposta ao Estado [...] reclama que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade.

Nessa perspectiva de tarefa estatal, a dignidade assume uma dimensão comunitária, na medida em que o Estado ou a comunidade realizam parcial ou totalmente suas necessidades essenciais básicas.

De fato, por possuir um conteúdo aberto, não é possível fixar um conceito exato ou criar uma fórmula precisa do alcance da dignidade humana. Isso não significa que seja um valor abstrato, ou algo impraticável. Tanto é assim que não se tem dificuldades em identificar situações nas quais há violação da dignidade humana. Na verdade, acredita-se que a melhor forma para estabelecer seu conceito, extensão e abrangência é mediante o sopesamento do grau de incidência da dignidade em relação a outros direitos e valores em casos específicos. Nessas considerações se insere a característica multifacetada tanto de origem quanto no âmbito de aplicação da dignidade humana, na medida em que permite uma integração entre elementos teóricos e conhecimentos práticos, no sentido cultural, para aferir sua extensão.

Há um importante debate acerca da caracterização da dignidade humana como um conceito absoluto ou relativo. Conforme assinalado acima, filia-se à corrente que entende a dignidade humana como um conceito relativo. Nessa perspectiva, um ponto inicial a ser considerado é que o legislador constituinte brasileiro alocou a dignidade humana como princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, o que implica na sua utilização “[...] tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais.” (BARROSO, 2016, p. 64).

Tratar a dignidade humana como regra, um valor absoluto, significaria dizer que a garantia da dignidade humana tem absoluta precedência sobre todas as outras normas, em qualquer circunstância, não admitindo ponderação acerca da sua flexibilização. Assim, “[...] a cada intervenção sobre a dignidade humana resta consubstanciada uma violação à dignidade.” (ALEXY, 2015, p. 130). Embora a dignidade humana tenha um amplo poder de prevalência sobre outros princípios e valores, isso, por si só, não a traduz como uma regra.

Analisar a dignidade humana como um princípio, conduz à percepção de que ela possui duas dimensões distintas. Uma dimensão parte da

avaliação da violação do seu conteúdo essencial como princípio, ou seja, seu núcleo de atuação. Esse é o caso da vedação da tortura e de práticas desumanas e degradantes, por exemplo. Essa dimensão independe da ponderação da dignidade humana com fatores culturais ou históricos, pois a prática de tortura ou de tratamento desumano ou cruel viola o núcleo central de aplicação da dignidade humana, o que, por si só, representa uma violação frontal à autonomia e racionalidade próprias do ser humano. Nessa dimensão, a dignidade humana funciona como uma fonte de direitos e, conseqüentemente, de deveres de não violação e de realização da dignidade.

Nessas situações, a dignidade adquire uma dimensão maior de incidência, aproximando-se, de fato, de uma regra. Apesar disso, existe algum nível de ponderação para se estabelecer o que é tortura, por exemplo, ou quais circunstâncias práticas caracterizam uma forma de tratamento como desumano ou degradante. Isso, contudo, não significa que está autorizada a prática de tortura para proteger outros direitos, mesmo que fundamentais. Consoante esclarece Sarlet (2015, p. 112), essa dimensão “[...] ilustra a [...] função da dignidade da pessoa humana como cláusula (ética e jurídica) de barreira, que fundamenta uma espécie de ‘sinal de pare’ [...] a estabelecer um ‘território proibido’, onde o Estado não pode intervir e onde, além disso, lhe incumbe assegurar a proteção da pessoa (e sua dignidade) contra terceiros.”

Sob outra perspectiva, por se situar no núcleo essencial de diversos direitos fundamentais, a extensão/elasticidade de incidência da dignidade humana pode ser dimensionada de acordo com sua maior ou menor correlação no caso concreto. Serve, assim, como uma bússola para solução de lacunas e colisões de direitos fundamentais, bem como para execução de metas coletivas, tanto para elaboração da legislação incidente, como para solução judicial de conflitos.

Para reforçar os argumentos acima expostos, veja-se a lição de Alexy (2017, p. 113) acerca da elasticidade da dignidade humana:



[...] 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. [...] O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, em dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade.

Entendida como princípio, a dignidade humana tem natureza de mandamento de otimização, o que significa que se realiza na maior extensão possível, conforme análise de proporcionalidade (ALEXY, 2017). A proporcionalidade é subdividida em outros três princípios: (a) a adequação, traduzida pela relação entre o meio e o fim, no qual "[...] o meio deve levar à realização do fim" (ÁVILA, 2004, p. 116); (b) a necessidade, que envolve a verificação da existência de meios alternativos que sejam capazes de promover o mesmo fim sem restringir os direitos afetados; e (c) a proporcionalidade em sentido estrito, que exige a comparação entre a importância da realização do fim proposto e a intensidade da restrição ao direito fundamental (ÁVILA, 2004).

A ponderação em princípios de direitos fundamentais representa a busca da opção entre as possibilidades jurídicas que melhor realize o direito fundamental. Nesse aspecto, as decisões jurisprudenciais acerca da construção do conceito e do alcance da dignidade humana têm uma importância especial, pois é nesse momento que são definidas as dimensões da dignidade humana.

Na jurisprudência brasileira, a dignidade humana passou a ser utilizada como parâmetro para decisões acerca de direitos individuais e coletivos em diversos julgados e dimensões variadas. Tendo em vista o volume de jurisprudência que trata do tema e a

fim de avaliar a dimensão dada à dignidade humana, optou-se por restringir a pesquisa aos julgados do Supremo Tribunal Federal. Para realização da pesquisa, no dia 6 de junho de 2020, acessou-se o site do Supremo Tribunal Federal, e, na pesquisa de jurisprudência,<sup>11</sup> digitou-se o termo “dignidade humana”. No resultado da busca apareceram 2.631 julgados do Tribunal que abordam o tema. A fim de limitar a pesquisa, optou-se por analisar os acórdãos colegiados proferidos em controle concentrado de constitucionalidade – em Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação e por omissão, Ação Direta de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Com os parâmetros descritos permaneceram 193 acórdãos nos resultados, dos quais 148 foram proferidos em Ação Direta de Inconstitucionalidade por ação – ADI, 3 em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, 8 em Ação Direta de Constitucionalidade – ADC e 34 em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF.

Ao analisar os julgados com as limitações de pesquisa acima descritas, verificou-se que a dignidade humana foi utilizada pela primeira vez expressamente em decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar da ADI n. 1646, julgada em 7/8/97. Na demanda discutia-se a constitucionalidade de uma Lei do Estado de Pernambuco que dispunha sobre o cumprimento de normas obrigacionais por empresas públicas e privadas que prestassem serviços médico-hospitalares no atendimento dos usuários, sem exigir quaisquer restrições a enfermidades mencionadas na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID. No julgamento da medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal declarou a suspensão liminar da execução e aplicabilidade da Lei Estadual até julgamento final da ADI, diante de precedentes que declaravam a incompetência de Estado-membro para edição de uma Lei nesses termos.

<sup>11</sup> Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>.

Em voto dissidente para concessão da liminar, o Ministro Carlos Velloso citou a dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, dentre outros direitos fundamentais, como o direito à vida, sob o argumento de desproteção de pessoas acometidas de doenças durante a suspensão da lei estadual.

Depois dessa decisão, apenas em 25/4/2002, no julgamento da Medida Cautelar em ADI n. 2477, a dignidade humana apareceu expressamente em acórdão do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, a demanda abordou a constitucionalidade de uma Lei do Estado do Paraná, que fixou percentual de assentos especiais reservados a pessoas obesas em cinemas, teatros, espaços culturais e transporte coletivo municipal e intermunicipal. Ao divergir do Relator, o Ministro Celso de Mello invocou o texto do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 para manter no texto legal a referência ao transporte municipal, que se discutia inconstitucional, até o julgamento final da ADI.

Observa-se que ambos os votos que mencionam a dignidade humana foram proferidos em reuniões do colegiado destinadas a analisar medidas cautelares em ação de controle de constitucionalidade. Até então não havia, portanto, decisão de mérito abordando a dignidade humana como fundamento de votos em ação de controle de constitucionalidade.

Com as chaves de pesquisa e delimitações promovidas, a conjunção dignidade humana apareceu expressamente em julgamento de mérito de decisões em controle concentrado de constitucionalidade somente em 24/2/2005, no voto do Ministro Marco Aurélio, proferido na ADI n. 2931, destinada a analisar a inconstitucionalidade de um artigo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que previu um prazo menor para nomeação dos candidatos aprovados em concurso público do que aquele previsto na Constituição Federal. Ao votar pela procedência do pedido de inconstitucionalidade do dispositivo, o Ministro contextualizou a dignidade do homem, enquanto um fundamento básico da República, com o direito

público subjetivo do candidato aprovado ser nomeado no prazo anunciado pelo edital do concurso público.

Veja-se que essas decisões iniciais, embora tenham abordado expressamente a dignidade humana, não se debruçaram em debater seu alcance e elasticidade, uma vez que a abordagem decorreu da simples menção da dignidade humana como complementar a outros direitos fundamentais, sem avaliar especificamente o seu núcleo essencial de aplicabilidade. Essa forma de abordagem da dignidade humana, não contribui para fixar o seu alcance e vulgariza a utilização de um valor fundamental tão importante e que merece a devida atenção, uma vez que é na análise de casos concretos que a dimensão e elasticidade da dignidade humana ganham forma e adquirem a capacidade de produzir efeitos jurídicos e sociais.

A situação se alterou a partir de 2008, com o julgamento da ADI n. 3510, na qual se pleiteou a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite a utilização de células-tronco de embriões humanos inviáveis ou descartados para implantação no útero humano para pesquisa e terapia. Nesse julgado denso, a dignidade humana, associada à autonomia da vontade e à igualdade, teve um enfoque de destaque, permeando toda a discussão acerca da problemática, no qual se concluiu pela constitucionalidade do dispositivo legal que permite a realização de pesquisas com células-tronco de embriões humanos.

A partir de então a dignidade humana passou a receber maior atenção em julgados do Supremo Tribunal Federal proferidos em ações de controle concentrado de constitucionalidade que tratam de questões mais complexas, revelando-se uma constante para interpretação e aplicação da Constituição Federal. A dignidade humana passou, também, a servir de palco para as decisões mais emblemáticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, relacionadas à diversos direitos fundamentais.

A despeito disso, manteve-se um volume significativo de decisões que apenas citam a dignidade humana, sem debater seu efetivo alcance e

elasticidade. Porém, nota-se que, aos poucos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em situações complexas vem fixando a dimensão da dignidade humana na nossa sociedade. Alguns julgados, como os citados abaixo, representam um passo adiante na construção não só do conceito da dignidade da pessoa humana, mas também dos próprios valores inerentes à nossa sociedade, uma vez que a dignidade abarca, também, essa função.

Desse modo, a ADI n. 4815, conferiu interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para afastar a necessidade de autorização prévia do biografado ou de seus familiares para obras biográficas literárias ou audiovisuais. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal compreendeu que a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontram fundamento na dignidade da pessoa humana, de modo que a autorização prévia para confecção de biografias não guarda consonância com a melhor interpretação constitucional.

Ainda associando a proteção da dignidade à liberdade de expressão e manifestação artística, em 2018, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADI 4451, proposta pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, e declarou a inconstitucionalidade de dispositivos do Código Eleitoral que restringiam a transmissão em situações que ridicularizassem candidatos a cargos eletivos, ou que difundissem opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, seus órgãos ou representantes

A relação intrínseca entre a liberdade de expressão e a dignidade humana foi, também, ressaltada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF n. 187 e da ADI n. 4274, que afastou a incidência criminal e considerou legítimas as manifestações coletivas destinadas à defesa da legalização ou descriminalização do uso de entorpecentes – “Marcha da Maconha”. Nesse caso, embora não conste nas Ementas dos acórdãos, a dignidade humana é associada nos votos plenários à liberdade de expressão, como autonomia da possibilidade de expressar opinião, e de reunião.

A relação entre a dignidade humana e a liberdade de acesso à informação e de expressão em espaços públicos foi, também, palco de debate na ADPF n. 548, que discutiu a vedação de manifestações públicas de apreço ou de reprovação a candidatos em ambientes de universidades às vésperas do segundo turno da eleição federal de 2018. Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal apontou a dignidade humana como intrínseca à liberdade de expressão para discussão de ideias políticas em instituições de ensino públicas.

Talvez em um dos julgados que mais refletiram na sociedade brasileira, em 2011, no julgamento conjunto da ADPF n. 132 e a ADI n. 4277, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico, associando a dignidade humana ao direito à preferência sexual e à autoestima pessoal do indivíduo, como uma expressão da autonomia de vontade.

Essas decisões serviram de parâmetro para o julgamento de outros debates relacionando a dignidade humana à autoestima pessoal do indivíduo, como (a) a ADPF n. 291, que declarou não recepcionadas pela Constituição Federal as expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não” constantes no artigo 235 do Código Penal Militar, associando a dignidade da pessoa humana à liberdade do indivíduo, o que torna incompatível com a Constituição Federal a prática de discriminações baseadas na orientação sexual; (b) a ADI n. 4275, que foi julgada procedente para conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 58 da Lei n. 6.015/73, possibilitando a alteração do prenome e do sexo no registro civil pela via administrativa ou judicial sem exigir cirurgia de transgenitalização ou a realização de tratamentos hormonais ou patologizantes; (c) a ADPF n. 467, a ADPF n. 457 e a ADPF n. 526, nas quais a dignidade humana foi relacionada à liberdade de expressão, de informação e igualdade no tratamento da diversidade de gênero e orientação sexual em instituições de ensino.

Ainda, ao correlacionar a dignidade humana com a liberdade sexual e reprodutiva, no julgamento da ADPF n. 54, o Supremo Tribunal Federal invocou a dignidade humana da mulher como expressão da autodeterminação, associada à liberdade sexual e reprodutiva, e decidiu pela não incidência dos tipos penais de aborto previstos no Código Penal ao termo da gravidez de fetos anencefálicos.

Ademais, no julgamento da ADI n. 4424, a dignidade humana foi apreciada pelos Ministros na discussão acerca do processamento do crime de lesão corporal em violência doméstica por ação penal pública condicionada ou não à representação da ofendida. No curso dos debates considerou-se que a interpretação que condicionasse a procedibilidade da ação penal em crime de lesão corporal em violência doméstica à representação da ofendida resultaria em proteção insuficiente à mulher vítima de violência doméstica e familiar, o que violaria sua dignidade humana e esvaziaria o propósito da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha. Ao cabo dos debates, estabeleceu-se que a ação penal do crime de lesão corporal praticada em circunstâncias de violência doméstica e familiar contra a mulher processa-se mediante ação penal pública incondicionada, afastando-se a incidência da Lei n. 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais sobre tais crimes.

Ao julgar a ADPF n. 186, cuja petição inicial indicava ofensa à dignidade humana na previsão de cotas raciais para ingresso em instituição pública de ensino superior, o Supremo Tribunal Federal associou a dignidade humana à igualdade material e à responsabilidade social e estatal para promover políticas necessárias à transformação das desigualdades sociais, apontando que a previsão de cotas raciais para ingresso em instituição pública de ensino superior não despreza preceitos fundamentais. Em situação semelhante, no julgamento da ADC n. 41, em 8/6/2017, o Supremo Tribunal Federal utilizou a dignidade humana como um dos fundamentos para declarar a constitucionalidade da Lei n. 12.990/2014, que estabelece a reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos a pessoas

negras. Outrossim, no julgamento da ADI n. 3239, associou a dignidade humana ao direito à identificação, reconhecimento, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

Aliando a dignidade humana à neutralidade estatal em matéria religiosa, como uma forma de autodeterminação religiosa, no julgamento da ADI n. 4439, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do dispositivo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação que prevê o ensino religioso facultativo nas escolas públicas.

Outrossim, nos debates da ADPF n. 444, o Supremo Tribunal Federal declarou ser incompatível com a Constituição Federal a condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, bem como julgou não recepcionada pela Constituição a expressão "para o interrogatório" prevista no artigo 260 do Código de Processo Penal, por violar, dentre outros princípios, a dignidade humana, uma vez que, ao ser conduzido coercitivamente, o investigado é levado a demonstrar sua submissão à força, o que é incompatível com a dignidade.

Ainda, no julgamento da ADPF n. 324, o Supremo Tribunal Federal declarou a não violação de preceito fundamental na terceirização de atividades empresariais e fixou o entendimento de que a terceirização das atividades-meio e das atividades-fim de uma empresa não viola, por si só, a dignidade humana do trabalhador, de modo que apenas o exercício abusivo da contratação teria o condão de produzir sua violação.

Conforme assinalado, a dignidade humana é um conceito aberto, que tem o conteúdo delineado pela interpretação continuada do seu conceito, alcance e limites. Para atingir esse fim, a avaliação do seu papel na construção dos valores individuais e das metas sociais não pode se reduzir a um mero apelo ético, esvaziado do necessário raciocínio e da associação a outros valores e direitos.

Não se pode negar que, para além dos excertos acima citados, há diversos julgados de controle concentrado de constitucionalidade nos



quais a dignidade humana é mencionada de forma superficial, apenas como reforço a argumentos genéricos, o que não contribui para clarificar o seu alcance e abrangência, ou mesmo a sua incidência sobre a vida social e individual. Pelo contrário, a opção por tal postura torna a dignidade humana nebulosa e inatingível, limitando-se a permear unicamente o imaginário individual e social, sem que, contudo, tenha uma efetiva carga valorativa na vida cotidiana. Adotar esse caminho é deveras perigoso, pois um princípio com importância e dimensão tão elásticas não pode cair em um vazio conceitual que lhe retire a capacidade semântica e de regulação da vida individual e coletiva.

De outra banda, os exemplos citados acima, extraídos da jurisprudência de controle concentrado de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, demonstraram relevância da abordagem específica do conteúdo da dignidade humana para fixar sua elasticidade na vida social e privada brasileiras. Embora a tarefa jurisprudencial de, paulatinamente, determinar o conceito e a abrangência da dignidade humana seja complexa, demande uma atenção especial e um profundo respeito à amplitude da dignidade humana, não se pode olvidar que traz em si a função de conferir uma interpretação mais humanizada da e à sociedade, concretizando, de fato, os ideais dos valores e princípios fundamentais previstos na nossa Constituição Federal, o que representa uma das funções precípuas do Estado. Por isso, a jurisprudência que trata da dignidade humana não pode descuidar da fixação do seu conceito, abrangência e limites, evitando-se o uso panfletário e dissociado de uma ponderação consistente, situação crescente na jurisprudência analisada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade vem, aos poucos, conferindo alguma densidade ao conteúdo da dignidade humana, analisando especificamente o seu alcance e ponderando-a com outros princípios e valores fundamentais determinantes para a construção individual e social do seu conceito.

Nesse passo, houve um aumento considerável no debate do conteúdo e alcance da dignidade humana em julgados de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o que representa um passo importante para a construção efetiva do seu conceito na sociedade brasileira, na perspectiva de cicatrizar as marcas históricas da violação estatal da dignidade humana.

## 5 CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada, foi possível verificar que o Brasil somente incluiu a dignidade humana em seu texto constitucional nos moldes dos acordos internacionais de (re)construção e de compromisso com a dignidade humana pós-Segunda Guerra Mundial na Carta de 1988, onde foi alocada como um dos fundamentos do Estado, na parte inaugural da Constituição Federal. Nas Constituições anteriores, a dignidade humana não recebeu esse tratamento de base de construção de uma sociedade conforme com a dignidade.

Contudo, a simples inscrição da dignidade humana na Carta Constitucional, desprovida dos valores e reflexões que lhe são inerentes, é capaz de justificar medidas arbitrárias e dissociadas dos valores democráticos, consoante identificado na invocação da dignidade humana como fundamento para restrições profundas a direitos fundamentais pelo regime militar brasileiro na edição, por exemplo, do Atos Institucionais, especialmente o AI n. 5/68, e da Emenda Constitucional n. 1/69, autodenominada de Constituição Federal.

Nessa perspectiva, é fundamental que os Poderes do Estado atuem de modo a conferir efetividade à dignidade humana, não permitindo que seu conceito se esvazie de significado prático e de efetividade na vida cotidiana individual ou coletivamente considerada. Assim, além das escolhas políticas do Estado realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo estarem de

acordo com a dignidade humana, é imprescindível que o Poder Judiciário empreenda esforços para construir um conceito efetivo de dignidade humana no julgamento das demandas que lhe são postas.

Na pesquisa jurisprudencial de controle concentrado de constitucionalidade que aborda a dignidade humana, constatou-se que, de fato, a expressão é massivamente empregada em julgados do Supremo Tribunal Federal – reforça-se que no resultado da busca realizada apareceram 2.631 julgados do Supremo Tribunal que incluem a expressão –, muitos dos quais apenas a mencionam de forma superficial, como mero reforço de argumento a outros princípios citados. O emprego da dignidade humana nesses termos não auxilia na clarificação do seu conceito, o que interfere diretamente na prática individual e na construção de uma sociedade afim com a dignidade humana. Para alcançar uma construção real e fática da dignidade humana, a constante e renovada interpretação e aplicação do seu alcance são fundamentais para conferir a efetividade máxima que o princípio requer.

Apesar de ainda existirem muitos julgados nos quais a dignidade humana é trazida apenas de forma superficial, sem analisar seu conteúdo essencial, verifica-se que, paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal vem construindo o alcance e significância prática da dignidade humana na sociedade brasileira. Nesse sentido, os exemplos citados no texto, extraídos da jurisprudência de controle concentrado de constitucionalidade oriunda do Supremo Tribunal Federal, refletem julgados nos quais a dignidade humana vem sendo analisada como parâmetro para fixar o alcance da liberdade de expressão, da liberdade artística, da liberdade de pensamento, de autodeterminação, autonomia e escolha individual, da liberdade sexual e reprodutiva, da proteção especial à vítima. Essa abertura à reflexão demonstra que houve um progresso significativo na construção do conceito e da elasticidade da dignidade humana no cenário nacional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A dignidade humana e a análise da proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery (org.). **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13-38.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. "Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, [s. l.], ano 101, v. 919, p. 127-196, maio 2012. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui\\_em\\_todo\\_lugar\\_dignidade\\_humana\\_direito\\_contemporaneo\\_discurso\\_transnacional.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf). Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Ato Institucional n. 1**, de 9 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Rio de Janeiro, Comando Supremo da Revolução, 9 abr. 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Ato Institucional n. 2**, de 17 de outubro de 1965. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, DF, 17 out. 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br//CCIVIL\\_03/AIT/ait-02-65.htm](http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-02-65.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Ato Institucional n. 3**, de 5 de fevereiro de 1966. Fixa datas para as eleições de 1966, dispõe sobre as eleições indiretas e nomeação de Prefeitos das Capitais dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF, 5 fev. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br//CCIVIL\\_03/AIT/ait-03-66.htm](http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-03-66.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Ato Institucional n. 4**, de 7 de dezembro de 1966. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Brasília, DF, 7 dez. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-04-66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Ato Institucional n. 5**, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 dez. 1968. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Ato Institucional n. 12**, de 1 de setembro de 1969. Dispõe sobre o exercício temporário das funções de Presidente da República pelos Ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, enquanto durar o impedimento, por motivo de saúde, do Marechal Arthur da Costa e Silva, e dá outras providências. Rio de Janeiro, Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica, 1969. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-12-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-12-69.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Ato Institucional n. 16**, de 14 de outubro de 1969. Declara a vacância dos cargos e fixa data para eleições e posse de Presidente e Vice-Presidente da República, e dá outras providências. Brasília, DF, Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica, 14 out. 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-16-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-16-69.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Rio de Janeiro: Assembleia Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro: Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Rio de Janeiro: Assembleia Constituinte, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Rio de Janeiro: Imperador D. Pedro I, 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 9.290**, de 24 de maio de 1946. Aprova a Convenção que cria uma Organização Educativa, Científica e Cultural das Nações Unidas e o Acôrdo Provisório que institui uma Comissão Preparatória Educativa, Científica e Cultural, concluídos em Londres, a 16 de Novembro de 1945,

por ocasião da Conferência encarregada de criar uma Organização Educativa, Científica e Cultural das Nações Unidas. Brasília, DF, 24 maio 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del9290.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del9290.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 592**, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF, 6 jul. 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Brasília, DF, 22 out. 1945. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 1**, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Constitucionalidade n. 41**. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 8 de junho de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 6 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2931**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Britto, 24 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266957>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3239**. Requerente: Democratas. Relator: Min. Cezar Peluso, 8 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4274**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 23 de novembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1955301>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 1 de março de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277**. Requerente: Procuradora-Geral da República. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 5 jun. 2020.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4424**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4439**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 27 de setembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4451**. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão - ABERT. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de junho de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4815**. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 10 de junho de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em 5 de jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Arguinte: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio, 27 de abril de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 6 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Arguinte: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186**. Arguinte: Democratas – DEM. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 6 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187**. Arguinte: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Celso de Mello, 15 de junho de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291**. Arguinte: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324**. Arguinte: Associação Brasileira do Agronegócio - ABAG. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 30 de agosto de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 444**. Arguinte: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Gilmar Mendes, 14 de junho de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 457**. Arguinte: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 27 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834386>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 467**. Arguinte: Procurador-Geral da República. Relator: Min. Gilmar Mendes, 29 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753189469>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 526**. Arguinte: Partido Comunista do Brasil. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 11 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752833807>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 548**. Arguinte: Procuradora-Geral da República. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 15 de maio de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752896813>. Acesso em 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1646**. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco. Relator: Min. Néri da Silveira, 7 de agosto de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347185>. Acesso em: 5 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2477**. Requerente: Governador do Estado do Paraná. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Relator originário: Min. Ilmar Galvão. Redator para o acórdão: Min. Celso de Mello, 25 de abril de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630037>. Acesso em: 5 jun. 2020.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução: Ingo Wolfgang, Pedro Scherer de Mello Aleixo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 45-103.

KIRSTE, Stephan. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução: Luís Marcos Sander. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 175-198.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

\_\_\_\_\_. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

# ENTRE O SER E O DEVER SER HUMANO: DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À ALTERIDADE IGUALITÁRIA DA PESSOA

Benedito Antonio da Costa<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Talvez nunca na história um conceito jurídico-político aberto foi tão perscrutado, referenciado e superexplorado como o da “dignidade da pessoa humana”. A ideia de elevação conceitual do ser humano é de origem remota, mas sua funcionalidade é fenômeno relativamente recente. E esta crescente funcionalidade, ou seja, a utilização do conceito como fonte material de posições constitucionais, legislativas, jurídicas e administrativas, justifica a revisita reiterada ao conceito em seu enquadramento jurídico-filosófico.

A tarefa que se empreende visa a delimitar um conceito sistematicamente mais apropriado da posição fundamental da pessoa frente ao sistema jurídico, para permitir uma melhor visualização e operação deste preceito fundamental no Estado Democrático de Direito.

## 2 A AMPLIAÇÃO PROGRESSIVA DO RECONHECIMENTO DA ALTERIDADE IGUALITÁRIA HUMANA

Barroso (2014, p. 14) aponta que no mundo ocidental, “o primeiro sentido atribuído à dignidade – enquanto categorização dos indivíduos – estava associado a um status superior, uma posição ou classificação social mais alta”, mas não descarta origens religiosas e filosóficas mais antigas.

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

De fato, a cultura hebraica, ao descrever o homem como feito à imagem da divindade no Gênesis (1:26-27), liga a compleição do homem às características de Jeová, o que não fora feito com nenhum dos animais criados. Mesmo com tal simbologia elevada da origem humana, o judaísmo não conferia status igualitário a todos os homens, considerando-se povo escolhido e, portanto, de "dignidade" superior. Havia a conferência de um status limitado ao estrangeiro.

O império romano, quando concebeu a assimilação de outros povos e culturas, abriu uma janela para a concessão de estatutos elevados de direitos a indivíduos de outros povos, não por razão de origem étnica, mas por posição social e política.

Foi o cristianismo, no entanto, que, no mundo ocidental, deu veras impulso à ideia de dignidade conferida potencialmente a todos os homens, pois, segundo a visão disseminada pelo nazareno Jesus Cristo, todos seriam "irmãos" (Mateus 28:1). Pretendeu-se a superação prática da concepção de alteridade então reinante, conforme ilustra a parábola cristã do Bom Samaritano.

Mesmo assim, a especial condição do "cristão" convertido, em sentido de status religioso e na comunidade privada do sistema de crenças cristãs, era substancialmente melhor do que a dos não cristãos, e ainda faltava ao mundo a ideia generalizada de um status elevado pelo simples pertencimento à espécie, muito embora tenha havido a inserção da ideia de respeito à alteridade como elemento axiológico forte e prático.<sup>2</sup>

As premissas lançadas pela alteridade cristã levaram a um gradual

<sup>2</sup> A relação de alteridade, no cristianismo, é transcendental em relação ao indivíduo e reflexa em relação à própria divindade, diante do "amar o próximo como a ti mesmo" e da prometida "unidade" de todos em Cristo, e de Cristo com seu Pai. (Mt. 22:39, Jo 10:30 e 17:20-23). O divino, estando representado no outro (próximo), é adorado de modo indireto através do amor ao próximo. O conceito é mais abrangente (pretensão de universalidade) do que aquele expresso em Levítico 19:18, pois não há limitação étnica no interior do conceito.

desenvolvimento de ideias ligadas à “regra de ouro”, que resultaram em ideais libertários em sentido religioso e político.<sup>3</sup>

Não se deve olvidar, todavia, que, como valor ético, o princípio geral de alteridade e reciprocidade está presente, como origem material, nas diversas religiões mundiais, conforme Neusner e Chilton (2008), sendo conceito praticamente universal.

A Renascença e o Iluminismo, então, acabaram por acelerar os movimentos políticos necessários à implantação dos ideais da dignidade humana como universais e vinculantes. As declarações de direitos “estabeleceram” a dignidade como “fato”. Hoje, poucas constituições não possuem a dignidade da pessoa humana gravada em seu texto.

Será útil, no entanto, nos perguntarmos se a ideia de “dignidade da pessoa humana”, não importa se como regra, princípio ou postulado, está bem colocada e formulada apropriadamente para um sistema normativo. Esta formulação básica pode fazer toda a diferença em como as questões jurídicas são colocadas e decididas e em como as leis são interpretadas e até mesmo criadas.

### 3 PROPOSTA DE ABORDAGEM

Propõe-se uma aproximação não extrínseca (de fora para dentro), mas intrínseca (de dentro para fora), ou seja, uma vez incorporados todos os conceitos que o desenvolvimento histórico produziu, deve-se passar à reconstrução do conceito de dignidade humana desde seus átomos mais básicos, para se ter condições de alocar o conceito em sistemas jurídicos e, ao fazer isso, reconhecer seu papel, sua abstração e seus limites de aplicação direta e até mesmo indireta.

<sup>3</sup> Explicações sobre o “direito natural”, na visão do cristianismo podem ser buscadas em Finnis (2011).

Parece um pressuposto simples e comezinho, mas o sentido e o alcance da alteridade é o primeiro bloco de construção de qualquer noção de reconhecimento. Não se pode falar em dignidade (ou respeito, conforme veremos adiante) de algo ou alguém sem que primeiramente se defina o grau de semelhança que este ser ou coisa possui frente ao sujeito, e no que esta semelhança implica.

A forma como se utiliza a linguagem tem grande poder sobre o modo de entender e compreender. Seria, assim, apropriado que se pretendesse que “a dignidade da pessoa humana” fosse proposição normativa, nestes exatos termos?

## 4 DIGNIDADE HUMANA COMO JUÍZO SINTÉTICO

Há, conforme expõe Canotilho (2003, p. 1.217), dificuldades na investigação do conteúdo da norma constitucional, seja pela polissemia dos sentidos dos elementos linguísticos ou pela utilização de enunciados linguísticos vagos e pelo fato de que os conceitos utilizados serem muitas vezes conceitos de valor. Este é o caso da “dignidade da pessoa humana”. A definição precisa do conceito de dignidade da pessoa humana, a nosso ver, apresenta desafio quase intransponível, por ser, a um só tempo, polissêmico, vago, de valor e “de prognose” programática, mas ainda que sem uma definição precisa, sua aplicação tem permeado as decisões e interpretações jurídicas na pós-modernidade.

Uma alternativa plausível é perscrutar os motivos de lógica filosófica das dificuldades apresentadas pelo conceito, tomando como base a racionalidade kantiana.

Em termos de valores, Kant atribui às pessoas humanas um valor absoluto, ou dignidade (Würde). Segundo Wood (2008, p. 94, tradução livre), o significado tradicional deste termo envolvia a identificação de certas classes de pessoas como possuindo um determinado status



social que os faz superiores a outros. Aponta o citado autor que, muito embora tenhamos nos acostumado à extensão que Kant fez do termo a toda a humanidade,

[...] não devemos deixar de ouvir na frase a desafiadora e paradoxalmente igualitária afirmação de que o valor mais alto possível que um ser humano pode ter consiste no valor que todos os humanos possuem igualmente - bem nascidos ou não, ricos ou pobres, inteligentes ou estúpidos, e mesmo bons ou maus. O radicalismo igualitário, fundado na concepção de que todo ser humano como um agente racionalmente autônomo, é a mais fundamental ideia na ética kantiana. O potencial desta ideia kantiana de transformar nossas relações uns com os outros é ainda, infelizmente, longe de ser reconhecida, ou suas implicações pensadas apropriadamente.

A crítica que se faz à ética kantiana cede, em muito, à constatação de que o raciocínio que se faz a partir dos imperativos não se centra, ou não se origina, no outro, como ser racional e digno, mas principalmente na moralidade interna do sujeito em que reside a moralidade racionalizada. Isso livra o pensamento kantiano das acusações dos argumentos *in extremis*, como se o fato de o ser humano ser racional e de livre vontade pudesse de alguma forma retirar a "dignidade" de um ser humano que não fosse mais, ou não fosse ainda, racional.

O ponto é que Kant nos ajuda a perceber, em sua *Crítica da Razão Pura*, que o conceito de dignidade da pessoa pode muito bem se amoldar em um juízo analítico (*humanidade*). As características que estão ligadas ao homem são traduzidas em um pensamento "por identidade", ou seja, é um conceito que já contém em si encerrada sua ideia, mesmo que passível de preenchimentos.

Já a funcionalização normativa da dignidade da pessoa é conceito que precisa ser sintetizado fora de sua definição básica, necessitando de esforço mental para que se possa fazer a adjunção de condicionamentos

de dignidade à pessoa humana. Tal proposição principiológica normativa deve ser um juízo sintético de experiência. Daí o porquê da dificuldade de definição precisa do que vem a ser o conteúdo do princípio normativo que determina o respeito à dignidade da pessoa humana, cuja operacionalização está, indubitavelmente, no domínio da razão prática.

É forte nossa intuição de que a denominação da ideia passada pelo termo “dignidade da pessoa humana” (se a pretensão for de conferi-la a função de princípio, regra ou postulado) precisa de reformulações para incluir a alteridade em seu conceito, e este seria um salto apropriado, didático e funcional. Não que se deva excluir a ideia de “sacralidade”, intangibilidade de direitos básicos, honorabilidade do ser humano. Mas deve-se passar daí para um conceito mais funcional. A dignidade humana como valor objetivo com “potencialidade”, como quer Dworkin (2006, p. 9), só é possível se houver *reconhecimento* dessa potencialidade.

Quando se fala simplesmente em “dignidade de uma pessoa”, posiciona-se fora da área de “síntese”, fazendo uso novamente do velho e bom Kant. Ou seja, alguém *conferiu* a dignidade a outrem. Não que esta ideia não possa ser, em si, verdadeira, mas o uso do conceito para a finalidade que geralmente se pretende falha na questão do reconhecimento do outro como merecedor de um status similar ao do sujeito.

E mais, quando se fala em “dignidade da pessoa” coloca-se o sujeito em uma posição distante do agente, como se ele mesmo não fosse incluído na noção como sujeito ativo e, ao mesmo tempo, passivo: confere-se a “dignidade” ao mesmo tempo em que a esse a é conferida.

Não será exagero concluir que todo ser que busca ser tratado apropriadamente como um humano é humano, e que todo ser a quem se pode imputar um tratamento a outro como “humanamente” apropriado é humano. Desta pueril constatação deve-se concluir que nunca se poderá

pretender esta generalidade ativa e passiva de status humano sem que se fale em dois pressupostos: alteridade e igualdade.<sup>4</sup>

## 5 IGUALDADE E ALTERIDADE NO CONCEITO DE STATUS DA PESSOA: APERFEIÇOAMENTO

Uma reformulação básica, ou adequação, da enunciação de um tal princípio de dignidade da pessoa humana deve preocupar-se, portanto, com o fato de que o sujeito ativo evocador do princípio (legislador, juiz, administrador, contratante, etc) está igualmente sujeito ao princípio que invoca frente ao sujeito passivo (cidadãos, jurisdicionados, administrados, contratados, etc), sendo este o conceito prático de *alteridade igualitária*. Esta noção de alteridade, advinda do desenvolvimento de conceitos ligados aos princípios republicanos e aos direitos humanos, deve ser expressa, *prima facie*, na emissão do juízo pretendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Não fazê-lo é privar a locução enunciativa normativa de um sentido necessário e condicional para o próprio sistema normativo.

Incluir a noção de alteridade no conceito básico do que se pretende por “dignidade da pessoa humana” parece auxiliar no controle do individualismo exacerbado, conforme adverte Sarmento (2016, p. 133):

o reconhecimento do valor intrínseco da pessoa não pode se transformar em discurso de legitimação do individualismo exacerbado. Ele tem de ser conciliado com a preocupação com a alteridade, e com a dimensão comunitária e relacional da pessoa humana. Em outras palavras, a dignidade humana não pode se converter em artifício retórico para legitimar invocações egocêntricas de direitos subjetivos, indiferentes em relação ao outro.

<sup>4</sup> Rousseau (2010, p. 65) apontava que a liberdade e a igualdade são os dois objetivos principais que devem ser a finalidade de todo o sistema de legislação. Como pontua, a igualdade é pressuposto, pois “a liberdade não pode existir sem ela.”

Ademais, em termos de sentido, a palavra “dignidade” nada diz de adicional sobre a categoria “humana”, sendo mesmo desnecessária para a compreensão do conceito que poderia ser substituído por uma palavra, “humanidade”.

Deve-se, portanto, incluir na “dignidade da pessoa humana” um conceito que integre a noção de alteridade, de reconhecimento do outro como humano igual em características básicas gerais, necessidades e sentimentos semelhantes e direitos iguais, portanto. Esta será formulação mais consentânea com toda a carga axiológica reflexiva e funcional que se pretende emprestar a essa ideia básica.

Poder-se-ia, portanto, com vantagem, substituir “dignidade da pessoa humana” por “alteridade igualitária da pessoa (humana)”, pois nesta expressão estariam inclusas as ideias básicas e com abstração menor do que a “dignidade”. Evoca a ideia de que o sujeito está em uma relação principiológica da qual não se exclui. Pensar-se simultaneamente como “eu, mas também o outro” traz responsabilidade maior do que procurar um sentido externo de dignidade outorgada, já que o conceito expresso pode ser entendido pela pessoa sem que precise procurar fundamento para seu próprio valor.

Depois, há um sentido em se falar em alteridade “igualitária”. A alteridade, sendo reconhecimento de que o outro é diverso, precisa de um complemento que torne o outro parte do “eu”. Alteridade igualitária, nesta proposta, é o reconhecimento de que o outro possui a natureza do sujeito, por isso deve ser tratado de forma apropriada como se o sujeito fosse, porque o é “como essência”. Este reconhecimento é que faltou aos nazistas, aos povos antigos aniquiladores de outros povos e falta também hoje no mundo, em maior ou menor grau. Ademais, conforme Novais (2007, p. 374), “o princípio da igualdade ou, em perspectiva convergente, o direito à igualdade, é um princípio ou direito estruturante dos nossos Estados de

Direito". Há de haver, e há, portanto, uma forma de inseri-lo na dicção de uma formulação normativa estrutural.

Pode até ser inútil, mas segura, a constatação de que a falta do reconhecimento da alteridade igualitária é a origem da maioria dos males humanos, privados ou públicos, internos ou externos.

A ideia de alteridade igualitária é consentânea com a força do imperativo categórico kantiano, mas é invocável de forma ainda mais sintética e menos no sentido da moral kantiana (KANT, 2002, p. 51), de princípio subjetivo do querer, e mais no sentido normativo.<sup>5</sup>

Para se demonstrar a consistência da proposta, exemplifique-se que a evocação de eventual "dignidade da pessoa jurídica", por exemplo, seria de difícil definição e operação caso evocado em relações jurídicas entre pessoas jurídicas ou entre pessoas jurídicas e pessoas físicas. Tal formulação obriga o raciocínio jurídico a formular axiomas a partir do mundo do ser (da compleição da pessoa jurídica, se sua utilidade, se seu valor como pessoa, etc), o que a um só tempo permite que a formulação justifique quase todos os direitos subjetivos, mas que dificulta a operacionalização dos direitos em bases sistêmicas. Seria mais útil, por exemplo, que se fale em "alteridade igualitária das pessoas jurídicas", pois que essa formulação atrairia ao ordenamento ideias de igualdade, liberdade e equidade compatível com um sistema jurídico formado por essas premissas, guiando o intérprete em meio a apropriadas "leis universais", mais facilmente identificadas.

A ideia de alteridade igualitária da pessoa é mais sofisticada do que a dignidade da pessoa humana em sentido jurídico, pois explica sua razão de ser, coisa que a "dignidade da pessoa humana" isoladamente não faz. Entende-se que o motivo pelo qual a pessoa humana merece tratamento

<sup>5</sup> O imperativo categórico é o seguinte: "Age segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal." Ou, inserindo o conceito de natureza (realidade das coisas enquanto determinada por leis universais): "Age como se a máxima da tua ação devesse tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza."

em nível especial é porque outra pessoa “é uma de nós”. Mas esta ideia não está definida e nem pode ser inferida facilmente a partir do enunciado. Alteridade igualitária da pessoa explica que o outro, por ser igual, possui certos direitos que nós mesmos pretendemos. Diz algo mais, e de forma compatível com princípios estruturantes como os princípios republicanos, que pressupõe igualdade, e democrático, que demanda participação e interação.

A alteridade igualitária da pessoa é conceito mais direcionado do que a dignidade da pessoa humana. Envolve reconhecimento ativo do outro humano como igual e, assim, titular de certos direitos que também deverão ser definidos de forma apropriada à natureza diversa, mas de forma similar.

A alteridade igualitária da pessoa pensada como “postulado” (ÁVILA, 2011), é estruturante devido à sua abstração máxima em um estado democrático de direito. Dele decorrem, por derivação natural, todos os demais postulados, princípios e regras. Daí resulta que parece não ser possível haver sopesamento direto ou colisão entre um princípio da dignidade da pessoa humana, ou mesmo de um postulado fundamental da alteridade igualitária, e outra norma ou princípio derivado, pela diferença do âmbito de aplicação destas espécies. Tanto que o próprio Alexy (2015, p. 113) reconhece que seria necessária a existência de “[...] duas normas de dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana”, o que parece ser problemático na teoria adotada por ele, e indicativo do que estamos a expor aqui.

Daí que o reconhecimento de aplicação do postulado da alteridade igualitária da pessoa deve ser feito em níveis apropriados, desde o nível constitucional (informador dos poderes constituintes originário, reformador e decorrente), quanto em nível legal, judicial e administrativo. O conceito de dignidade da pessoa humana, nos parece, não é analítico por natureza, pois que não prescinde da experiência para sua compreensão. Não pode ser facilmente transformado em em juízo sintético, não importa quantos

rios de tinta se gaste na tentativa da definição deste postulado. É possível apenas o delineamento de seus contornos gerais, e nunca dos contornos finais, pois que contingentes. O problema se apresenta como a "guilhotina de Hume", de onde se têm a impossibilidade de derivação direta do mundo do ser proposições para o mundo do "dever ser" (HUME, 2009). O dever ser, o mundo normativo, é decisão humana e precisa ser tratada nessa esfera. Isso não significa que a decisão normativa do dever ser esteja alheia ao mundo fático, ou mundo do ser. Mas o dever ser é decisão volitiva que cria um sistema de coexistência de vontades vetorialmente coincidentes (norma). Esta ideia também está presente em Kelsen.<sup>6</sup>

O conceito puro de dignidade (valor) da pessoa humana está no mundo do ser, mas precisa ser transformado para o mundo normativo jurídico através de preceitos operacionais que permitam seu entendimento e concretização. Daí a utilidade do conceito de alteridade igualitária da pessoa como categoria normativa já transposta, inferida e com volição. Rawls (1999, p. 102-160), em sua Teoria da Justiça, fez uma tentativa dessa transposição quando propôs a ideia de posição original coberta pelo véu da ignorância, e o método ainda permaneceu no campo da ética e da moral, onde grassou.<sup>7</sup> A ideia de "substituição" também é encontrada em Lévinas (1991, p. 99-121), num sentido filosófico "puro".

Constata-se, assim, uma importante impropriedade quando se transforma aquilo que é (dignidade da pessoa humana) para, diretamente, dignificar o que deve ser, sem que haja uma tradução adequada.

<sup>6</sup> Segundo Kelsen (1986, p. 3), "o ato de vontade, cujo sentido é a norma, constitui o ato do qual se diz figurativamente: que a norma através dele se torna 'fabricada'; quer dizer, o ato com que a norma é posta, o ato de fixação da norma. Uma norma não somente pode, pois, ser criada por um ato de vontade, dirigido conscientemente para a sua produção, como também pelo Costume, ou seja, pode ser produzida pelo fato de que seres humanos costumam conduzir-se efetivamente de determinada maneira."

<sup>7</sup> "O véu de ignorância implica que as pessoas sejam representadas unicamente como pessoas morais, e não como pessoas beneficiadas ou prejudicadas pelas contingências de sua posição social, pela distribuição das aptidões naturais ou pelo acaso e pelos acidentes da História durante o desenrolar de sua vida. Resulta daí que elas ficam situadas de maneira igual, sendo todas pessoas morais, e, portanto, de maneira equitativa." (RAWLS, 2000, p. 67).

Necessário, portanto, que esta condição fática desejável seja transformada apropriadamente em proposição normativa, com conteúdo jurídico minimamente inteligível sob pena de, ao pretender dizer tudo, efetivamente não diga nada.

## 6 DINÂMICA E APLICAÇÃO DO POSTULADO DA ALTERIDADE IGUALITÁRIA HUMANA NO REGIME DEMOCRÁTICO

Em um estado democrático de direito, a *validação* da alteridade igualitária vem do processo legislativo e da participação democrática, por suposto. A ideia de que os cidadãos são representados por “iguais” e que, potencialmente, qualquer cidadão pode participar em estabelecer abstrata e genericamente padrões de comportamento nada mais é do que uma técnica de difusão dos valores individuais aceitáveis tanto a outros quanto a si. Estabelece-se um consenso dos padrões normativos mínimos de *comportamento* a partir do indivíduo inserto em um conjunto de indivíduos.

A alteridade humana revela-se, como descreve Arendt (2007), justamente na ação:

A alteridade é, sem dúvida, aspecto importante da pluralidade; é a razão pela qual todas as nossas definições são distinções e o motivo pelo qual não podemos dizer o que uma coisa é sem distingui-la de outra. Em sua forma mais abstrata, a alteridade está presente somente na mera multiplicação de objetos inorgânicos, ao passo que toda vida orgânica já exhibe variações e diferenças, inclusive entre indivíduos da mesma espécie. Só o homem, porém, é capaz de exprimir essa diferença e distinguir-se; só ele é capaz de comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa - como sede, fome, afeto, hostilidade ou medo. No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tomam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares. Essa distinção singular vem à tona no discurso



e na ação. Através deles, os homens podem distinguir-se, ao invés de permanecerem apenas diferentes; a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens. Esta manifestação, em contraposição à mera existência corpórea, depende da iniciativa, mas trata-se de uma iniciativa da qual nenhum ser humano pode abster-se sem deixar de ser humano. Isto não ocorre com nenhuma outra atividade da *vita activa*.

Essa alteridade ativa é característica que se coloca como a possibilidade de ação do indivíduo frente aos seus iguais, em dado sistema normativo que regula as ações, individual e conjuntamente.

Pode-se considerar o princípio da alteridade igualitária humana também como uma outra forma, funcional, de se derivar um postulado da afirmação de elevada dignidade da pessoa humana, sendo que se pode considerar reconhecido nos artigos. 1º, III, Art. 5º, caput e § 2º da Constituição Federal em uma perspectiva sistêmica, principalmente diante do art. 3º, IV, que comanda a exclusão de comportamentos (preconceitos) que se baseiem em discrimines (discrimen) que resultem em "mal" ao outro (todos). Prescreve-se a Constituição, também, que ninguém será submetido a tratamento desumano, sendo a "tortura", inserta no mesmo dispositivo (art. 5º, III), o que pensamos ser auxílio hermenêutico de interpretação analógica.

No sentido da proposta aqui apresentada, não erra a Constituição Brasileira ao elencar a dignidade da pessoa humana como "fundamento". Aliás, é bem exata neste sentido.<sup>8</sup> A dignidade humana é deveras pressuposto condicionante do tipo de estado elegido pela Constituição, e dos princípios derivados (art. 5º, § 2º). Utilizar-se um fundamento fático como princípio de dever ser gerará sempre certa estranheza deontológica, pois a força ontológica do fundamento interferirá com a delimitação do

<sup>8</sup> Numa acepção mais ampla sobre a natureza humana como fundamento do Direito vide Del Vecchio (1979, p. 558-589).

princípio, pois que este tudo (constitucionalmente falando) permeia e tudo fundamenta.

A Constituição alemã também coloca a dignidade humana como espécie de fundamento “inviolável”, e objeto de respeito e proteção de toda autoridade estatal (Constituição Alemã, Artigo 1-1). Desta asserção deriva o inciso 2 do mesmo Artigo 1: “O povo Alemão, portanto, reconhece a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos humanos como a base de toda comunidade...” e passa a elencar “os seguintes direitos básicos”, vinculantes dos Poderes.<sup>9</sup>

A regra/princípio da proporcionalidade, junto com a técnica de ponderação, é destituída de legitimidade se, ao tentar aplicar o princípio da alteridade igualitária humana, não partir de um juízo “validado” pelo processo legislativo, ou mesmo pelo processo informal de validação como o costume. Não sendo possível a definição a priori do juízo analítico de “dignidade humana”, ou, melhor, o da “alteridade igualitária humana”, há sempre que partir de algum processo de validação para que a utilização da ponderação de princípios utilizando-se técnicas existentes seja legítima.

As normas constitucionais, nos expõe Canotilho (2003, p. 1447), possuem a função e ideia de autovinculação (cidadãos impondo regras a si próprios), tanto de forma negativa (restrições a atos de poder), quanto autovinculação positiva (exigência de atos positivos): “a autovinculação através de regras constitucionais será assim um modo de assegurar a realização descentralizada de racionalidades sistêmicas parciais mediante a fixação de pressupostos de decisões globais”. A autovinculação, através de normas como a da dignidade da pessoa humana, significa que preferências de comportamentos são geradas como restrição e como ação, em uma vinculação moralmente reflexiva (vincula outros e a si próprio, simultaneamente).

<sup>9</sup> Texto da Constituição Alemã em inglês provido pelo German Bundestag, publicação disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>.

Não for assim, existe o perigo exposto por Rodrigues Júnior (2019), de trivialização dos princípios e dos direitos fundamentais, caso haja recurso imediato, sem filtros ou meios intermediários legitimados, à dignidade da pessoa humana.

Esta pretensão de atribuição de funcionalidade deslocada e apriorística à “dignidade da pessoa humana”, dentre outros efeitos, causa o que a Professora Larissa Maria de Moraes Leal chama de “indecisão problemática da dignidade humana”, ou seja uma exacerbada variabilidade de sentido do conteúdo do princípio (LEAL, 2006).

Há, certamente, previsões constitucionais para o caso de rompimento das validações dos consensos sobre a alteridade igualitária presentes em cada norma/princípio constitucional, sendo o principal deles a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade feita por meio difuso, onde o juiz singular, com base diretamente na Constituição e diante do caso concreto, decide que a lei a ser aplicada no caso - ou norma individual, como quer Kelsen (1999, p. 11) - não obedece ao esquema constitucional tomado como sistema. Daí que se abre ao Estado-juiz a possibilidade de uma liberdade maior de aferição de uma lei ou ato frente a princípios fundamentais como o da alteridade igualitária da pessoa. Mas deve-se reconhecer claramente que há uma intervenção drástica no sistema jurídico, com a criação do direito individual a partir de premissas tomadas a partir do que o julgador entende que seria o consenso que resultaria na alteridade igualitária.

Fora daí, parece não haver autorização para que o juiz e o administrador, salvo aberturas previstas no sistema, abdicuem do dever de buscar o consenso legislativo existente sobre a regulação da coexistência de “alteridades”. Não fosse assim, a ocorrência de decisões casuísticas e diferentes do arquétipo esperado para regulação dos comportamentos tiraria da alteridade o atributo da igualdade, desequilibrando o sistema e ferindo direitos de toda a coletividade, o que geraria situação de inconstitucionalidade por usurpação de funções do poder legislativo.

Assim, havendo no direito positivo suporte normativo que signifique que determinado padrão de alteridade igualitária consensual já tenha passado pela validação criada pelo sistema democrático, é vedado ao juiz inovar sem autorização sistêmica e forte justificativa. Eis o sentido básico do princípio da legalidade, cuja visão anda um tanto quanto embaçada hodiernamente.

Questão derivada, mas já dentro de um pressuposto de igualdade “de segundo grau”, é a aplicação do princípio da alteridade igualitária em relações entre particulares. Conforme o sentido do texto de Novais (2007), já citado, a aplicação do princípio da igualdade escapa a certas relações particulares, não havendo aplicação direta deste princípio para regular pretensões de equalização de particulares em situações de liberdade diferenciada. Isto se dá, pensamos, pelo fato de que a liberdade de iniciativa conferida aos cidadãos dentro de suas esferas de atuação privada permite novas convenções que podem prescindir da liberdade de “primeiro grau”, que seriam as liberdades públicas fundamentais conforme definidos na Constituição. A igualdade de “primeiro grau”, que seria a liberdade de atuação e criação de esferas privadas, deve permitir o direito à “desigualdade” na medida em que o núcleo da alteridade igualitária seja preservado.

O direito privado e as relações privadas, portanto, dentro de um consenso de alteridade igualitária podem e devem ser desiguais, para abrigar o desenvolvimento da personalidade humana.

O conceito, portanto, de dignidade da pessoa humana é melhor expresso, em sentido jurídico, como um postulado de alteridade igualitária, produzido por consenso. Tal postulado é espécie de controle e limite da desigualdade privada. O conceito é essencialmente dependente da experiência e de decisões coletivas.

A alteridade igualitária também possui encerrada em seu sentido uma reciprocidade pressuposta: a noção de que o outro se comportará

da mesma forma que “nós” pois elegemos (aceitamos) uma base comum de agir, tal como formulou Rawls (2003, p. 59) como um dos “princípios de justiça”. Nesse conjunto formado pela natureza humana, alteridade, igualdade e reciprocidade se constrói toda a abstração necessária para o preenchimento do conteúdo contingente da alteridade igualitária da pessoa humana. São, de fato, pressupostos lógicos do sistema em que se insere a pessoa humana com pretensão de igualdades formal e material mínimas. Conforme já apontava Del Vecchio (1982, p. 77), a “Justiça” envolve a ideia aristotélica de *alteritas* em que

o objeto que o sujeito contrapõe a si próprio pode, por sua vez, ser reconhecido como um sujeito pelo sujeito, que no caso faz surgir uma nova relação, que não é mais redutível simplesmente pela fórmula geral antitética do eu e do não-eu, mas deve ser concebida como uma relação inter-subjetiva, quer dizer, uma relação entre o eu e um outro eu. (VECCHIO, 1982, p. 77).<sup>10</sup>

Del Vecchio também discorre brevemente, na mesma obra citada, sobre elementos lógicos da justiça, que elencou como sendo a bilateralidade, paridade, reciprocidade, retaliação (*requitál*) e recompensa. Assevera que o problema concreto de justiça “vem com a delimitação e interseção de exigências mútuas entre os sujeitos, que se mede pelo conceito de reciprocidade, ou equivalência inicial entre diferentes sujeitos.” Disso resulta que o sujeito não pode agir de uma maneira em relação a outros sem esperar tratamento similar por parte de outros (VECCHIO, 1982, p. 84), o que reforça a ideia de reciprocidade como pertencendo ao conteúdo do da noção de alteridade igualitária.

<sup>10</sup> “The object which the subject contraposes to itself itself may in its turn be recognized as a subject by the subject, in which case there arises a new relation, which is no longer reducible simply to the antithetic general formula of self and not-self but must be conceived as an inter-subjective relation, that is to say, a relation between the self and another self.”

## 7 O CARÁTER PROBLEMÁTICO DA DUALIDADE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: FATO ESTABELECIDO E DIREITO “COMPREENSIVO”, OU “CONGLOBANTE”

O sentido que se pretende quando se evoca a dignidade da pessoa humana, por tudo o que fora exposto, tende a ter dois objetivos/sentidos possíveis: como tendo caráter de **fato** (pela simples constatação da mais absoluta igualdade de compleição entre os pertencentes à espécie humana - origem, sentimentos e necessidades), e de **direito** (direito de ser humano, e de ser tratado como tal). No sentido de direito, é um direito total, compreensivo ou conglobante. Compreensivo porque compreende, em sua formulação, todos os direitos humanos possíveis e imagináveis, bastando para isso que haja uma imputação, pela comunidade, de formulações básicas aplicáveis à generalidade das pessoas humanas. Poder-se-ia se falar, com a mesma autoridade lógica (mas não funcional), de dignidade dos seres terráqueos (incluindo-se aí todos os animais), ou mesmo dignidade dos seres da Via-Láctea. Tais formulações genéricas podem, por sua vez, gerar a formulação de diversos direitos fundamentais, com menor abstração e maior operatividade. Neste sentido é que se pode falar na dignidade da pessoa humana como “direito natural”, derivado da natureza humana.

O princípio de alteridade igualitária da pessoa (corolário, por certo, do princípio da dignidade da pessoa humana) implica, pelos motivos expostos no parágrafo anterior, certas características interessantes. Uma delas é uma espécie de elasticidade, cuja característica é permitir que determinado subprincípio seja ‘destacado’ do tronco da ‘igualdade igualitária’, para que depois haja a possibilidade de reintegração e restauração de uma plena igualdade igualitária (formal e, potencialmente, material). Permite, também, a formulação de um “núcleo” de cada subprincípio, como sendo uma forma de aferição da preservação ou não da ‘dignidade’ em

determinado caso. Abre-se, daí, uma possibilidade inclusive de supressão momentânea de determinada faceta do princípio da alteridade igualitária, desde que potencialmente o princípio sacrificado possa se reintegrar ao patrimônio jurídico do titular, cessando o vetor que obrigara o destaque. Essa “elasticidade” permite que, muito embora em situação de o indivíduo ser sujeito a pesadas sanções, como prisão, multas e censuras diversas, a cessação do motivo que fundamentou a pena faz com que o indivíduo recobre sua situação fática de dignidade e cidadania plena. E mesmo para essas cessações momentâneas de facetas da dignidade não de se dar de forma a preservar todas as outras facetas da dignidade não atingidas pela situação excepcional. Há de se pensar, também, se as sanções ou tratamentos mais ou menos invasivos em esferas privadas do indivíduo não são, por si só, respeito à sua dignidade como ser humano igual que, sendo tal, é merecedor das reprimendas advindas do império das leis.

O fato de o ser humano ser digno, igual, e merecer tratamento correspondente no mundo normativo pelos seus semelhantes indica que a *tendência*, é que todas as facetas de uma vida digna sejam restabelecidas.

## 8 ALTERIDADE IGUALITÁRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É salutar que observemos, mesmo que brevemente, como o Supremo Tribunal Federal conduz seu raciocínio jurídico em questões que tangenciam, mais explicitamente, princípios como alteridade, igualdade, liberdade e democracia.

Assim, poucos assuntos têm tanto a ver com a alteridade igualitária da pessoa quanto as questões raciais, quando o reconhecimento de raça é utilizada como *discrímen*. Consegue-se perceber, em alguns julgados, que o STF traz as ideias de alteridade e igualdade quando confrontado com casos difíceis baseados em discriminações positivas.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186-DF, relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 26/04/2012 (BRASIL, 2012), o STF reconheceu, baseando-se no princípio da igualdade, a constitucionalidade do sistema de cotas em universidades pelo critério étnico-racial. Reconheceu, todavia, que o *discrímen* só pode ser utilizado de maneira transitória, até a superação de desigualdades históricas. A ideia da alteridade foi utilizada nos votos no sentido da necessidade de inclusão “do outro”. Segundo o relator:

É preciso, portanto, construir um espaço público aberto à inclusão do outro, do outsider social. Um espaço que contemple a alteridade. E a universidade é o espaço ideal para a desmistificação dos preconceitos sociais com relação ao **outro e, por conseguinte, para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea, aliás, consentânea com o mundo globalizado em que vivemos. (grifo do autor).**  
[...]

É certo afirmar, ademais, que o grande beneficiado pelas políticas de ação afirmativa não é aquele estudante que ingressou na universidade por meio das políticas de reserva de vagas, mas todo o meio acadêmico que terá a oportunidade de conviver com o diferente ou, nas palavras de Jürgen Habermas, conviver com o outro.

Também se disse:

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias. (BRASIL, 2012).

Destaca-se nos votos que igualdade/desigualdade foram referenciadas 301 vezes, enquanto a ideia de alteridade, 3 vezes. As duas ideias, alteridade e



igualdade não foram utilizadas conjuntamente para a criação de um sentido maior, do outro como um igual que há de ser reconhecido como tendo um direito básico de acesso àquilo que alguns outros já têm.

Da mesma forma, e com base em *ratio* similar, se considerou constitucional o sistema de cotas em universidades para alunos de escolas públicas no Recurso Especial n. 597.285/RS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 9/5/2012 (BRASIL, 2012), bem como o sistema de cotas raciais em concursos públicos na Ação Direta de Constitucionalidade n. 41/DF. Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 8/6/2017 (BRASIL, 2017).

Na Ação Direta de Constitucionalidade nº 41/DF, o Ministro Roberto Barroso incluiu a alteridade como fundamento de sua decisão, colocando a alteridade e a igualdade em um mesmo contexto informativo:

Concluo o meu voto, Senhora Presidente: tenho para mim que se torna relevante observar, para efeito de conferir maior eficácia e preponderância à norma mais favorável à pessoa negra, os vetores que atribuem plena legitimidade à legislação em causa (Lei nº 12.990/2014), destacando-se, em tal contexto, como **elementos fundamentais viabilizadores do reconhecimento da diversidade humana, os princípios referentes (1) à dignidade das pessoas, (2) à igualdade entre elas, (3) à sua autonomia individual, (4) à sua plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, (5) ao respeito pela alteridade, (6) à igualdade de oportunidades e (7) à busca da felicidade.** (BRASIL, 2017, grifo do autor).

No Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.732/DF, Relator Celso de Mello (BRASIL, 2014), a alteridade também é utilizada no mesmo contexto da igualdade, em caso em que se julgou constitucional a reserva de percentual de cargos e empregos públicos a pessoa portadora de deficiência. O voto se referiu à legitimidade dos mecanismos compensatórios, pelo respeito à alteridade, à diversidade humana e à igualdade de oportunidades.

## 9 CONCLUSÃO

A formulação da alteridade igualitária da pessoa humana, portanto, não é totalmente desconhecida da Suprema Corte. O conceito, contudo, carece ainda de ser definido e utilizado com força argumentativa, conforme sugerida neste trabalho.

Procurou-se demonstrar que é necessário, ainda, avanços, tanto na formulação de uma norma a partir do fato/valor abstrato da dignidade da pessoa humana. É necessária mesmo uma reformulação na decomposição do sentido do que se convencionou chamar de “dignidade da pessoa humana”, traduzindo-o em termos mais funcionais e integrados com o sistema jurídico e com as teorias de justiça. Propõe-se a adoção do postulado da “alteridade igualitária da pessoa” como meio de diminuir a vagueza, abstração e arbitrariedade atemporal e filosófica do termo utilizado para se referir à peculiar condição do ser humano em um sistema normativo, jurídico. O conceito integra-se ao modelo de produção normativa, facilitando a aplicação do postulado por meio de autorizações inseridas no próprio sistema jurídico, como no caso do sistema difuso de constitucionalidade, mas direcionando o julgador e legislador de forma a densificar o conceito de alteridade igualitária da pessoa.

### REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Basic Law for the Federal Republic of Germany**. Berlin: German Bundestag, 2018. Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>. Acesso em: 2 maio 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

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

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186-DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Decisão em: 26 abr. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 41-DF**. Relator: Min. Roberto Barroso. Decisão em: 8 jun. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=13375729>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial n. 597.285-RS**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Decisão em: 9 maio 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 32.732**. Relator: Min. Celso de Mello. Decisão em: 3 jun. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6400316>. Acesso em: 15 ago. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Princeton: Princeton University Press, 2006.

FINNIS, John. **Religion and Public Reasons**: Collected Essays. Oxford: Oxford University Press, 2011. v. 5. Disponível em: <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199580095.001.0001/acprof-9780199580095>. Acesso em: 2 maio 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro – estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 1997.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução: Débora Danowski. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora UNESR, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução: Manuela Pinto dos Santos, Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>. Acesso em: 1 maio 2019.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. *In*: LEAL, Fernando (org.). **Direito Privado em Perspectiva**: teoria, dogmática e economia. São Paulo: Malheiros, 2016.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. **A indecisão problemática da dignidade humana e seus reflexos nas relações de filiação**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Petrópolis: Vozes, 1997.

\_\_\_\_\_. **Otherwise than being or beyond essence**. Tradução: Alphonso Lingis. Pittsburgh: Springer-Science, 1991.

NEUSNER, Jacob; BRUCE, Chilton. **The Golden Rule**: The Ethics of Reciprocity in World Religions. Londres: Continuum, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard Press, 1999.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução: Mário Franco de Sousa. Lisboa: Ad Astra et Ultra, 2010. (Coleção Livros que Mudaram o Mundo).

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VECCHIO, Giorgio del. **Justice**: An Historical and Philosophical Essay. Nova York: Philosophical Library, 1982.

\_\_\_\_\_. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

WOOD, Allen W. **Kantian Ethics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

# COMPREENSÃO DA PROPRIEDADE E LIVRE INICIATIVA COMO DESDOBRAMENTO DA LIBERDADE NO SENTIDO DE APROXIMAÇÃO DA SOLIDARIDADE

Adriano Penha de Almeida<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema central do ensaio abrange registros de averiguação simultânea entre a primeira e a terceira dimensão dos direitos fundamentais, vislumbrados pelos desdobramentos dos direitos fundamentais da liberdade, ou seja, a propriedade e a livre iniciativa, compreendidas a partir de uma aproximação com o direito fundamental da solidariedade.

Desse modo, traçando breve panorama histórico, verificar-se-á o sentido clássico da propriedade e da livre iniciativa, como representantes típicos do direito fundamental de liberdade, para, então, desaguar nas positivações e na importância para a Constituição da República de 1988. Da mesma forma, será apontada a não suficiência desses entendimentos tradicionais para superarem os problemas contemporâneos, especialmente as graves crises sociais, muitas vezes, imprevisíveis.

Agregado a isso, e, a partir da perspectiva da liberdade inserida em um Estado Democrático de Direito, demonstrar-se-á a importância da solidariedade e seu papel na caminhada das organizações sociais e estatais. Sabe-se que a solidariedade serve de vetor interpretativo importante para a propriedade e a livre iniciativa, ainda mais em tempos pandêmicos. Reflete-se, nesse contexto, a importância de aplicar concomitantemente os direitos fundamentais da liberdade e da solidariedade.

Sendo assim, é possível encaminhar o estudo para um plano empírico, constatando que a posição sobre liberdade jurídica é conformada juntamente

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional (IMED); Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc).

com traços do direito fundamental da solidariedade, gerando, em uma democracia, sentidos fortalecedores do bem comum.

A metodologia utilizada no presente trabalho é de pesquisa bibliográfica e de aplicação do método dedutivo.

A hipótese que norteia este estudo diz respeito à verificação do plano normativo constitucional de espaço interpretativo, a fim de alcançar a aplicação concomitante a ser feita nos institutos da propriedade e da livre iniciativa dos direitos fundamentais da liberdade e da solidariedade, com densificação de significado para transpor momentos de graves crises sociais.

Os resultados da pesquisa demonstram que há coesão entre o âmbito normativo e o fático, possibilitando a aplicação de forma sincrônica dos direitos fundamentais da liberdade e da solidariedade, sem anular totalmente qualquer um deles, sendo, porém ainda invocados de modo cauteloso, sem um envolvimento claro de efetivação perante os institutos da propriedade e da livre iniciativa.

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE E SEUS DESDOBRAMENTOS: PROPRIEDADE E LIVRE INICIATIVA**

A designação do termo liberdade é multifacetada e complexa.

No presente ensaio será analisada a liberdade jurídica, estabelecida constitucionalmente por meio da densificação dos institutos da propriedade e da livre iniciativa, típicos do direito privado, bem como, do direito constitucional. Assim, segundo doutrina de Wilson Steinmetz (2004):

Na República Federativa do Brasil, também é possível fundamentar a tutela constitucional da autonomia privada. A afirmação dessa tutela resulta do argumento cujas *premissas* são o direito geral de liberdade (CF, art. 5º, *caput*), o princípio de livre iniciativa (CF, art. 1º,



IV e art. 170, *caput*), [...] o direito de propriedade (CF, art. 5º *caput* e XXII), [...] (STEINMETZ, 2004, p. 200).

A partir do reconhecimento do direito geral de liberdade, tratar-se-á desse tema sem a pretensão de exauri-lo, mas de ampliar seu significado e provê-lo de sentido prático. Nesse sentido, Robert Alexy ensina que o âmbito de aplicação tem uma extensão praticamente ilimitada. Sendo assim, é possível buscar compreensões referentes à liberdade jurídica com base na Constituição da República de 1988 para realizar um enlace métrico com a perspectiva da solidariedade, a qual também é prevista constitucionalmente.

Quanto à contextualização valorativa do termo liberdade, não se pode esquecer que o valor liberdade é distinto do direito geral de liberdade. Àquele remete às ideias iluministas, que despontam na metade do século XVIII, em grande parte da Europa, com o surgimento dos ideais racionais, como resultado de ataques dos regimes absolutistas para a obtenção da liberdade do indivíduo. Nesse período, tem início uma crítica ao Direito Romano, a partir da pauta das normas da razão científica, ademais de sistematizá-las para obter um conteúdo claro. Então, ocorre o efeito de despreendimento com o passado e apostas concretas no progresso: sedimenta-se o ideal de uma tarefa constitucional liberal de racionalizar e limitar o poder estatal para garantir a liberdade individual. Em termos valorativos, a premissa pode ser "[...] descrita de forma completa com o auxílio de enunciados que mencionem três coisas: a pessoa que não é livre; o obstáculo a que ela é submetida; e aquilo que esse obstáculo impede ou embaraça." (ALEXY, 2015, p. 220). E continua o autor: "Isso sugere que se conceba uma liberdade *específica* de uma pessoa como uma relação triádica, a *liberdade de uma pessoa* como a soma de suas liberdades específicas e a *liberdade de uma sociedade* como a soma das liberdades das pessoas que nela vivem." (ALEXY, 2015, p. 220).

As questões mencionadas pelo autor se tornam claras quando da concretização valorativa da liberdade, por meio dos institutos supramencionados, os quais denotam enunciados de liberdade de ações

ou de vontades, o que significa um viés voltado ao grau de liberdade das pessoas. Assinala-se que “A base do conceito de liberdade é constituída, portanto, por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.” (ALEXY, 2015, p. 220).

Assim, a esfera de liberdade, com a ordem jurídica originada na Revolução Francesa, mostra-se fundamental para um desenvolvimento econômico, com a posse e circulação dos bens. Assegura-se a liberdade ligada ao elemento patrimonial, componente do processo de construção da interação dos indivíduos. O elo liberdade e propriedade são os principais colaboradores da economia, orquestrados por teorias políticas do liberalismo e do Direito Natural, pressupondo uma averiguação dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Contextualmente, observa-se que as três dimensões ou gerações foram pensadas de modo classificatório por Karel Vasak, na aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem de 1979, em Strasbourg, de acordo com os valores da Revolução Francesa. Nesse sentido, pode-se também remeter à nova trilogia democrática da “segurança, diversidade e solidariedade ao invés da liberdade, igualdade e fraternidade.” (DENNINGER, 2003, p. 21-45).

Anteriormente aos fatos que culminaram com a Revolução Francesa, já havia sido delineada a base do papel estatal em um sistema capitalista e a feitura do mote filosófico de buscar grau de certeza após a transição com o feudalismo. A burguesia, então, toma o poder afirmando liberdade, igualdade e fraternidade. O poder político produz e sistematiza o direito, baseando-se em três pilares: a família, o trânsito jurídico para produção e circulação de mercadorias (contratos) e aos institutos da posse e da propriedade (FACHIN, 2003, p. 12-13; 26-27).

Essa consideração sobre liberdade torna-se nodal para transitar de modo desaparegado às fixações prévias de ações pelo Estado. No entanto,

antes é preciso compreender o espectro liberdade, calcado no direito privado, tendo representatividade no dispositivo constitucional no inciso II, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988.

Desse modo, as referências da liberdade vão se formando, principalmente na esfera jurídica, e uma dessas referências está voltada ao envolvimento de sentidos semânticos relacionados a espaços de decisão individual, livres da interferência estatal, possibilitando escolha de alternativas de comportamentos das pessoas.

Hodiernamente, a liberdade é um direito constitucional merecido e está ao lado de outros como: a vida, a propriedade, a igualdade e a segurança. Consiste em um critério originário do sistema jurídico, composto por princípios e regras, ordenados hierarquicamente. Assim, as garantias constitucionais<sup>2</sup> têm sua função ligada aos direitos individuais de liberdade. Nessa trilha, tem-se o papel estatal eminentemente negativo, no sentido de proteger os indivíduos, auferindo liberdades civis, pessoais e econômicas; visando abolir o exercício da autotutela. Convém lembrar que, constitucionalmente, desdobra-se uma identificação de liberdade positiva e liberdade negativa:

De acordo com o que foi até agora afirmado, a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa reside somente no fato de que, no caso da primeira, o objeto da liberdade é uma única ação, enquanto no caso da segunda, ele consiste em uma alternativa de ação. (ALEXY, 2015, p. 222).

Ocorre que, dessa forma, a liberdade inserida na democracia inexistente, devido à ausência de obstáculos às condutas de participação política. Ela é mais do que isso. O seu significado passa a existir a partir do momento em que é, de fato, concretizada. Nesse sentido, Robert Alexy registra: "Um tal conceito de liberdade democrática baseado na realidade é uma variante do conceito *positivo* de liberdade." (ALEXY, 2015, p. 225). Essa perspectiva

<sup>2</sup> O termo "garantia" confere significância a um direito subjetivo de caráter instrumental de modo comparativo aos outros direitos subjetivos que objetiva proteger. Como exemplo, garantias do habeas corpus, do mandado de segurança etc.

torna-se interessante quando a concepção de liberdade democrática se entrelaça com a de solidariedade.

Considerando-se a liberdade como valor e princípio, cabem distingui-los. A diferenciação feita por Robert Alexy, identifica: "Los principios son mandatos de um determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos em el nivel axiológico." (ALEXY, 2001, p. 141).

Na Constituição, são encontrados valores e princípios por meio de recepções expressas ou implícitas no texto constitucional. Sendo assim, os valores e princípios sobrelevam-se no que se refere ao conhecimento, à criação, à interpretação, à limitação, à integração e à aplicação do direito, principalmente nas atividades legislativa e judicante; auxiliam no desenvolvimento das diretrizes do ordenamento jurídico, sem esquecer que têm força normativa para a formação de um sistema harmônico constitucional e infraconstitucional.

Um dos fatores concretizadores da liberdade, no sistema jurídico brasileiro é a autonomia privada. Em relação a este tipo de autonomia é possível atribuir-lhe vários sentidos, do campo ético ao campo jurídico. Neste ensaio, prefere-se o segundo, em que faculta ao indivíduo autorregulamentar sua vida, traduzindo poder de determinação individual (STEINMETZ, 2004, p. 191). Torna-se, entretanto, complexo seu exercício pela responsabilidade decorrente de sua atuação no meio social. Segundo Heleno Tôrres, pode-se definir como "[...] poder conferido constitucionalmente aos particulares para que estes possam criar normas jurídicas, visando à constituição de situações jurídicas, fundando direitos subjetivos sobre bens disponíveis, sob tutela e garantia do Estado." (TÔRRES, 2003, p. 107). Dessa maneira, proporciona ao sujeito de direito o poder de posicionar-se com liberdade de atos e omissões, observando limites de ordem pública e da função social.

Com ensejo, a independência e liberdade deferidas a cada pessoa mostra-se tema correspondente à autonomia da vontade ligada com a

contratual. Nesse viés, reúnem-se institutos centrais do direito privado, como a livre iniciativa e a propriedade. E o direito ao pleno exercício da autonomia da vontade pode ser vislumbrado no art. 5º, incisos IV, IX, XIII, XV, XVII e XXIII, da Constituição da República de 1988. Tal autonomia é o nome da possibilidade de se elaborar o elemento nuclear sobre aquilo em que as normas incidem (suporte fático), condizente para tornar jurídicos atos humanos como a vontade (JUNIOR; NERY, 2009, p. 318). Mesmo assim, não se pode confundir “[...] *autonomia da vontade* [...], que respeita a correlação existente entre o querer do sujeito e a sua manifestação exterior (declaração, ato), com a *autonomia privada*, princípio de direito privado, [que é o] [...] o poder do sujeito de criar e submeter-se a regras particulares.” (JUNIOR; NERY, 2009, p. 529).

Diante de tais premissas, o direito fundamental da liberdade desdobra-se nos institutos da propriedade e da livre iniciativa ao possibilitar a autorregulação pela pessoa no exercício da sua individualidade. Esses institutos baseiam-se no raciocínio de que autonomia privada (princípio de direito privado), marca maior da autonomia da vontade, é um “problema de limites”, tendo tais limites que constituir um reflexo das normas jurídicas (STEINMETZ, 2004, p. 193-194). Mas, sem dúvida, ainda o elemento volitivo, ponto nevrálgico da autonomia da vontade, tem essência normativa.

Embasando-se no estudo das duas correntes, José Abreu Filho define o princípio da autonomia privada como “[...] os poderes que o ordenamento outorga ao indivíduo, permitindo-lhe a criação de normas vinculantes, de conteúdo negocial, capazes de provocar efeitos jurídicos pela prática de atos de diversas espécies.” (FILHO, 1997, p. 41). Nesse sentido, a livre iniciativa pode ser considerada um instrumento da autonomia privada e contemplado mais especificamente na autonomia da vontade, o que representa um exercício concreto da liberdade constitucionalizada.

Em sintonia, e concretizando a liberdade jurídica constitucional, o agente irá determinar as formas e os efeitos em que seus atos serão

conduzidos e realizados, nos limites proporcionados pelo direito, na sua característica limitadora e intervencionista. Dentre os efeitos elencados pela doutrina estão: constituição, modificação ou extinção das relações jurídicas. É essencial, portanto, que a liberdade seja vista como contraponto ao controle estatal, tendo como causa a proteção jurídica do particular, relacionada com a liberdade jurídica constitucionalmente assegurada.

Fixadas tais atribuições aos indivíduos, garante-se a livre iniciativa (previsto no art. 1º, inc. IV da Constituição da República de 1988), condição do direito de liberdade econômica ou de liberdade de empresa (fundamento no art. 170 da Constituição da República de 1988) (FILHO, 2007, p. 128). Assim, representando o aspecto jurídico puro do fenômeno jurídico-econômico da livre iniciativa, tem-se a autonomia privada. Por conta dessa função proibitiva que exerce sobre ações do Estado, o cidadão pode optar livremente por condutas negociais e de gestão de espaço. A liberdade jurídica constitucional por meio desse instituto é garantidora de segurança jurídica com relação às próprias escolhas das ações estatais.

Com essas invocações, independentemente da doutrina a que se queira filiar, a autorregulação de interesses particulares expressa a essência da autonomia privada, e também deixa perceptível que os efeitos da sua identificação prática somente são possíveis pela previsão constitucional do direito fundamental da liberdade. Daí toma forma um embate, *prima facie*, revelado entre o poder interventivo estatal e a autonomia privada, porquanto a composição da realidade social encontra-se cada vez mais complexa.

No mesmo sentido, nota-se que a liberdade estabelecida constitucionalmente é concretizada no instituto da propriedade. Este, classicamente compreende as faculdades de usar (*ius utendi*), gozar ou fruir (*ius fruendi*) e dispor (*ius disponendi*) de determinado bem. Originam-se dessas características o entendimento de que, a partir do momento que se busca a tutela jurisdicional para exercer uma atividade econômica, em

determinado bem titularizado por um sujeito, também está sob análise o exercício pleno daquelas faculdades.

Observa-se, então, a completa correspondência dessas características realizáveis no plano fático, com a livre iniciativa para o exercício da atividade econômica. Ou seja, propriedade e livre iniciativa estão intimamente ligadas em uma dinâmica social do exercício da liberdade. É a partir desse livre exercício, independente de qualquer imposição, que se alça a livre disposição e iniciativa de determinado bem e em determinado espaço.

Esse elemento patrimonial compõe o processo de construção da interação entre os indivíduos, ao compartilharem determinadas atividades (liberdade de trocas e livre disposição dos bens), com elemento central de interesses voltados ao patrimônio<sup>3</sup> e para garantir a circulação de bens. Paralelamente a isso, há o reconhecimento da pessoa dotada de dignidade, compreendendo os direitos de personalidade, que, não raramente, ficam em segundo plano na regulação da vida cotidiana de cada ser humano, assumindo maior magnitude a projeção econômica da personalidade.

A importância econômica da personalidade do indivíduo, banhada na liberdade jurídica, constitucionalmente garantida, é detectada em certas posições jurídicas quando as pessoas são instadas a reagir frente a um fato imprevisível, como na atualidade, a pandemia.

Exemplificando tal situação, observe-se a cidade de Milão, onde, no final do mês de fevereiro de 2020, foi instituída a campanha "Milão não para". A ideia era ressaltar e promover os resultados econômicos importantes para a dinâmica social. Sendo assim, o momento parecia propício à priorização do pleno exercício, voltado à concretização da liberdade jurídica

<sup>3</sup> "Num primeiro e mais amplo sentido, o patrimônio vem a ser, de acordo com a doutrina tradicional e ainda hoje a mais corrente, o conjunto das relações jurídicas (direitos e obrigações) com valor econômico, isto é, avaliável em dinheiro, de que é sujeito activo e passivo uma dada pessoa – singular ou coletiva (patrimônio global). Numa fórmula mais sintética, mas pouco explícita, podemos defini-lo como o resultado jurídico-econômico da actividade de uma pessoa (G. Moreira)." (ANDRADE, 2003, p. 205).

constitucional das faculdades de usar, fruir e dispor dos bens necessários, úteis e voluptuários dos cidadãos.

Todavia, posteriormente, frente aos fatos constatados, decorrentes da pandemia, a campanha sofreu com significativo juízo de arrependimento da população e gestores locais por conta da prevalência de outros valores sociais.<sup>4</sup>

O que quiseram fazer? Efetivar a fruição constitucional da liberdade jurídica voltada ao seu sentido econômico, possibilitando o gozo pleno dos institutos da propriedade e da livre iniciativa e, por conseguinte, da liberdade.

Segundo noticiário da época, a conduta da gestão pública obteve respaldo no sentido do termo liberdade em que "A ausência de obstáculos, restrições ou resistências constitui o cerne do conceito de liberdade. Cf. a definição clássica em Thomas Hobbes, *Leviathan*, II, 2 1 (p. 1 36): 'Liberdade [liberty or freedom] designa exatamente a ausência de oposição.'" (ALEXY, 2015, p. 219). Todavia, uma compreensão atual do direito de liberdade é contrária a essa perspectiva, pois se a totalidade das pessoas forem jurídica e absolutamente livres, chegar-se-ia a uma posição normativa, descrita em Thomas Hobbes, como estado de natureza.

Portanto, nessa situação torna-se claro que o elemento patrimonial se faz presente, atrelado a uma percepção de liberdade jurídica e ligado ao sistema de liberdade econômica, representando e descrevendo relações de trocas para assegurar trânsito patrimonial, dotado para certos pontos de vista, ainda vigentes e de maior importância. Em certos lugares, a participação social dos componentes da cidade era maciça, independente de ter sido identificado como local de alto risco acoplado, passível de causar infecções e doenças. Com a outorga do sistema jurídico de liberdade aos sujeitos, é possível verificar as questões do privar, do possuir

<sup>4</sup> Disponível em: <https://jovempan.com.br/noticias/mundo/prefeito-reconhece-erro-ao-apoiar-campanha-milao-nao-para.html> . Acesso em: 4 ago. 2020.



e do pertencer. Surge, então, a importância de sentido da relação jurídica<sup>5</sup> de apropriação, mesmo quando tomada pelo fator imprevisível da pandemia.

Essa posição prática, com base em uma interpretação jurídica sobre o direito de liberdade, possibilita obter o alicerce desse direito, ligado diretamente ao conceito de permissão, que pode ser descrito como a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido. A permissão jurídica alavanca o alcance da liberdade fática, tendo a conduta concreta como opção de exercer uma ação juridicamente livre: não incidência de deveres e proibições.

A qualificação de uma ação como permitida pode ocorrer por duas razões: ela pode basear-se em uma norma permissiva expressa ou ela pode ser fundamentada por meio da inexistência, no sistema jurídico, de normas mandatárias ou proibitivas no âmbito das quais se enquadrasse a ação ou a abstenção em questão. (ALEXY, 2015, p. 231).

No que se refere a esse assunto, continua o autor: “Permissões não seriam nada mais que a ausência de proibições. Direitos consistiriam apenas de deveres e proibições, os quais protegeriam a realização do que não é nem obrigatório, nem proibido.” (ALEXY, 2015, p. 231).

A lição sobre a liberdade jurídica, a partir de Robert Alexy, caminha para um direito atrelado à identificação prática e social, voltado à primeira dimensão dos direitos fundamentais. Essa questão traz à tona compreensões interpretativas tradicionais da propriedade e da livre iniciativa, pois classicamente ficam inseridos em uma liberdade quase que ilimitada para os particulares frente ao Estado. Cabe, então, delinear os balizamentos circundantes a isso por meio do direito constitucional de solidariedade.

Justificam-se tais delineamentos por que a liberdade encontra limite no sentido possível da norma jurídica, em momentos de graves crises sociais,

<sup>5</sup> “Pode-se defini-la como o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa a situação jurídica em que uma ou mais pessoas se encontram a respeito de bens ou interesses jurídicos.” (LOUREIRO, 2003, p. 44).

como na atual circunstância pandêmica, as formas de concretização da liberdade jurídica constitucional tornam-se mais complexas e proporcionam maior dificuldade para o intérprete. Isso não se resolve simplesmente por conceitos opostos e dúplices como lícito/ilícito, válido/inválido etc.

### **3 O DIREITO FUNDAMENTAL DA SOLIDARIEDADE COMO FATOR SIGNIFICANTE DE ATUALIZAÇÃO DO SENTIDO DA LIBERDADE**

A temática da solidariedade retorna como pauta principal na atualidade, considerando-se o momento de excepcionalidade mundial.

A partir do contexto, identificam-se significativos dados empíricos que trazem à tona uma meritória característica do ser humano: a solidariedade.

A solidariedade sempre esteve presente na história da humanidade, mesmo em momentos de barbáries consolidadas, como se pode observar a partir da ideia dos “Justos entre as Nações”, honraria destinada às pessoas que, com atos heroicos e com risco para as suas próprias seguranças, liberdades física, intelectual e profissional, salvaguardaram judeus perseguidos durante a segunda guerra mundial.

Portanto, constata-se que o indivíduo se mostra atuante em um dos momentos mais nefastos da história, comprovando a característica humanitária. Assim, verifica-se que a solidariedade está presente em contextos interpretativos de pensadores ligados às mais diversas correntes filosóficas, sociológicas, antropológicas e jurídicas.

Como exemplo, menciona-se: 1) Émile Durkheim define a tipologia da solidariedade entre mecânica e orgânica, sendo esse elemento necessário para a estabilidade social e a prevenção à anomia (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 628); 2) Jürgen Habermas coloca a solidariedade como uma das bases da legitimação do Estado democrático de direito, denotando a mesma, um caráter político (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 556-564); 3) André Comte-

Sponville, ao estudar a generosidade e a solidariedade, coloca esta como sendo o resultado de um agir com generosidade e como uma virtude política, pois pressupõe coesão e interdependência de uma comunidade de interesses com enfoque no agir para o todo (VALE; ALENCAR, 2008, p. 424); 4) Morin (2005, p. 36), em sua construção teórica sobre ética, ensina que a solidariedade alimenta a nossa responsabilidade com o mundo e o desenvolvimento da mesma é proporcionado por ações, interações e retroações no mundo exterior, sendo ela o cimento vital da complexidade humana. Denota-se que a noção de solidariedade não é nova.

Na época atual, a solidariedade se mostra como uma dádiva, tendo como elemento propulsor e fortalecedor a pandemia de Covid-19. Esse fato, indubitavelmente, gera a necessidade de novas reflexões para aprofundamento pragmático e interpretativo, tendo como visão o fenômeno social atual. Pela complexidade de significantes e significados trazidos pelo termo solidariedade, este ensaio não tem a pretensão de esgotar todas essas nuances, propondo-se, somente, seguir rumo ao que propicia aberturas explicativas a serem extraídas da Constituição da República de 1988.

A palavra solidariedade já aparece expressamente no inciso I, do art. 3º, no art. 40 e no §1º, do art. 74, todos da Constituição da República de 1988. Em que pese a identificação da mesma palavra, os sentidos semânticos não são coincidentes.<sup>6</sup> Em termos constitucionais, o desenvolvimento dar-se-á com base no inciso I, do art. 3º, da Constituição da República de 1988, o qual adota o termo solidariedade como integrante de um direito fundamental de terceira dimensão.

<sup>6</sup> Em decorrência, cumpre fazer a ressalva de que não temos o propósito de desenvolver o estudo em torno deste último sentido exposto do §1º, do art. 74, da Constituição da República de 1988. Este sentido denota relação quanto à responsabilidade e diz respeito à responsabilização pessoal da uma pessoa física ou jurídica por alguma conduta ou omissão de modo concomitante com outra pessoa. Faz-se a presente ressalva também quanto ao sistema da seguridade. Este, não será objeto de estudo neste ensaio, pois é cediço seu embasamento no princípio da solidariedade. Não será objeto de apreciação, portanto, o art. 40 da Constituição da República de 1988.

No que se refere à terceira dimensão, é oportuno lembrar o valor fraternidade, a qual pode ser interpretada como igual ou distinto da solidariedade. Esta aparece com ênfase no cenário jurídico a partir da construção teórica da terceira dimensão dos direitos fundamentais, abrindo caminho para a pauta dos direitos transindividuais.

O legado da solidariedade é erigido pela formação da própria terceira dimensão que não teve sua origem por meio de alguma revolução, mas sim pelo esforço diplomático dos países do dito "Terceiro Mundo" para que fossem incluídos na pauta internacional como novos direitos. O fato ocorreu no final do século XX, em razão da emersão do tom humanístico no mundo, tendo em vista a detecção dual entre as mencionadas nações desenvolvidas e subdesenvolvidas.

Apesar de não haver uma rígida linearidade temporal em relação ao surgimento dos Direitos Humanos, é possível identificar o período da inserção dos mesmos após a Segunda Guerra Mundial, com características difusas e carácter humanista e universal, dotando de importância a sociedade como um todo, destinatário todo gênero humano, presente e futuro.

Cumprir observar que os direitos fundamentais, normas elencadas no âmbito da ordem jurídica nacional como resultantes dos plexos dos direitos humanos, não podem ser vislumbrados isoladamente na sequência histórica, uma vez que todas as compreensões referentes às dimensões encontram-se em processo constante de formação e reconstrução, depreendendo-se, dessa maneira, que uma dimensão não substitui a outra. Atualmente, merecem ser constatados, de modo cumulativo, sem uma caracterização de sucessão (ROBLES, 2005, p. 7).

O mesmo pressuposto é aplicado com relação à qualidade desses direitos, pois os direitos fundamentais de liberdade e solidariedade consolidam-se em uma mesma realidade dinâmica, não sendo dependentes de uma perspectiva de evolução linear, demonstrando, assim, que uma dimensão não tem maior importância do que a outra. Como ensina Bonavides,

os direitos podem e devem ser apreendidos pelas pessoas nas suas múltiplas dimensões, tendo eles oscilações dialéticas que merecem respeito por seus estudiosos (BONAVIDES, 2000, p. 517). Dessa forma, têm características que os identificam como indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, não sustentando a ideia de compartimentalização, em especial pela condução empírica desses direitos fundamentais. Devido a isso, para alguns indivíduos, resulta ultrapassada e inadequada, atualmente, a tese das dimensões, ao constatarem sua própria defasagem para compreender de modo integral a complexidade da formação social e histórica dos direitos.

Portanto, compartilha-se o entendimento de que uma dimensão nova não elimina as antigas, sendo que a nova dimensão não se resume apenas no sentido de simples somatório de direitos com relação ao consolidado na dimensão anterior, pois as novas dimensões têm a função primordial de redefinir interpretativamente e em termos de conteúdo o estabelecido nas dimensões anteriores. Assim, há necessidade de se buscar uma métrica, a qual consolide, concomitantemente, todas as dimensões desses direitos humanos refletidos nacionalmente como direitos fundamentais (FERNANDES, 2017, p. 329-330).

Nessas dimensões, podem ser identificados os padrões dos atuais estatutos constitucionais: direitos individuais e políticos, no Estado Liberal; direitos sociais, econômicos e culturais, no Estado Social; e direitos difusos, no Estado Democrático de Direito. A partir disso, é indissociável que o Estado Democrático de Direito, elegido pela Constituição da República de 1988, busque potencializar a marcha civilizatória pelos direitos destinados à humanidade.

Hodiernamente, isso ganha mais força ainda, em momentos sociais críticos, como o que resulta da pandemia por Covid-19. É importante observar que a movimentação social, impactada negativamente com uma situação grave, pautada tão somente pela visão restrita de uma dimensão de direito fundamental, não retoma tão facilmente o curso histórico.

Nessa conjuntura, os direitos transindividuais proporcionam um caminhar mais seguro para a sociedade, pois quando considerados, tornam a situação menos traumática. Dessa forma, os impactos sociais e individuais negativos são minimizados. A explicação disso é que a transindividualidade designa o envolvimento, ao mesmo tempo, de titularizações individuais e coletivas dos direitos. Entre esses direitos encontram-se a autodeterminação dos povos, o progresso ou desenvolvimento, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, entre outros.

Observa-se, então, que esses direitos estão atrelados a uma gestão social humana com características concomitantes de afetação individual e coletiva. Ou seja, a promover o ser humano, em termos de qualidade e alcance de bens materiais e imateriais, não ficando restrito tão somente à proteção dos direitos de cada indivíduo, com enfoque individual. Quanto à terceira dimensão, a ideia desse ensinamento informa que é inócuo cada ser humano, individualmente, ter seu direito protegido, pois partindo do pressuposto da existência da proteção de direito individual, frente à existência de direitos coletivos, verifica-se que estes, se violados, ocasionarão a inviabilidade dos demais direitos.

Como exemplo, torna-se possível a construção teórica conciliadora entre liberdade e solidariedade ou direitos de fraternidade, pressupostos por máxima solidariedade, com grau menor ou maior de liberdade. Assim, a sociedade civil, e não somente a sociedade política, pode ser vista como portadora de um papel de vital importância na dinâmica das pessoas. Nesse sentido, a sociedade política é entendida como o Estado e suas instituições, e a sociedade civil vista como os administrados, o mercado econômico, as empresas, o terceiro setor etc. A importância da organização social é tocada, então, pela concepção do Constitucionalismo Humanístico e Social, o que porta um mote inclusivo e centrado na pessoa humana, dotada de bem-estar individual e social, sendo contemplada, entre outros, com segurança,

inviolabilidade física/psíquica e valorização do trabalho (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 26-29).

A elaboração do Constitucionalismo Humanístico e Social está posto, atualmente, por meio do vetor constitucional estabelecido no inciso I, do art. 3º, da Constituição da República de 1988. Nesse item encontra-se a solidariedade em sua modalidade humanística, a fonte da compreensão do direito. Mas não só, pois solidariedade também é vista como um dever, implicando a participação na vida pública. Assim, o que para os franceses designa fraternidade, pode ser identificado como direito e dever de corresponsabilidade pela causa do bem comum, o que implica participação na vida pública (FREITAS, 2020, p. 3).

O entendimento da solidariedade como dever está em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, identificado quando fala em direito fundamental ao meio ambiente e, inclusive, é relacionado ao direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. No que se refere a esta temática, constata-se que se encontra inserida na terceira dimensão e engloba todo gênero humano. A partir do momento que envolve todo gênero humano, gera-se um espectro de dever, no sentido de ser incumbência do Estado e da própria coletividade a obrigação de defender e preservar um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cabe, então, pontuar o papel da solidariedade, tão bem alocada nesse direito. A solidariedade, então, tem a missão de facultar uma perspectiva que beneficie, com esse direito, as atuais e futuras gerações. Caso houvesse a exclusão de efeitos do signo solidariedade no contexto do entendimento desse direito, de uma forma ou de outra, seria mitigado ou até corroído completamente o sentido extensivo disso para a presente e, principalmente, para as futuras gerações: a titularidade coletiva e o caráter transindividual estariam comprometidos.

Desse modo, a norma referente à solidariedade não se limita somente a emanar efeitos como direito, emana também efeitos como dever. Como

exemplo tem-se a obrigação de proteção ambiental que afeta a toda coletividade, englobando particulares e Estado. Sarlet ensina:

[...] a existência de deveres conexos a direitos (deveres-direitos-deveres, a depender da ênfase) como bem lembra Canotilho, não afasta a circunstância de que os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional autônoma, especialmente por não poderem ser confundidos com as restrições e limitações de direitos fundamentais, ainda que possam servir de justificativa constitucional para eventuais limitações ou restrições. (SARLET, 2011, p. 228-229).

Diante disso, todos têm deveres decorrentes do exercício de direitos. A solidariedade, na sua faceta de dever, passa o entendimento de que o exercício dos direitos gera o dever constitucional de se enquadrar dentro de um convívio em harmonia e solidário, em atenção aos interesses da sociedade (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 68-75).

A solidariedade, entendida como “dever”, é aqui explicitada como um direito, a título exemplificativo, a fim de demonstrar o dever solidário social e estatal, que evita conflitos intergeracionais, A inexistência de conflitos intergeracionais, independentemente do campo de análise – se econômico, se cultural, se político, se social –, depende da observância da solidariedade como um dever. Em relação a esse dever, faz-se menção sobre dever de solidariedade, verificando-se Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3.540, originária do Distrito Federal, Brasil) (SARLET, 2007, p. 80).

Entende-se, então, a solidariedade como um direito-dever fundamental, com significativa carga de humanismo e universalidade, em que a pessoa é ao mesmo tempo titular e destinatária dos deveres de proteção. Assim, no inciso I, do art. 3º, da Constituição da República de 1988, está presente esse direito-dever fundamental de solidariedade, encontrando-se imbricado com força normativa da concepção de sociedade justa, a qual não esquece a erradicação da pobreza, da marginalização e da redução de desigualdades sociais.



Assim, a solidariedade também se faz atuante como um dos elementos essenciais na compreensão do Estado, adotado pela Constituição da República de 1988. Comprova-se o caráter humanístico da solidariedade, uma vez que emana efeitos em relação ao Estado e aos particulares, tanto em termos de direito, como em termos de deveres, auxiliando significativamente no estabelecimento de uma solidariedade que não somente se volta ao outro, mas a todos.

Portanto, além de alcançar a propriedade e a livre iniciativa, também toca a acessibilidade dos serviços públicos de saúde, como sistema universal, sendo os entes da Federação solidariamente responsáveis. Traços de solidariedade são encontrados quando a norma infraconstitucional menciona “sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (artigo 7º, inciso IV, da Lei número 8.080/90).

Ainda há solidariedade no desdobramento do direito à educação, sendo este direito movido por instituições públicas e privadas de ensino, sendo iluminado pelos princípios da liberdade, igualdade e solidariedade humana, com preparo para o exercício da cidadania (art. 2º da Lei Federal n. 9.394/1996).

Por essa conceituação normativa constitucional, pode-se divisar um canal de efetivação de direitos existenciais básicos por meio da distribuição proporcional dos benefícios e encargos. Dessa forma, o padrão do direito fundamental de solidariedade orbita em um padrão de estima social.

Assim, a importância da solidariedade não merece ser depreciada no campo normativo, especialmente quando se refere ao exercício do direito de propriedade e livre iniciativa em tempos de constatações imprevisíveis. Nesse sentido, cabe lembrar Jurgen Habermas, que ensina sobre o denominado patriotismo constitucional, de onde pode ser extraída a ideia universalista comprometida com os princípios do Estado Democrático de Direito, como desdobramento conciliado com

a identidade<sup>7</sup> política coletiva. Os compromissos básicos são com os princípios constitucionais democráticos e liberais a ponto de respaldarem fortemente uma integração humana e asseguarção da solidariedade (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 554-562).

Comprova-se, então, que o envolvimento humano no sentido de evoluir com alcance de fruição, concomitante aos direitos elencados em todas as dimensões, está umbilicalmente ligado à solidariedade. Conseqüentemente, a solidariedade, com relação ao reconhecimento do outro, promovendo-o, intensifica o alcance da dignidade humana. Além disso, também forma uma comunidade valorativa, solidária, por meio da autocompreensão cultural de uma sociedade que determina critérios pelos quais orienta a estima social das pessoas.

Vê-se, pois que a solidariedade extraída do inciso I, do art. 3º, da Constituição da República de 1988, está muito além de valores adotados constitucionalmente, são normas jurídicas estruturantes de uma sociedade livre, justa e solidária, apresentando ainda um fim a ser buscado (e não por qual meio). Nota-se uma proposição normativa de direitos humanos com alcance empírico, compositor da força normativa da solidariedade (MENDES; BRANCO, 2018, p. 106-107).

Do passado para o futuro, a solidariedade encontra-se presente na compreensão jurídica das ordens constitucionais, por isso não fica limitada tão somente a um programa de ação social e estatal. José Roberto Dromi, instituidor do termo "constitucionalismo do futuro", propõe um balanceamento entre aspectos do constitucionalismo moderno e excessos identificados no constitucionalismo contemporâneo. É que, entre os valores fundantes das constituições do futuro, encontra-se a solidariedade, entre outros: a verdade, a continuidade, a participação, a integração e a universalização. Na

<sup>7</sup> A identidade aparece como um dos temas centrais para construção da ideia de formação e aprimoramento de uma determinada comunidade, sociedade ou, modernamente falando, Estado. "Identidade: ideia de 'nós e outros' (alteridade), noção de pertencimento. Aquilo que, por exemplo, me permite afirmar que sou cidadão de Esparta e não de Atenas." (FERNANDES, 2017, p. 30).

constituição do futuro há uma nova ideia de isonomia, com o elemento da solidariedade entre os povos, com atribuição de dignidade ao ser humano e a justiça social<sup>8</sup> (DROMI, 1997, p. 107-116).

A partir desse direito fundamental, o reconhecimento das pessoas não fica circunscrito ao grupo que detém uma hegemonia política ou econômica com destaque social ou preponderante sobre os demais. A solidariedade exerce a sua função normativa e social quando as pessoas que não seguem os valores protagonistas são contempladas pela estima da sociedade e das instituições, recebendo dignificações.

A imbricação constitucional entre solidariedade e liberdade potencializa a racionalidade transversal, vista como a via do diálogo construtivo com a própria ordem jurídica. Cumpre ressaltar aqui que Marcelo Neves alerta sobre os problemas transconstitucionais cada vez mais preponderantes, sendo atualmente demonstrados pela pandemia, cuja característica é nitidamente notada, devido aos inúmeros problemas resultantes. Podem-se enumerar alguns, como faltas de equipamentos médicos e medicamentos necessários em mais de um país, gerando intervenções estatais questionáveis de apropriação, inclusive afrontando o direito à solidariedade, também reconhecido internacionalmente. É o que Marcelo Neves explica:

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou última *ratio*. Rejeita tanto o estatismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de "pontes de transição", da promoção de "conversações constitucionais" entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema "monismo/pluralismo". A pluralidade de ordens jurídicas implica na perspectiva do transconstitucionalismo, a

<sup>8</sup> Entre outros valores desenhados para as constituições do futuro com nítida ligação aos já presentes direitos humanos são mencionados: consenso; participação; continuidade; integração e universalização.

relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstruem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade. (NEVES, 2014, p. 208).

Cabe primar pela ideia de que o diferente é necessário, uma vez que todos têm o mesmo direito e liberdade, oportunizando existência e desenvolvimento no ambiente social (NEVES, 2014, p. 227). Mesmo assim, o patamar de concretização do direito da solidariedade é variável, porque a própria concepção normativa da solidariedade não é ilesa de polêmicas. Ainda, as problemáticas podem ser levantadas no plano jurídico para sua efetivação, tendo em vista a comumente operacionalização do direito a partir de uma concepção estritamente individual.

A concomitância da liberdade e da solidariedade pode ocasionar um ponto de equilíbrio, e esta última não tem o tradicional viés que envolve, principalmente, a figura central do homem "indivíduo" como titular único do direito. Os seus efeitos refletem-se aos grupos humanos, não tendo mais uma titularidade individual, mas sim transindividual, coletiva ou difusa.

Assim, mesmo com essas problematizações advindas da pandemia pelo vírus Covid-19, identificam-se, concretamente, incidências da solidariedade, especialmente quando Estado e sociedade são instados a adotar, de modo rápido, medidas sanitárias e econômicas para preservar a vida, a saúde e a integridade pessoal da população.

Nesse meandro, nota-se que o direito constitucional da solidariedade possui densidade jurídica, podendo, inclusive, flexibilizar a legalidade, fazendo papel de limitador das liberdades individuais, principalmente quanto à propriedade e à livre iniciativa. Torna-se viável, então, a compreensão das liberdades individuais como não absolutas por razão da solidariedade social. Dessa forma, a atual Constituição preocupa-se com princípios e objetivos

da sociedade civil, e não unicamente com o Estado, na sua estruturação do exercício de poder.

A manifestação do direito da solidariedade serve para dosar o direito geral de liberdade, propiciando a abertura de novas razões jurídica frente às alterações sociais. O mesmo incide sugestivamente sobre as liberdades de escolha as quais proporcionam forma e reconhecimento do direito de propriedade e a livre iniciativa. A partir disso, cabível se pensar em formulações extraídas constitucionalmente com base no direito geral de liberdade e no direito de solidariedade com maior funcionalidade.

Essa proposição possibilita utilizar o ponto de vista da liberdade em conformidade com sua inserção na democracia, baseada na realidade, que, faticamente, a autonomia privada permanece aproximada, interpretativamente, do direito de solidariedade.

#### **4 A DENSIFICAÇÃO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE E DA SOLIDARIEDADE: PROPOSIÇÕES EMPÍRICAS DE APROXIMAÇÃO DESSES DIREITOS**

As posições judiciais emanadas do Supremo Tribunal Federal são marcos importantes para a apuração de como esses direitos fundamentais são atualmente compreendidos. Por isso a Suprema Corte Pátria possibilita averiguar dados empíricos, os quais conduzem à verificação da eficácia dos direitos fundamentais da liberdade atrelado à solidariedade.

Essa apuração evidenciou maior proximidade entre uma interpretação constitucional da liberdade vinculada a um grau de solidariedade. Denota-se que as construções jurídicas desses direitos fundamentais potencializam vetores interpretativos condutores de soluções pragmáticas mais plausíveis para os problemas atuais enfrentados socialmente.

Cabe mencionar um primeiro julgado. Ele possibilita verificar que há um posicionamento da liberdade jurídica, constitucionalmente protegida, desapegada de um viés estritamente voltado à locomoção das pessoas. O destaque interpretativo indica que a falta da liberdade é também identificada como resultante da violação massificada de direitos básicos. O decaimento da liberdade, então, pode ocorrer por constrangimentos econômicos, e não só físicos. Nota-se uma transcendência do sentido da liberdade das pessoas a caminhar para a importância da significação dessa liberdade, efetivada a partir do momento que se valoriza a pessoa, tutelando sua dignidade, em contraponto a sua coisificação; a qual pode ser resultado do entendimento da liberdade restrita à ideia econômica (BRASIL, 2012).

Em um segundo julgado, estende-se o alcance eficaz da liberdade jurídica por meio de um "mínimo existencial", o qual é dotado de significado a partir do inciso I, do art. 3º, visando alcançar uma das prerrogativas concretizadoras da dignidade humana. Isso torna-se pressuposto elementar de acessibilidade da asseguaração de efetivação do direito geral de liberdade e a prestações positivas originárias do Estado (BRASIL, 2011).

Nota-se, nesses entendimentos, nítidos traçados da solidariedade. Para melhor compreensão, Fábio F. B. de Freitas, alocando os ensinamentos de Fábio Konder Comparato:

É preciso destacar o direito-dever da solidariedade, sobretudo num país como o nosso, pois comumente a palavra assume, entre nós, significados próximos à ideia de caridade, assistencialismo, boa vontade. No entanto, se aceitamos a premissa da igualdade na dignidade humana, a solidariedade deve ser entendida em várias acepções: 1) a coesão entre indivíduos e grupos é indispensável a manutenção do todo social, pois cada qual traz ao conjunto uma contribuição insubstituível; 2) os indivíduos ou grupos que se acham em situação de fraqueza, ou deficiência, devem ser amparados pelos outros. Todos têm igual direito a uma vida digna, sem privações do que é razoavelmente considerado essencial. (FREITAS, 2005, p. 280).

A aproximação desses entendimentos judiciais circundando sentidos do direito fundamental da solidariedade leva o encaminhamento de que a liberdade jurídica estabelecida constitucionalmente pode ter naquele um elemento legitimador.

Dessa forma, as noções concretizadas do direito fundamental da liberdade por meio dos entendimentos dos institutos da propriedade e da livre iniciativa não são mais as mesmas como o eram tradicionalmente. A partir dessas constatações empíricas, indicativas dos direitos fundamentais da solidariedade e da liberdade, verifica-se a lição de que esses são conformados interpretativamente por alterações externas e internas a partir de fatores sociais, econômicos e políticos.

Nesses exemplos práticos, também se identifica a noção da atribuição de segurança relacionada à própria solidariedade social. Cabe lembrar que, de modo palpável, esse reconhecimento não é instantâneo e incólume, existindo dificuldades nessa operacionalidade junto ao ordenamento jurídico, considerando, ademais, o momento humanitário grave que sucede no mundo, como um potencializador para que sejam acatados os direitos de forma respeitosa.

Por isso, o sentido da liberdade extraída da ideia tradicional de propriedade, sem o toque do direito fundamental da solidariedade, pode ser vista como exageradamente abstrata e não compatível com a ideia pluralista que o instituto deve trazer. Essa mescla, entre liberdade e solidariedade, possibilitada constitucionalmente, está mais apta a vincular-se às transformações do corpo social.

Assim, a revisão sobre a propriedade como eminentemente privatista<sup>9</sup> faz pensar em um pressuposto sobre a eficácia da solidariedade. Essa eficácia existe para garantir o privado, a partir do momento que pode

<sup>9</sup> “Nesse passo, a propriedade não mais representa um espaço de liberdade para o exercício de poderes reconhecidos ao seu titular, porém uma instituição social fundamental, responsável pela alocação dos recursos econômicos e pela estabilidade nas relações econômicas.” (RENTERÍA; DANTAS, 2006, p. 667).

direcioná-lo a uma conformação dos interesses sociais concomitantes aos interesses privados. Ou seja, ao invés de se desagregar o sentido desses dois direitos fundamentais, busca-se agregá-los por meio de um instituto de direito privado elencado constitucionalmente. Ocorre que minimizar a dicotomia entre liberdade e solidariedade torna-se mais apropriada para tocar as relações interpessoais como se apresentam atualmente no âmbito social e jurídico.<sup>10</sup>

Indubitavelmente que a inclusão do direito da propriedade privada, no texto constitucional, protege os cidadãos contra abuso do poder dominante, mas não representa somente isso. Nessa linha, a solidariedade vem agregar uma noção pluralista a esse desdobramento da liberdade jurídica por conta das mutabilidades das transformações sociais, sensibilidade à realidade e também para não ser perdido o contato real com a dinâmica das pessoas, em âmbito econômico e social.

A partir disso, o significado do direito fundamental da liberdade, concretizado no instituto da propriedade, não fica limitado à restrição de atuação de cada indivíduo. Essa restrição refere-se a que é instituída pelo merecimento do outro indivíduo, titular da propriedade e exercente da liberdade, que impõe uma barreira de atuação que diz respeito tão somente ao que “não se deve fazer”. Ocorre que a suficiência de conceber a liberdade estritamente em termos negativos às ações de terceiros não é mais dotada de completude para o momento contemporâneo, visto que as soluções dos problemas não são alcançadas tão somente a partir dessa concepção da liberdade.

Nessa toada, a completude passa pelo modo de operar a liberdade na propriedade com vistas à primazia da solidariedade, não mais ficando restrita a entendimentos de operacionalidade das faculdades advindas da

<sup>10</sup> “A intervenção estatal ainda foi expressiva naqueles casos em que a propriedade privada não era suplantada. O dirigismo estatal impunha-se então para assegurar que os agentes econômicos privados fizessem uso dos meios de produção conforme interesses da sociedade.” (RENTERÍA; DANTAS, 2006, p. 667).



propriedade, como simples proteção da ação de terceiros em determinado espaço territorial. Agora, torna-se necessária uma aplicação voltada ao desate de fatores imprevisíveis, como no período de pandemia.

Como exemplo da concretização da aplicação concomitante dos direitos fundamentais da solidariedade e da liberdade por meio do desdobramento desta, na propriedade, cabe citar: a limitação infligida para utilizar os espaços públicos urbanos, a fim de potencializar a saúde dos cidadãos, evitando novos contágios; a limitação de pessoas e de horários para transitar por determinado espaço territorial. Outro exemplo é a permissão de se usufruir determinado espaço privado para alocar centros de saúdes comunitários, voltados a minimizações dos efeitos da pandemia. Essas restrições e utilizações mostraram-se imprescindíveis em tempos imprevisíveis.

Dessa forma, cada indivíduo é a condição de liberdade do outro indivíduo por meio da vivência solidária, consciente no uso de seus bens a ponto de suprir as necessidades da convivência em tempos pandêmicos. Daí também advém que, sem os bens materiais e sem a conscientização dos problemas decorrentes de fatos sociais imprevisíveis, não é possível efetivar o direito fundamental da liberdade em uma sociedade.

Acrescentando outro aspecto que contrapõe a perspectiva da liberdade, compreendida por meio do entendimento clássico de propriedade, é o desinteresse sobre o uso da natureza, tomada como meio exclusivo das finalidades econômicas idealizadas no sistema econômico. A propriedade privada ilimitada, representativa de uma liberdade jurídica sem balizamentos, tornou-se uma das motivadoras dessa problemática.

Extraí-se a lição, por conseguinte, que o eixo de construção que o sistema jurídico deve projetar para a propriedade não seja tão somente de patamares relacionados a uma liberdade patrimonial, mas também que esteja direcionado à solidariedade, fator correspondente a outro direito fundamental. Tal atitude possibilita verificações e soluções relacionadas às

problemáticas atuais. Ou seja, o alcance protetivo dos direitos fundamentais pode ser repensado para um caminho de enfrentamento de superação de fatos sociais imprevisíveis em que a tutela da liberdade, por meio do instituto da propriedade, pode ser dosado por sobreposições do direito fundamental da solidariedade, a exemplo das restrições incidentes na propriedade quanto à saúde e à vida da coletividade.

A ponderação concreta do direito à vida e à saúde das pessoas, a partir da restrição ao instituto da propriedade, representa uma concomitância entre liberdade e solidariedade, em que o uso e fruição da propriedade não se efetivam de modo absoluto por conta de um balizamento solidário. Outro ponto, que também diz respeito à eficácia concomitante desses direitos fundamentais, refere-se à situação de um estabelecimento comercial que solicita exercer sua atividade comercial sem qualquer restrição imposta pelo poder público, com base no desdobramento da liberdade, por meio do direito à livre iniciativa. Todavia, em circunstância não prevista, como a da pandemia, o proprietário não consegue uma liberação plena, pois por conta da solidariedade, vê-se obrigado a garantir espaçamento entre os clientes e limitar o fluxo de pessoas dentro de sua área de liberdade.

Fica notório que a contemplação fática, nesses termos, molda os desdobramentos da liberdade a elementos concretos extraídos do direito fundamental da solidariedade, sendo isso justificado para certa realização social, voltada ao bem comum.

A pandemia, decorrente do Covid-19, alavancou novas normas de convivência, as quais, caso sejam observadas, minimizarão os impactos. Por conseguinte, nessas circunstâncias, pode-se exemplificar solidariedade como dever, na utilização da máscara de proteção. Isso porque o Outro, que está no mesmo ambiente, tem o direito à solidariedade, com a finalidade de proteção à saúde coletiva. Percebe-se, então, no gesto manifesto a ideia presente da solidariedade como direito-dever. Assim, o entendimento de solidariedade é expresso por meio de várias acepções, dentre as quais, o

reconhecimento de uma estima social comum entre os indivíduos e grupos, em determinado tempo, voltada para a manutenção do todo social.

Dessa forma, a avaliação concomitante da liberdade e da solidariedade indicam interesses concretos diversos sobre a propriedade e livre iniciativa, o que se justifica pelo grau de importância de satisfação do direito oposto; pois se nenhum fosse importante, não necessitaria tal ponderação. A solidariedade voltada à vida e à saúde dos cidadãos, inserida no âmbito do exercício da liberdade, representa uma nova prevalência de valores. Portanto, observa-se uma compatibilização entre o direito fundamental de primeira e terceira dimensão, em que nem um nem outro sobressaem de forma exclusiva.

Essa dosagem concomitante entre liberdade e solidariedade é potencializada em decorrência do problema da pandemia, pois são acoplados traços diferenciados /diferenciadores a essas noções, no momento em que se nota a colocação das relações patrimoniais em um plano secundário, para focar na saúde das pessoas.

A partir da pandemia, as necessidades fundamentais de cada pessoa ganharam proeminência fática, gerando incontáveis atos solidários, a fim de proporcionar conforto às pessoas em situação de vulnerabilidade. Nesse contexto, o grau de expressão desses direitos, que costumava ser menor, foi deslocado para o fluxo principal das pautas entre os cidadãos, o que antes não apresentava tanta magnitude. Vê-se, dessa forma, que, aos poucos, a liberdade jurídica é conformada por essas perspectivas.

O fenômeno de potencializar socialmente, em termos expressivos, as concepções solidárias dotam de relevância e protagonismo o ser humano e, ao mesmo tempo, demonstram que, às vezes, esses atributos da condição humana, concernentes à personalidade soam desenquadrados dos direitos subjetivos patrimoniais. Essas concepções jurídicas compreendem os direitos subjetivos atinentes ao desenvolvimento da personalidade. O indivíduo é colocado como ser coletivo, não tendo proeminência a liberdade

com exclusivo significado de interesse patrimonial como razão principal da segurança jurídica.

Dessa forma, os desdobramentos da liberdade, bem como a propriedade e a livre iniciativa não podem ser vistos somente atrelados ao direito fundamental da liberdade, cabendo também interpretá-los juntamente com o direito fundamental da solidariedade. O que implica ao intérprete trabalhar uma necessária hierarquização axiológica, resolvendo colisões. Essa resolução pode, muitas vezes, englobar somente a liberdade do proprietário ou, então, relativizar a liberdade proprietária, tal qual a relativização ocorrida em tempos de pandemia.

Isso se justifica porque a Constituição da República de 1988 é a diretriz normativa de hierarquia superior e possibilita uma interpretação conforme os direitos dali decorrentes. Nessa questão, inserem-se a liberdade propriamente e a solidariedade, direitos subjetivos dos cidadãos, atinentes à personalidade. Assim, a solidariedade, como direito circundante, serve de propiciador para que as pessoas usufruam plenamente as condições oferecidas pela personalidade.

Para tanto é necessário ter consciência histórica e compreender a importância da interpretação de acordo com a realidade, extraindo assim o significado e a finalidade da norma para o caso concreto. Portanto, a realidade jurídica e social, levando em conta as novas necessidades não restritas ao alcance da solução, tão somente pelo direito fundamental da liberdade, força uma nova construção do seu discurso, o qual pode ser atrelado ao direito fundamental da solidariedade.

A construção da liberdade democrática parece aproximar esses direitos fundamentais da liberdade e da solidariedade, pois aquela não irá significar tão somente um direito de defesa representado por um âmbito completamente livre de Estado e desconsideração do bem comum. Ao contrário, a liberdade contemplada na democracia também gera responsabilidades ao titular desse direito fundamental, a qual é exercida de maneira contextualizada

com participação ativa perante o todo – organizações sociais e estatais – gerando conformações e responsabilidades compartilhadas.

Então, em tempos de pandemia, é uma perspectiva jurídica constitucionalizada da liberdade, refletida em seus desdobramentos concretos, como a propriedade e a livre iniciativa, identificada e banhada juntamente com o direito constitucional de solidariedade, que possibilita uma visão diferenciada para incidência concomitante e dinâmica entre esses direitos fundamentais de primeira e terceira dimensão.

## 5 CONCLUSÃO

A motivação para o presente ensaio formou-se a partir da vivência do momento crítico atual de pandemia, quando se percebeu que o direito geral de liberdade estatuído, constitucionalmente, não pode ser vislumbrado de modo quase que ilimitado.

Dessa forma, entre outras proposições possíveis, torna-se viável balizar os institutos da propriedade e da livre iniciativa, como desdobramentos concretos do direito fundamental de liberdade, não tão somente com sentido nos direitos fundamentais de primeira dimensão, mas também ligados à terceira dimensão. Então, cabe a aproximação com os direitos fundamentais da liberdade e da solidariedade para conformar os institutos da propriedade e da livre iniciativa à atualidade.

Essa percepção é que torna possível a identificação da liberdade concretizada por meio dos julgamentos, com nítida aproximação de caracteres da solidariedade, como foi demonstrado nos exemplos sobre: a aplicação de limitações ao espaço da propriedade privada, mesmo sem o elemento da vontade do proprietário, para fortalecer o bem comum; suprir necessidades materiais das pessoas, em época de escassez, como ato solidário potencializador, assegurando à pessoa o acesso efetivo ao direito geral de liberdade; respaldar as pessoas necessitadas com doações para

que não sofram com constrangimentos econômicos e, assim, evitar um cerceamento da liberdade.

Demonstra-se o resultado alçado, indicando a importância de se caminhar entre os direitos fundamentais da solidariedade e da liberdade para fortalecer o significado da liberdade inserida na democracia. A questão explicitada acima auxilia na procura de rumos passíveis de serem adotados por instituições sociais e estatais, em momentos sociais críticos e imprevisíveis, fato que tem sido evidente no momento atual, que é o cultivo da solidariedade como valor de fundamental importância para uma autêntica integração social, inserida, de fato, na recuperação social. E cabe ser feito, sem que haja descuido dos direitos fundamentais das outras dimensões, especialmente a liberdade assegurada constitucionalmente.

Essa postura positiva de acolhimento ao Outro, refletir-se-á nos desdobramentos da liberdade, em especial no instituto da propriedade e da livre iniciativa, pois merecem estar aproximados ao direito fundamental de solidariedade como fato significativo de atualização daquele outro direito fundamental. Isso torna-se juridicamente possível a partir da aplicação concomitante dos direitos. E isso é empiricamente reconhecido nessa pandemia, que atingiu de modo imprevisível as pessoas em sua rotina de vida. Assim, as proposições empíricas de aproximação desses direitos são instrumentos potenciais para conduzir os problemas que surgirão em tempos pandêmicos a soluções pragmáticas.

Os dois direitos, quando tomados com seriedade pelo intérprete na sua aplicação, proporcionam o equilíbrio exigido pela democracia ao tratar com os projetos e concepções de vida de cada sujeito, olhando de modo substancial também para a comunidade em que o mesmo está inserido. Esses direitos fundamentais também são capazes de promover novas fórmulas para ser projetada a conscientização pessoal e coletiva do significado da liberdade inserida no Estado Democrático de Direito, o que faz rumar em contraponto

às concepções clássicas da propriedade e da livre iniciativa, ainda mais em momentos de graves crises sociais.

A liberdade e a solidariedade carecem de uma maior aproximação para fins interpretativos constitucionais, com a finalidade de uma sólida e mais intensa aplicação jurídica para uma maior utilização concomitante dos direitos de primeira e terceira dimensão.

Sabe-se que a liberdade e a solidariedade ainda possibilitam um caminho humanístico razoável, sem radicalismos, para, perpassando pelos planos normativos, amplamente reconhecidos em âmbito nacional, possam tornar mais claro esse percurso para superar a situação vivenciada.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 3540/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça**, p. 14, 3 fev. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094348&base=baseAcordaos>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). ARE 639.337 AgR. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 23 ago. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 set. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 3.412. Tribunal Pleno. Relatora: Min. Rosa Weber. Julgamento em: 29 mar. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 nov. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do Direito na Alta Modernidade: Incurções teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DENNINGER, Erhard. Segurança, diversidade e solidariedade, ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, [s. l.], n. 88, p. 21-45, dez. 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DROMI, José Roberto. La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del "por-venir". In: ENTERRIA, Eduardo Garcia de; ARÉVALO, Manuel Clavero (coord.). **El Derecho Público de Finales de Siglo: una Perspectiva Iberoamericana**. Madri: Fundación BBV, 1997. p. 107-116.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPOOIVM, 2017.



FILHO, José Abreu. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FREITAS, Fabio F. B. de. A questão democrática e os direitos humanos: encontros, desencontros e um caminho. *In*: TOSI, Giuseppe (org.). **Direitos Humanos: história, teoria e prática**. João Pessoa: Ed. Universitária, 2005.

FREITAS, Fábio. Democracia, igualdade, diferença e tolerância. **Enciclopédia Digital Direitos Humanos II da DHNET**. Disponível em: [www.dhnet.org.br/direitos/militantes/fabiofreitas/texto45.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/fabiofreitas/texto45.htm). Acesso em: 26 jul. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação – Série IDP. 2018.

MORIN, Edgar. **O Método VI: ética**. 2. ed. Tradução: Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Porto Alegre: Sulina, 2005.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, dez. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452014000300008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452014000300008&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 27 jul. 2020.

RENTERÍA, Pablo Valdemar; DANTAS, Marcus. Propriedade. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REVISTA DO INSTITUTO CULTURAL JUDAICO MARC CHAGALL. Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 19-31, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/webmosaica/article/view/22358/13032> . Acesso em: 21 jul. 2020.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução: Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Manole, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TÔRRES, Heleno. **Direito Tributário e Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VALE, Liana Gama do; ALENCAR, Heloisa Moulin de. Generosidade versus interesse próprio: juízos morais de crianças e adolescentes. **Psic.: Teor. e Pesq.**, Brasília, DF, v. 24, n. 4, p. 423-431, dez. 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722008000400005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722008000400005&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 26 jul. 2020.

# A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA DA PARTURIENTE: UMA BREVE ANÁLISE DA INCONSTITUCIONALIDADE DA “LEI DA CESÁREA”<sup>1</sup>

Ana Claudia Rockemback<sup>2</sup>

Natálie Vailatti<sup>3</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O projeto de lei nº 435, proposto pela deputada Janaína Paschoal (PSL), tinha como finalidade a garantia da parturiente em optar pela cesariana a partir de 39 semanas de gestação em hospitais públicos que atendem pelo Sistema Único de Saúde (SUS), bem como a analgesia, caso a gestante optasse pelo parto normal (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO – ALESP, 2019b).

O projeto tramitou em regime de urgência e foi aprovado na Assembleia Legislativa de São Paulo (ALESP), recebendo 58 votos a favor e 20 votos contra (ALESP, 2019b). Em 23 de agosto de 2019, o texto normativo foi sancionado pelo governador do Estado de São Paulo, João Dória (SÃO PAULO, 2019).

Em 26 de agosto de 2019, três dias após a lei ser sancionada, o deputado e presidente do PTB, Antônio Carlos Campos Machado, protocolou no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2188866-94.2019.8.26.0000, alegando a inobservância da competência

<sup>1</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) - Brasil - Código de Financiamento 001. Também foi realizado com apoio da Secretaria de Estado da Educação de Santa Catarina (SED) - Bolsa de Estudo UNIEDU/FUMDES - Chamada Pública nº 1423/SED/2019.

<sup>2</sup> Bacharela em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduanda em Processo Civil pela Escola Superior da Advocacia (ESA-OAB); Bolsista CAPES; acrockemback@gmail.com

<sup>3</sup> Especialista em Direito Público e Privado (Direito Material e Processual) pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bacharela em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil na Universidade do Oeste de Santa Catarina; natalievailatti@gmail.com

estadual em legislar sobre matéria de ordem federal, o aumento de despesa pública sem especificar de onde viria o recurso e a adoção de política pública que vai de encontro as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Agência Nacional de Saúde (ANS).

Antes da lei ser sancionada, o debate sobre a matéria proposta dividiu opiniões dentro e fora da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo devido ao Brasil ser o país com a segunda maior taxa de cesáreas do mundo. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a taxa recomendada de cesáreas deve oscilar entre 10% e 15%, porém o Brasil conta com uma taxa de 55% (WHO, 2018). Entretanto, a diferença entre as taxas de cesárea no setor público e privado é bem distinta: enquanto o SUS mantém a taxa 40% de cesarianas realizadas, o setor privado, por meio dos planos de saúde, chega a 84% (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA INFÂNCIA – UNICEF, 2017).

Com isso, o presente trabalho divide-se em três partes. No primeiro momento, a pesquisa propõe uma análise do projeto de lei a fim de identificar quais foram as justificativas utilizadas pela deputada Janaína Paschoal para a proposição da norma estadual. Posteriormente, se faz necessário uma breve introdução a respeito das primeiras leis que garantiram o direito à saúde e à saúde da mulher e do recém-nascido para compreender a evolução dos direitos da parturiente frente à legislação brasileira e a respectiva ligação entre a dignidade da pessoa humana e o direito à autonomia. E, por fim, o trabalho analisa a ADI nº 2188866-94.2019.8.26.0000 que requereu a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 17.137/19, que foi julgada procedente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, a orientar-se por uma abordagem metodológica, que confere aspectos analíticos e hermenêuticos na compreensão do suscitado projeto de lei e a posterior impugnação da lei sancionada pelo Governo do Estado de São Paulo, via Ação Direta de Inconstitucionalidade.

## 2 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE DA PARTURIENTE

O projeto de lei, idealizado pela deputada Janaína Paschoal, foi embasado no argumento de que existe uma “ditadura do parto normal” e que ela deve ser combatida, desta forma, o principal objetivo seria o de garantir autonomia das mulheres de baixa renda que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS), visto que a opção pela cesárea eletiva só é possível na rede privada e/ou pelo plano de saúde (ALESP, 2019b).

Segundo a presidente da Associação de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo (Sogesp), Rossana Pulcineli Vieira Francisco, a autonomia da mulher deve ser exercida durante o pré-natal, onde o profissional dispõe de tempo para explicar os riscos e os benefícios da cesárea eletiva (ASSOCIAÇÃO DE OBSTETRÍCIA E GINECOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – SOGESP, 2019).

Nessa esfera, a autonomia da vontade da parturiente torna-se um ponto de importante destaque, porém, é necessário primeiramente compreender a evolução dos direitos da parturiente e o direito à saúde frente à legislação brasileira.

Sob o governo de Getúlio Vargas, no período do Estado Novo (1937-1945), o Departamento Nacional da Criança (DNCR) foi o primeiro órgão criado para o cuidado da saúde materno-infantil no Brasil (NAGAHAMA; SANTIAGO, 2005, p. 652). Alguns anos mais tarde, com a criação do Ministério da Saúde (MS) em 1953, o direito à saúde passou a vigorar a partir das diretrizes estabelecidas com base nos direitos humanos, porém, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, apenas as pessoas com registro na Carteira de Trabalho e contribuintes do antigo INPS tinham preferência no atendimento à saúde (COSTA et al., 1997, p. 9).

Com a falta de assistência à saúde no país, um novo movimento social pautado na consciência coletiva iniciou em 1970. O chamado “Movimento de

Reforma Sanitária" procedeu-se com a proposta da democratização da saúde, que tinha por objetivo transformar o sistema vigente que não atendia as reais necessidades da população. Dessa forma, a reestruturação do setor público de saúde teve início, surgindo o Sistema Único de Saúde (SUS), consolidado por meio das novas diretrizes políticas instituídas pela Constituição Federal de 1988 (REDE NACIONAL DOS DIREITOS REPRODUTIVOS, 1997, p. 9).

Diante dos diversos desafios enfrentados para que a humanização no atendimento à mulher fosse garantida e todas as necessidades físicas, emocionais e psicológicas fossem supridas, o governo passou a adotar medidas básicas de modo que pudesse oferecer um serviço adequado. Diante disso, ao reconhecer a importância da ampliação do cuidado à saúde feminina, o Ministério da Saúde (MS), por meio do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), efetivou o direito à assistência integral da mulher. O Programa propôs a assistência nas demandas de saúde em todas as fases da vida da mulher, bem como no âmbito da gestação, que ofereceu serviços às parturientes que necessitavam de cuidados durante o pré-natal, parto e puerpério (REDE NACIONAL DOS DIREITOS REPRODUTIVOS, 1997, p. 11). Tal feito só foi possível após uma intensa pressão nacional e internacional para que houvesse, por parte dos países, um controle do crescimento populacional, além do apelo social por mudanças na política de saúde (NAGAHAMA; SANTIAGO, 2005, p. 654).

A "Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher" de 1979, recepcionada pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002, foi outro mecanismo utilizado para garantir medidas apropriadas de assistência à gestante, conforme previsto em seu art. 12.<sup>4</sup> (BRASIL, 2002).

<sup>4</sup> Art. 12. 1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar. 2. Sem prejuízo do disposto no Parágrafo 1º - os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim

Ademais, o direito à saúde está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º,<sup>5</sup> o qual elenca a saúde e a proteção à maternidade e à infância como um direito fundamental social, e o art. 196<sup>6</sup> e seguintes, que reconhece a saúde como um direito de todos e dever do Estado (BRASIL, 1988).

### 3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À AUTONOMIA

Abarcar a saúde como um direito humano é também conceber a dignidade de uma forma substancialmente necessária, que envolva não só a responsabilidade dos Estados em garantir o seu cumprimento, mas também do zelo individual e coletivo para mantê-la. No âmbito da saúde da mulher, o que se prevê é uma assistência que respeite as necessidades da parturiente, que valorize a sua autonomia, que proteja os direitos sexuais e reprodutivos, bem como as singularidades de cada uma. Conforme explana Corrêa, Alves e Jannuzzi (2015, p. 49),

Os direitos reprodutivos são essenciais para que as pessoas em geral exerçam seus direitos de autonomia e tenham acesso à saúde, incluindo-se o direito aos serviços integrais e de boa qualidade, com privacidade, ampla informação, livre escolha, confidencialidade e respeito.

Nesse aspecto, a autonomia referida aqui, originou-se do princípio fundamental do direito privado, denominado autonomia privada, previsto no ordenamento jurídico para suprir as demandas patrimoniais e contratuais da

---

for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância (BRASIL, 2002).

<sup>5</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL, 1988, grifo nosso).

<sup>6</sup> 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, 1988).

sociedade em maior extensão e nas relações pessoais em menor extensão (PINTO, 1999). Porém, dada a complexidade das relações humanas e existenciais, a autonomia estendeu-se às prerrogativas de escolha em um sentido mais amplo.

Sendo assim, o princípio da autonomia da vontade, extensão da autonomia privada, se constitui por meio do direito geral de liberdade, conforme previsto no caput do art. 5<sup>o</sup> da Constituição Federal de 1988, cujas premissas se fundamentam na autodeterminação da pessoa (STEINMETZ, 2004, p. 200).

Além disso, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1<sup>o</sup>, inciso III,<sup>8</sup> aborda a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República. Em seu objetivo e essência, a dignidade da pessoa humana compreende a vida como o valor intrínseco de qualquer ser humano, onde cada indivíduo é responsável por si, por seus objetivos e valores, tornando-a assim, o núcleo essencial dos direitos materialmente fundamentais (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 16).

A dignidade da pessoa humana, na esfera dos direitos individuais, se expressa na autonomia privada, que provém da igualdade e da liberdade das pessoas. Nesse âmbito, o indivíduo por meio da sua identidade e suas escolhas, tem o direito de não sofrer discriminação ao eleger seus projetos de vida e ao exercer sua autodeterminação individual (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 17).

Na esfera dos direitos políticos, o direito à participação do processo democrático é abarcado pela autonomia pública, que garante ao indivíduo a participação e a influência na vida política, não apenas pelo viés eleitoral,

<sup>7</sup> Art. 5<sup>o</sup>. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

<sup>8</sup> Art. 1<sup>o</sup>. 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 (BRASIL, 1988).



mas também por meio da estruturação social e do debate público, onde está assentada a democracia (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 17).

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é considerada o fundamento e a justificação final dos direitos fundamentais, que se promovem e se preservam em uma dimensão individual e outra social. Na individual, as escolhas e os comportamentos do sujeito de direito prevalecem. Na social, o papel do Estado e sua atuação são essenciais para a efetivação do direito de cada indivíduo. Além disso, a intervenção estatal é primordial para que o direito de cada um não se sobressaia ao direito do outro mediante comportamentos individuais (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 18). Conforme alude Steinmetz (2017, p. 38),

[...] na base dos direitos fundamentais estão presentes os valores da dignidade, liberdade e igualdade. Registre-se, porém, que as interpretações desses valores sempre estiveram e estão condicionadas por paradigmas jurídicos e políticos diferentes e injunções históricas e sociais cambiantes.

No sentido amplo, a dignidade como autonomia, em primeiro lugar, evidencia a autodeterminação do ser humano. Essa compreensão envolve o livre exercício da própria personalidade, o direito de decidir sobre a própria vida, o poder de realizar as escolhas morais e assumir a responsabilidade por toda e qualquer decisão tomada. Porém, em determinados casos, o Estado pode e deve se manifestar legitimamente em nome do interesse e do direito coletivo, uma vez que nem tudo depende das escolhas pessoais das pessoas. Contudo, a premissa da intervenção estatal não envolve as decisões sobre a vida de uma pessoa, como por exemplo, escolhas personalíssimas sobre religião, casamento, ocupações, entre outras, desde que estas não violem o direito de outrem (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 19).

Para que o ser humano possa desenvolver a autodeterminação, ele necessita das condições para o seu exercício. Apenas a garantia das livres escolhas não é suficiente se não houver meios apropriados para

que a liberdade seja de fato eficiente em termos reais. Nesse sentido, o mínimo existencial, que engloba a dimensão material da dignidade e a instrumentalização ao desempenho da autonomia, deve (ou deveria) assegurar as mínimas condições econômicas, psicofísicas e educacionais para que o ser humano possa concretizar os seus anseios de vida (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 19).

A universalidade é outro aspecto que compõe a dignidade como autonomia, uma vez que ela se impõe de forma universal a todas as pessoas, independentemente de quaisquer condições externas. O cunho ontológico da dignidade confere um caráter intrínseco e inerente ao ser humano, dessa forma, ela deve ser respeitada e promovida por todos sem distinção (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 19).

A noção da dignidade humana como liberdade/autonomia possui o caráter valorativo no âmbito da liberdade e dos direitos fundamentais, pois nela estão fundadas o pluralismo, a democracia e a diversidade de forma geral. Contudo, a dignidade como autonomia não é absoluta, tampouco incondicional. Nesse sentido, Barroso e Martel (2012, p. 21) mencionam que,

[...] o próprio pluralismo pressupõe, naturalmente, a convivência harmoniosa de projetos de vida divergentes, de direitos fundamentais que podem entrar em rota de colisão. Além disso, escolhas individuais podem produzir impactos não apenas sobre as relações intersubjetivas, mas também sobre o corpo social e, em certos casos, sobre a humanidade como um todo. Daí a necessidade de imposição de valores externos aos sujeitos.

Embora haja uma íntima ligação entre a dignidade e a ideia de liberdade/autonomia, alguns autores entendem que não deve haver uma comparação com a liberdade no sentido literal da palavra, ou seja, todas as ações que não priorizem a pessoa como um fim estão suscetíveis ao constrangimento. Um exemplo claro é a liberdade que o indivíduo tem para definir sobre as suas ocupações. Se alguém se submete, sob a ótica da autonomia, a um

contrato de prestação de serviços no qual ele é obrigado a exercer quaisquer atividades degradantes, pelo ponto de vista da liberdade, não há objeção alguma. Um contrato onde o indivíduo permite a sua escravidão seria válido pela perspectiva da liberdade, mas pela perspectiva da dignidade não. A questão é, em nome da liberdade, a dignidade não deve ser colocada em risco, premissa que parte do conceito da dignidade como heteronomia<sup>9</sup> (VILHENA, 2006, p. 67).

Com isso, o projeto de lei proposto pela deputada Janaína Paschoal induz que a opção pela escolha da cesárea se baseia na autonomia das mulheres, com a justificativa de que a PL teria o intuito de “preserva a vida, a saúde e a dignidade humana, importantíssimos direitos fundamentais”, porém, a realidade frente a uma cirurgia sem indicação médica pode ser desastrosa.

Conforme relatório publicado, em quinze anos o número de cesáreas duplicou, passando de 12% para 21% de 2000 a 2015, além de superar 40% em quinze países, quase todos da América Latina (OCCHI et al., 2018).

Estima-se que apenas 10% a 15% das cesáreas possuem necessária indicação, porém, de acordo com dados da OMS e Unicef, dos 169 países estudados, 60% deles estão acima dessa faixa, e apenas 20 % estão abaixo. Com isso, as altas taxas de cesariana estão associadas a um maior risco de morbidade e mortalidade perinatal em comparação com partos vaginais (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2015).

Com o aumento desenfreado de cesáreas em todo mundo e com o intuito de incentivar a diminuição das taxas, a OMS passou a indicar a cirurgia apenas para salvar a vida da mãe e da criança nos casos onde há complicações, sofrimento fetal, hemorragias ou posição anormal do bebê, além disso, a cirurgia pode apresentar uma recuperação mais demorada para a mãe, além de problemas no pós-operatório, incidindo a presença

<sup>9</sup> “Nessa acepção, a dignidade não é compreendida na perspectiva do indivíduo, mas como uma força externa a ele, tendo em conta os padrões civilizatórios vigentes e os ideais sociais do que seja uma vida boa.” (BARROSO; MARTEL, 2012).

de sequelas e morte materna neonatal, principalmente em locais com infraestrutura precarizada (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2015).

## 4 BREVE ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 435

Baseando-se no direito à autonomia da gestante que depende do Sistema Único de Saúde (SUS), a Deputada Estadual Janaína Paschoal (PSL) propôs em 10 de abril de 2019 o Projeto de Lei nº 435 que “garante à parturiente a possibilidade de optar pela cesariana, a partir de 39 (trinta e nove) semanas de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal.” (ALESP, 2019b).

Durante a tramitação do projeto de lei, que se deu em regime de urgência, vários órgãos manifestaram-se contra a matéria proposta. A contrariedade diz respeito ao grande número de cesáreas realizadas na América Latina, que corresponde 43% dos nascimentos, tornando a região com a maior taxa de cesáreas do mundo. Já o Brasil, é o segundo país que mais faz cesáreas no mundo, cirurgia esta que deveria ser realizada apenas em determinados casos e com indicação médica (BOERMA et al., 2018).

Nesse sentido, a Associação de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo (Sogesp), emitiu uma nota alegando a falta de embasamento científico e clareza do projeto referente ao argumento utilizado pela deputada Janaína Paschoal, que defende que a mortalidade materna e neonatal diminuiria caso a parturiente pudesse optar pela cesárea eletiva. A presidente da Sogesp, Rossana Pulcineli Vieira Francisco, afirmou, ainda, que o que está sendo apresentado no projeto de lei é que a mulher, ao optar pela cesárea, impediria a sua morte e a morte do seu filho, porém não existe nenhum fato que justifique tal alegação, uma vez que qualquer fatalidade no nascimento pode ser ocasionada em decorrência de uma má assistência médica e não pela falta de acesso à cesárea com indicação médica (SOGESP, 2019). Nas palavras da médica,

É sabido que o aumento de cesarianas está associado à placenta prévia, acretismo placentário, e, portanto, as hemorragias após o parto. Uma lei que aumenta taxas de cesarianas e, com isso, o risco de acretismo placentário e, conseqüentemente, de morte materna, sem análise mais profunda, não irá colaborar para a melhoria da saúde de nossas mulheres e pode ainda colocá-las em risco. Neste momento em que, temos um número inaceitável de morte materna no nosso Estado, as ações precisam ser voltadas para a redução da morte materna e não para o seu possível aumento. (SOGESP, 2019).

Nesse mesmo entendimento, a Defensoria Pública de São Paulo, por meio dos Núcleos Especializados de Proteção e Defesa dos Direitos das Mulheres (Nudem), Infância e Juventude (NEIJ) e Defesa da Diversidade e da Igualdade Racial (NUDDIR), emitiu um parecer assinado por profissionais da área da saúde contrariando o projeto de lei. A defensora pública Paula Sant'Anna Machado de Souza expõe que a cesariana é importante para salvar vidas, mas pensá-la como uma política pública não solucionará o problema da violência obstétrica. Segundo ela, as diretrizes da OMS e as normativas do Ministério da Saúde que embasam os benefícios do parto normal vão de encontro ao projeto de lei, uma vez que transformar uma cirurgia de grande porte, como é o caso da cesariana, em uma cirurgia a pedido no Sistema Único de Saúde (SUS), poderia aumentar o número de morte neonatal e morte materna (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2019).

Após a proposição do projeto, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp), recebeu, no dia 29 de abril de 2019, a deputada estadual Janaína Paschoal (PSL), que apresentou o conteúdo do PL aos diretores do Cremesp. O 1º secretário do órgão, Ângelo Vattimo, se manifestou favorável ao projeto de lei, porém com algumas ressalvas no que tange o seu aperfeiçoamento. Segundo ele, na rede privada o médico que acompanha a paciente desde o início da gestação tem como avaliar qual é a melhor via de parto. Na rede pública, não haveria estrutura cirúrgica para a efetiva

aplicação da lei (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREMESP, 2019).

Para Mário Antônio Martinez Filho, que é ginecologista e obstetra, e também conselheiro responsável pela Câmara Técnica de Ginecologia e Obstetrícia, a cesárea não garante um bom desfecho no processo de nascimento, pois é necessário diferenciar a situação da gestante que exauriu todas as formas de ter seu filho pelo parto normal daquela gestante que escolhe a cesárea ao entrar em trabalho de parto. Outros membros da Câmara Técnica expuseram os problemas que a rede pública enfrenta em relação à falta de anesthesiologistas e leitos, e dada essa realidade, se a maioria das gestantes optasse pela cesárea, o Sistema Único de Saúde (SUS) iria colapsar ou a lei não seria de fato cumprida (CREMESP, 2019).

Devido à urgência, a velocidade com que o projeto de lei foi tratado na casa abriu margem para críticas. A proposta, formulada em 10 de abril de 2019, foi aprovada em caráter de urgência e não teve tempo hábil para tramitar pelas comissões da Saúde e da Mulher, discussões estas de caráter primordial para todos os projetos propostos pelos parlamentares (ALESP, 2019a).

Dois meses após a proposição do projeto de lei, o mesmo já estava apto para ser votado em plenário. A votação que estava marcada para o dia 26 de junho de 2019 precisou ser adiada devido às emendas que foram apresentadas. Dessa forma os líderes dos partidos políticos concluíram que não haveria tempo hábil para as discussões antes do recesso parlamentar de julho, segundo a assessoria de imprensa da casa (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE HOSPITAIS PRIVADOS – ANAHP, 2019).

Após ser questionada a respeito da urgência na tramitação do projeto de lei, a deputada Janaína Paschoal afirmou que mulheres e bebês estão morrendo, e para ela, o projeto já poderia ter sido proposto outrora, porém como nenhum outro parlamentar o fez, agora como deputada finalmente teve oportunidade. Em uma entrevista concedida ao G1, a deputada expôs que,

Se você chega na maternidade com 40 semanas e fala que quer fazer cesariana, que está sentindo que o filho não está se mexendo, te fazem esperar 20 horas padecendo de dor sem anestesia porque o parto normal é protocolo. Esse projeto nasce do acompanhamento de situações concretas. Os bebês estão morrendo por asfixia, mulheres morrendo por alguma cesariana de emergência, há casos de paralisia cerebral. (G1, 2019).

Na mesma oportunidade, a parlamentar afirmou que o presidente da Assembleia instituiu um grupo onde cada deputado deveria escolher o projeto com mais relevância para ser priorizado, e, para ela, o projeto em questão era o mais urgente (G1, 2019).

Após a lei ser sancionada, o Plenário do Conselho Estadual de Saúde de São Paulo (CES/SP) em sua 291ª Reunião Ordinária, realizada no dia 30 de setembro de 2019, emitiu a Recomendação CES/SP de nº 6, de 03 de outubro de 2019, recomendando ao Governador do Estado de São Paulo, João Dória, a revogação integral da Lei nº 17.137 de 23 de agosto de 2019 e à Assembleia Legislativa de São Paulo a elaboração de um novo projeto de lei que estabelecesse o parto normal como regra, prevendo as recomendações da OMS e os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas comprovadas cientificamente (CONSELHO ESTADUAL DE SAÚDE DE SÃO PAULO – CES/SP, 2019).

A recomendação teve como fundamento as seguintes leis: Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS) e estabelece a saúde como um direito fundamental humano; a Lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011 que altera a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, e a Portaria SAS/MS nº 306 de 28 de março de 2016 que prevê o parto normal como regra e a cesárea como exceção, entre diversas outras considerações a respeito do tema (CES/SP, 2019).

## 5 ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 17.137/19

Após a lei estadual 17.137/19,<sup>10</sup> conhecida popularmente pela “Lei da Cesárea”, ter sido sancionada pelo Governador de São Paulo, onde garante à parturiente a possibilidade de optar pela cesariana a partir das 39 semanas de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal, o deputado e presidente do PTB, Antônio Carlos Campos Machado, protocolou no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2188866-94.2019.8.26.0000, alegando (i) a competência do Estado em legislar matéria de ordem federal; (ii) o aumento de despesa pública sem especificar de onde viria o recurso; (iii) e a adoção de política pública que vai de encontro as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Agência Nacional de Saúde (ANS) (SÃO PAULO, 2019).

No que tange aos pontos suscitados, o requerente da Ação Direta de Inconstitucionalidade expõe que compete concorrentemente à União e aos Estados legislar sobre saúde, conforme previsto no art. 24, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, com reserva à União a edição de normas gerais, e aos Estados a competência suplementar. Dessa forma, a matéria da referida lei trata de atuação diretiva dos integrantes do Sistema Único de Saúde quanto à conduta que envolve o procedimento cirúrgico. Sendo assim, a iniciativa para a propositura da lei é exclusiva do Chefe do Poder Executivo (SÃO PAULO, 2019).

<sup>10</sup> Artigo 1º. A parturiente tem direito à cesariana a pedido, devendo ser respeitada em sua autonomia.

§ 1º. A cesariana a pedido da parturiente só será realizada a partir de 39 (trinta e nove) semanas de gestação, após ter a parturiente sido conscientizada e informada acerca dos benefícios do parto normal e dos riscos de sucessivas cesarianas.

Artigo 2º. A parturiente que optar ter seu filho por parto normal, apresentando condições clínicas para tanto, também deverá ser respeitada em sua autonomia. Parágrafo único: Garante-se à parturiente o direito à analgesia, não farmacológica e farmacológica (SÃO PAULO, 2019).



O requerente alega, também, a violação do art. 25 da Constituição do Estado de São Paulo, onde cita que “nenhum projeto de lei que implique a criação ou o aumento de despesa pública será sancionado sem que dele conste a indicação dos recursos disponíveis, próprios para atender aos novos encargos.” (SÃO PAULO, 1989). A lei não trazia qualquer indicação de recursos que fundamentasse o aumento de despesas para contratação de médicos e anestesistas, caso a parturiente optasse pela via de parto cirúrgico ao invés do parto natural (SÃO PAULO, 2019).

Ademais, a ADI sustenta a inconstitucionalidade material por violação do art. 219, parágrafo único, “1” e art. 23, inciso II, “e”, da Constituição do Estado de São Paulo,<sup>11</sup> que assevera a competência do Sistema Único de Saúde em relação à identificação e o controle de fatores determinantes que envolvam a saúde individual e coletiva, especialmente a saúde da mulher (SÃO PAULO, 1989).

Além disso, o requerente argumenta que as evidências técnico-científicas enfatizam que disponibilizar a cesárea à parturiente sem indicação médica vai contra o que a norma constitucional preconiza nos artigos supracitados, onde prevê a “redução do risco de doenças e outros agravos”, uma vez que a escolha pela cesárea como via de nascimento torna-se uma alternativa mais crítica em comparação com o parto normal, colocando a mãe e o bebê em situação de maior risco (SÃO PAULO, 2020).

Outrossim, aduz também que devido a tramitação do projeto de lei ter se dado em regime de urgência, a manifestação das Comissões de Saúde e Defesa do Direito da Mulher foram frustradas. Além disso, diversos órgãos

<sup>11</sup> Artigo 219. A saúde é direito de todos e dever do Estado. Parágrafo único: Os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante: 1 - políticas sociais, econômicas e ambientais que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos; Artigo 223. Compete ao Sistema Único de Saúde, nos termos da lei, além de outras atribuições: II - a identificação e o controle dos fatores determinantes e condicionantes da saúde individual e coletiva, mediante, especialmente, ações referentes à: e) saúde da mulher (SÃO PAULO, 1989).

manifestaram contrariedade ao projeto, tais como a Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia do Estado de São Paulo, o Conselho Municipal de Saúde de São José dos Campos, o Conselho Municipal de Saúde do Município de São Carlos, o Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo e os Núcleos Especializados de Proteção e Defesa dos Direitos das Mulheres, Infância e Juventude e Defesa da Diversidade e da Igualdade Racial da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2020).

A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente em 1º de julho de 2020, declarando inconstitucional a Lei Estadual nº 17.137, de 23 de agosto de 2019, que garante à parturiente a possibilidade de optar pela cesariana a partir de 39 (trinta e nove) semanas de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal. O feito foi examinado com base na “adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.” (MORAES, 2012 apud SÃO PAULO, 2020).

Nesse sentido, os argumentos apresentados na ADI, julgado no Tribunal de Justiça, referem-se a eventual afronta à Constituição Estadual, denunciando a inobservância das regras de repartição das competências legislativas, admitindo-se, então, o controle de constitucionalidade de acordo com as normas previstas da Constituição Federal (SÃO PAULO, 2020).

O Supremo Tribunal Federal mantém o entendimento de que os Tribunais de Justiça devem se limitar ao exame da validade das leis estaduais e municipais que afrontem a Constituição do Estado, permanecendo o controle abstrato apenas ao STF, sendo a única Corte a utilizar como parâmetro a Constituição Federal.<sup>12</sup> Porém, nada obsta ao Tribunal de Justiça a utilização da norma federal como fundamento nas suas decisões, desde que se trate de norma de reprodução obrigatória pelos Estados-membros (SÃO PAULO, 2020).

<sup>12</sup> Art. 102, I e § 1º da CRFB/1988; Art. 1º, parágrafo único, I da Lei nº 9.882/99.

A Lei nº 17.137, objeto da ADI em questão, trata de matéria que versa sobre aspectos relacionados à saúde pública. Sendo assim, é necessário subsumir a matéria legislativa ao art. 24, inciso XII, da Constituição Federal de 1988,<sup>13</sup> o qual explicita a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal. Desse modo, o art. 24, §1º da Constituição Federal de 1988 enfatiza que a competência da União se limitará a estabelecer normas gerais; o § 2 delibera que a competência da União em legislar sobre normas gerais não afasta a competência suplementar dos Estados; e o § 3, que preconiza a competência legislativa plena dos Estados quando inexistir norma geral (SÃO PAULO, 2019; BRASIL, 1988).

Portanto, com base nos artigos constitucionais supracitados, a Lei nº 17.137 não aborda em seu texto qualquer argumento que justifique a edição de norma suplementar, sendo assim, a lei impugnada configura norma geral, onde sua edição pelo Estado só seria permitida caso não houvesse legislação federal. Porém, a legislação federal sobre a matéria já existe e está prevista na Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990<sup>14</sup> e na Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.<sup>15</sup> Além das leis federais citadas, a Lei Estadual nº 15.759, de 25 de março de 2015, assegura à gestante o direito ao parto humanizado nos estabelecimentos públicos do Estado, e disciplina aspectos gerais de assistência ao parto no âmbito normativo.

<sup>13</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde (BRASIL, 1988).

<sup>14</sup> Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Art. 1º. Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado (BRASIL, 1990).

<sup>15</sup> Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Art. 8º. É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. [...] § 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e a parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos (BRASIL, 1990).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto de Lei nº 435 proposto pela deputada Janaína Paschoal (PSL) na Assembleia Legislativa de São Paulo pretendia garantir à parturiente a possibilidade de optar pela cesariana a partir de 39 (trinta e nove) semanas de gestação, bem como a analgesia, caso a gestante optasse pelo parto normal. Aprovado na Alesp, o PL foi sancionado pelo Governador do Estado de São Paulo, tornando a Lei nº 17.137/2019 válida em todo o território estadual.

Logo após a sanção, a lei foi objeto de impugnação pelo deputado e presidente do PTB, Antônio Carlos Campos Machado, que argumentou que ao privilegiar a cirurgia de cesariana em detrimento do parto natural, a lei estadual invadiu a competência da União, que já havia tratado a matéria como norma geral.

O acórdão que julgou a Lei nº 17.137 inconstitucional, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2188866-94.2019.8.26.0000, apresentou fundamentação baseada no conflito de competências para legislar matéria de saúde pública, visto que na lei federal mais antiga, a cesariana pode e deve ser realizada com a indicação médica nos casos em que a via de nascimento cirúrgica é utilizada para salvar a mãe e o bebê, e na lei estadual, publicada recentemente, prevê a opção da parturiente pela cesariana eletiva, mesmo sem qualquer indicação médica.

Nas palavras do relator da ADI, Alex Zilenovski, “a tutela da saúde encontra-se no campo da ciência e não da mera volição emocional”, sendo assim, conforme os argumentos elencados na decisão, que foi seguida por unanimidade pelo colegiado, a lei estadual invadiu a esfera de competência da União ao versar sobre matéria já legislada no âmbito federal, restando afastada a competência legislativa plena do Estado de São Paulo para editar lei sobre saúde pública da mulher.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO – ALESP. **Alesp aprova projeto de lei que permite que grávidas optem pela cesariana ao invés do parto normal.** 2019a. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?15/08/2019/alesp-aprova-projeto-de-lei-que-permite-que-gravidas-optem-pela-cesariana-ao-inves-do-parto-normal>. Acesso em: 10 maio 2020.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO – ALESP. **Projeto de Lei n. 435/2019.** 2019b. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000262934>. Acesso em: 10 maio 2020.

ASSOCIAÇÃO DE OBSTETRÍCIA E GINECOLOGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – SOGESP. **Posicionamento da Sogesp em Relação ao PL 435/2019.** 2019. Disponível em: <https://www.sogesp.com.br/noticias/posicionamento-da-sogesp-em-relacao-ao-pl-4352019>. Acesso em: 13 jun. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE HOSPITAIS PRIVADOS – ANAHP. **Assembleia de SP adia para agosto votação de projeto polêmico que prevê cesárea sem indicação médica no SUS.** 2019. Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/noticias-do-mercado/assembleia-de-sp-adia-para-agosto-votacao-de-projeto-polemico-que-preve-cesarea-sem-indicacao-medica-no-sus/>. Acesso em: 19 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *In*: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (org.). **Bioética e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BOERMA, Ties *et al.* Global epidemiology of use of and disparities in caesarean sections. **The Lancet**, 2018. Disponível em: [https://www.thelancet.com/series/caesarean-section?utm\\_campaign=tlcsec18&utm\\_source=carousel](https://www.thelancet.com/series/caesarean-section?utm_campaign=tlcsec18&utm_source=carousel). Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm). Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <https://bityli.com/HD9kK>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <https://cutt.ly/odP3Un5>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CONSELHO ESTADUAL DE SAÚDE DE SÃO PAULO – CES/SP. **Recomendação CES/SN n. 6**, de 3 de outubro de 2019. 2019. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=16285&-tipo=RECOMENDA%C7%C3O&orgao=Conselho%20Estadual%20de%20Sa%FAde%20de%20S%E3o%20Paulo&numero=6&situacao=VIGENTE&data=03-10-2019&vide=sim>. Acesso em: 15 maio 2020.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO – CREMESP. **Projeto de lei sobre analgesia e parto cesárea é apresentado à Câmara Técnica de Ginecologia e Obstetrícia do Cremesp**. 2019. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Noticias&id=5359>. Acesso em: 14 maio 2020.

CORRÊA, Sonia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI, Paulo de Martino. **Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores**. 2015. Disponível em: <http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/livros/article/download/142/140>. Acesso em: 17 jun. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Parecer Técnico PL 435-19**. 2019. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/41/Documentos/PARECER%20T%C3%89C-%20PL%20435-19.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA INFÂNCIA – UNICEF. **Quem Espera, Espera**. 2017. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/media/3751/file/Quem\\_espera\\_espera.pdf](https://www.unicef.org/brazil/media/3751/file/Quem_espera_espera.pdf). Acesso em: 22 maio 2020.

DÓRIA diz que vai sancionar lei sobre cesárea no SUS aprovada pela Assembleia de SP. **G1**, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/08/15/doria-diz-que-vai-sancionar-lei-sobre-cesarea-no-sus-aprovada-pela-assembleia-de-sp.ghtml>. Acesso em: 18 jun. 2020.

NAGAHAMA, Elizabeth Eriko Shida; SANTIAGO, Sílvia Maria. A institucionalização médica do parto no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s. l.], v. 10, n. 3, p. 651-657, set. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232005000300021-&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232005000300021-&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt). Acesso em: 8 jun. 2020.

OCCHI, Gilberto Magalhães *et al.* Strategic measures to reduce the caesarean section rate in Brazil. **The Lancet**, 2018. Disponível em: [https://www.thelancet.com/series/caesarean-section?utm\\_campaign=tlcsec18&utm\\_source=carousel](https://www.thelancet.com/series/caesarean-section?utm_campaign=tlcsec18&utm_source=carousel). Acesso em: 20 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – OMS. **Declaração da OMS sobre Taxas de Cesáreas**. Human Reproduction Programme - HRP. 2015. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO\\_RHR\\_15.02\\_por.pdf;jsessionid=E901A72C7EE4E416B9C351832D-508ED5?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf;jsessionid=E901A72C7EE4E416B9C351832D-508ED5?sequence=3). Acesso em: 10 jul. 2020.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. 12. reimp. Coimbra: [s. n.], 1999.

REDE NACIONAL DOS DIREITOS REPRODUTIVOS. Saúde materna: componente essencial dos direitos reprodutivos. São Paulo: [s. n.], 1997. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/cartilha-saude-materna-rede-feminista>. Acesso em: 20 maio 2020.

SÃO PAULO. [Constituição Estadual (1989)]. Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989. **Diário Oficial Executivo**, São Paulo, SP, p. 1, 6 out. 1989. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em: 1 jul. 2020.

SÃO PAULO. Lei Estadual n. 17.137, de 23 de agosto de 2019. Garante à parturiente a possibilidade de optar pela cesariana, a partir de 39 (trinta e nove) semanas de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, p. 1, 23 ago. 2019. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/?id=191323>. Acesso em: 10 maio 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Acórdão n. 2020.0000497117. Relator: Alex Zilenovski. Proc. n. 2188866-94.2019.8.26.0000. Decisão em: 1 de julho de 2020. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bityli.com/6dEAC>. Acesso em: 12 jun. 2020.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson. **Direitos Fundamentais: Estudos Jurídicos Dogmáticos**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

VILHENA, Oscar Vieira. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Recommendations: intrapartum care for a positive childbirth experience**. Geneva, 2018. Licence: CC BY-NC-SA 3.0IGO. Cataloguing-in-Publication (CIP). Disponível em: <https://www.who.int/reproductivehealth/publications/intrapartum-care-guidelines/en/>. Acesso em: 30 jun. 2020.



# COLISÕES ENTRE OS DIREITOS À PROPRIEDADE E À MORADIA FRENTE AO INTERESSE ESTATAL DE TRIBUTAR

Ane Michelina Dalbosco Battirola<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente texto faz uma revisão bibliográfica sobre os aspectos a serem considerados na resolução de conflitos pelo Poder Judiciário por meio da utilização dos testes de proporcionalidade que servem de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens e interesses que se impõe quando esses envolvem a concessão ou não de um direito subjetivo individual ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva de direitos fundamentais (sociais) e interesses/bens constitucionalmente protegidos, uma vez que as normas que enunciam o direito à propriedade, à moradia e à tributação pelo Estado, consideradas abstratamente, possuem âmbitos de proteção diversos, mas no campo normativo convivem de forma harmônica.

A crise mais frequente se manifesta no caso concreto pelo fato de que a capacidade prestacional do Estado é insuficiente e se encontra vinculada ao limite fático da reserva do possível e do princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, os quais diretamente refletem a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Como qualquer outro direito fundamental, os direitos à propriedade e à moradia, embora possuam privilegiada posição normativa, não são absolutos. Os conflitos não raros ocorrem quando surge a necessidade de se garantir outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente

<sup>1</sup> Especialista em Direito Tributário e em Direito Constitucional; Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Auditora de Tributos; anebattirola@uol.com.br

protegidos de igual ou maior importância no caso concreto, provocando uma restrição específica em seu âmbito de proteção, porque essa medida não pode ser excessiva, tampouco desproporcional, e por isso há a necessidade de ser fartamente argumentada.

Na primeira parte do artigo, dado ao seu caráter interdisciplinar, se faz importante determinar o significado assumido pelo texto do núcleo essencial dos conceitos atinentes ao direito à propriedade, ao direito à moradia e também quanto à resignificação do conceito de função social, pelo fato de que enquanto princípio de ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma vida digna que atende à um mínimo existencial. Posteriormente se examinam quais as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (sem necessidade de regulamentação infraconstitucional), posto que os conflitos que surgem em decorrência das mais diversas interpretações dessas leis, assim como em decorrência da excessiva intervenção estatal ou ausência dela constituem focos de tensões jurídicas nos âmbitos sociais e econômicos que instabilizam relações jurídicas.

Considerando que o direito à moradia desfruta de dupla classificação ou caracterização quando impõe ao Estado prestações positivas e negativas, a segunda parte do texto apresenta a distinção entre ambas as dimensões, pois esse dever de proteção quando inter-relaciona o direito tributário aos direitos à propriedade e à moradia de forma direta, garante ao indivíduo ao mesmo tempo o direito a não intervenção excessiva do Estado e o direito à edição de atos normativos e ações destinadas a salvaguardar um mínimo eficaz à subsistência do indivíduo, exigindo, portanto, que o Estado não se omita e ao mesmo tempo não haja com excesso.

A terceira parte do texto tem por objetivo analisar a possibilidade de julgamento desses conflitos em casos concretos pelo Poder Judiciário dada a ocorrência da aparente transposição de planos de competência, para posteriormente adentrar na análise da colisão de princípios de ordem

material, pela compreensão da dupla face da proporcionalidade e a forma de aplicação de seus testes. Para a efetivação de direitos fundamentais, deve ocorrer o reconhecimento de seu valor constitucional por meio desse processo de aplicação da ponderação de bens e interesses a fim de sopesar os valores dos princípios envolvidos relacionados à propriedade, à liberdade, à igualdade, à vedação ao confisco, à capacidade contributiva, à vida digna e ao necessário financiamento estatal de programas de políticas públicas – função social.

Por fim, convém consignar que se renuncia qualquer pretensão de completude em face dos aspectos e questionamentos que o tema suscita, principalmente pelos limites impostos pelas dimensões deste texto. O propósito é o de contribuir, de alguma forma, para a discussão não apenas do reconhecimento de colisões entre os direitos à moradia, à propriedade e o interesse estatal de tributar, mas sobretudo da análise da competência judicial e da possibilidade do uso de alternativas que a ordem jurídica oferece para a superação desses problemas que a realidade impõe.

## **2 O DIREITO DE PROPRIEDADE, SUA FUNÇÃO SOCIAL E O DIREITO SOCIAL DE MORADIA**

Como sentimento inerente ao homem e fundamento último de toda a sociedade contemporânea, a propriedade afigura-se como o direito em torno do qual gravita toda a regulação jurídica do Direito das Coisas.

No Brasil, apenas com a Constituição Federal de 1934 se teve pela primeira vez a menção à restrição do direito de propriedade, superando seu conceito absolutista enquanto direito inviolável e sagrado.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Dispunha o art. 113, inc. 17, da Constituição de 1934, in verbis: “Art. 113 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante previa e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção interna, poderão as autoridades competentes

A CF/88, ao passo que garante o direito de propriedade, não fornece seu conceito, não define seus conteúdos e faculdades, tampouco os elementos indispensáveis à sua existência. Exceto em relação ao seu núcleo essencial (utilidade privada e poder de disposição), a existência de todo o conteúdo dinâmico relacionado ao direito de propriedade depende da participação do legislador ordinário a fim de que se acompanhem as mudanças sociais e tecnológicas, assim como que se imponham as restrições necessárias ao seu âmbito de proteção.

Com fundamentos encontrados tanto no direito público quanto no privado, portanto com caráter transdisciplinar, o conceito de direito de propriedade<sup>3</sup> tem cada vez mais deixado de ser considerado eminentemente privado e absoluto em decorrência de sua relativização frente à necessidade de reconhecimento de sua função social (a primeira e mais importante restrição, de ordem estrutural). Portanto, o reconhecimento dessa função transformou esse direito subjetivo, condicionando-o ao atendimento do interesse coletivo, o que fez com que o proprietário assumira uma gama de deveres além dos direitos que possui, migrando então para o roll das relações jurídicas complexas (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 208-209).

Previsto no art. 5º, inciso XXIII da CF/88,<sup>4</sup> esse princípio social causa uma restrição ao direito de propriedade, posto que o confina ao atendimento da sua função social. A lei, portanto, estabelece os critérios e graus de exigência para que se possa definir se essa função está sendo cumprida ou não, assim como as consequências que decorrem desse (des)cumprimento.

---

usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior (BRASIL, 1934).

<sup>3</sup> Levando-se em consideração que o desenvolvimento capitalista na era tecnológica alterou significativamente a base do direito de propriedade, a propriedade constitucional (CF/88) alcança qualquer crédito, corpóreo ou incorpóreo, sendo fração do capital que integra um patrimônio e que tem valor econômico (FARIAS; ROSENVALD, 2007b, p. 226). Contudo, neste artigo, com o intuito de aprofundar as reflexões acerca do significado de propriedade inter-relacionando-o com sua função de moradia dar-se-á o significado do termo relacionado ao direito de propriedade do bem imóvel.

<sup>4</sup> O princípio da função social da propriedade é reafirmado como princípio da ordem econômica e financeira (Art. 170, III, CRFB/1988) e permeia todo o texto dos dispositivos constitucionais referentes à política urbana (Arts. 182 e 183, CF/1988) e à política agrícola e fundiária (Arts. 184 a 191, CF/1988). Recebe o status de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV).

O princípio da predominância do interesse público sobre o interesse particular, portanto, deve ser utilizado de maneira racional e em prol do bem-estar da sociedade.<sup>5</sup> A função social não se relaciona somente com o uso da propriedade, mas altera alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o exercício desse direito.

Por uso da propriedade entende-se o modo com que são exercitados as faculdades ou poderes inerentes ao direito de propriedade, onde deve haver um pressuposto de confiança e recíproca e boa-fé (que se integram ao conceito de obrigação), com correspondência na observação da solidariedade social, compreendendo os direitos do proprietário e os deveres que lhe são impostos pela lei (ESPINOLA, 1956, p. 127-131).

Segundo Novelino (2012, p. 543), o arcabouço legal para as propriedades rurais determinam que, basicamente, os seguintes requisitos devem ser cumpridos simultaneamente para que se cumpra a função social: a) aproveitamento adequado e racional; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, conforme artigo 186 da CF/88.

Em relação à função social da propriedade urbana, esta é cumprida quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, de acordo com o artigo 182, §2º da CF/88 que também deve prezar pelo bem-estar de seus habitantes.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Pode-se verificar dissenso no tocante à conceituação da função social, pois há doutrinadores que entendem como mais uma limitação ao exercício do direito de propriedade, ao passo que outros a justificam como o próprio conteúdo do direito. Não se pode desconsiderar ainda a intenção de alguns doutrinadores em apresentar a "função social" como uma inspiração socialista, contestada por outros, vide Gomes (1978, p. 229): "[...] para os socialistas autênticos, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia pois mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalista. É que, legítima o fez ao configurar a atividade do produtor da riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece inatingível, assim como seus componentes estruturais."

<sup>6</sup> Instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, o plano diretor é obrigatório para cidades com mais de 20 (vinte) mil habitantes, de acordo com o artigo 182, §1º da CF/88.

Tendo em vista que busca corresponder ao interesse da coletividade, propõe a harmonização entre o poder do proprietário e o interesse social. Embora a função social esteja prevista entre os direitos individuais, seu conceito se ressignifica também pelo importante fato de que os princípios de ordem econômica têm por finalidade assegurar a todos uma existência digna, com justiça social.<sup>7</sup>

Segundo o art. 5º, § 1º da CF/88, as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata. Logo, tal cláusula não deve ficar circunscrita ao art. 5º, devendo ser interpretada de forma vinculativa a todos os demais direitos e garantias expostas no texto constitucional sob o enunciado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais.”<sup>8</sup>

Dito isso, entende-se que estas normas não necessitam de regulamentação infraconstitucional, pois sua efetividade não poderia ser comprometida por uma regra remissiva ou programática. Logo, é lícito ao prejudicado ou ao Estado, havendo resistência no caso em concreto – desobediência ao princípio, de ingressar pedindo a tutela jurisdicional (art. 5º, XXX, da CF/88), assim como a implementação dos instrumentos constantes no ordenamento jurídico para a delimitação do direito de propriedade.

O exercício desse direito, na verdade, sofre inúmeras limitações, a exemplo do direito de vizinhança, dos direitos reais sobre a coisa alheia e

<sup>7</sup> Para muitos doutrinadores, a exemplo de Santos (2007, p. 212) e Loureiro (2003, p. 142-163), a propriedade perde o seu âmbito de proteção, sua legitimidade jurídico-constitucional quando não cumpre sua função social, não podendo o proprietário arguir mais em seu favor esse direito individual.

<sup>8</sup> É preciso constar que há oscilações entre as diferentes concepções, alguns sustentando que a norma não pode atentar contra a natureza das coisas (os direitos fundamentais alcançam sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei), a exemplo de Ferreira Filho (1988, p. 29-35) e outros sustentando que até mesmo normas de cunho programático podem ensejar o gozo de direito subjetivo individual, devido à imediata aplicabilidade, independente da ação do legislador, a exemplos de Grau (1997, p. 322) e Ruschel (1993, p. 294-295). A doutrina pátria, contudo, não alcançou a consensualidade no que concerne à abrangência material da norma, ou seja, sobre a aplicação imediata de todas as normas definidoras de direitos fundamentais ou apenas às relacionadas expressamente no art. 5º da CF/88. Para Sarlet (2009-2010b, p. 24-28), sugerir uma exegese restritiva pela localização topográfica do dispositivo ou pela mera literalidade não parece adequado, pois mesmo se for interpretado teleológico ou sistematicamente, pode-se observar que o nosso Constituinte não traçou nenhuma distinção expressa entre os direitos de liberdade e os direitos sociais de cunho prestacional. Esta última é a posição adotada para a temática abordada nesse artigo.

do poder de polícia. Contudo, a noção negativa dessas restrições apenas atinge o exercício do direito, não sendo possível a comparação com o cumprimento da sua "função social". A existência de limitações ou restrições administrativas (poder de polícia, por exemplo) apenas impõe obrigações negativas ou quando muito um dever de suportar determinada ação. A função social da propriedade urbana atua com maior amplitude que essas limitações ou restrições, pois não apenas sistematiza procedimentos e determina o cumprimento sob pena de multas acessórias e tributárias impostas, mas exigem o desenvolvimento positivo.

Ainda, podem ser citadas restrições constitucionais indiretas, como a desapropriação (art. 5º, XXIV da CF/88) por exemplo, pela transferência compulsória da propriedade particular por determinação do poder público em caso de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social<sup>9</sup> (NOVELINO, 2012, p. 546). Outras medidas limitadoras apresentadas pela CF/88 é o parcelamento ou edificação compulsório e também a incidência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana – doravante IPTU progressivo. Também consideradas restrições indiretas, são medidas limitadoras que se representam por admissibilidade e com o propósito de compulsoriamente se alcançar a função social, por meio das seguintes ações: a) impedindo a ocupação de áreas não suficientemente utilizadas; b) impedindo a retenção do imóvel por motivos especulatórios (vagos ou subutilizados); c) preservando o patrimônio cultural ou ambiental; d) exigindo a urbanização ou ocupação de imóveis ociosos; e) captando recursos a fim de financiar o desenvolvimento urbano e f) exigindo a reparação de impactos ambientais.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Respeitadas as respectivas vedações constitucionais para a finalidade de reforma agrária de propriedades produtivas e de pequenas e médias propriedades rurais, conforme art. 185 da CF/88 e Lei 8.629/1993.

<sup>10</sup> Essas ações não são expressas de forma exaustiva. Urge a necessidade de ordenação do espaço urbano que reclama um controle rigoroso, face à multiplicação do número de construções, as quais produzem reflexos danosos aos seus habitantes e sobrecarregam os deficientes serviços públicos. Nesta esteira é que o Direito Urbanístico pensa a função social se preocupando com a qualidade de vida, a facilidade de circulação, a eficiência como esta se realiza, procurando o equilíbrio ecológico e a preservação do meio ambiente, tendo como uma de suas principais preocupações impedir a concentração de terra com objetivos especulativos.

Essas ações têm fortes repercussões em todas as esferas sociais, demonstrando que a propriedade constituiu e ainda constitui um foco constante de tensões sociais e econômicas que instabiliza relações jurídicas, gerando conflitos relacionados ao direito de moradia.

Passada a breve análise sobre a propriedade - direito e restrições sofridas, vem a tônica a verificação da legitimação do direito à moradia no Brasil. Com o advento da EC 26/2000, esse direito teve sua fundamentalidade reconhecida,<sup>11</sup> embora já considerado por muitos doutrinadores como um direito fundamental implícito sustentado pelo dispositivo que prevê a competência administrativa de todos os entes federativos para promoção de programas para construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (NOVELINO, 2012, p. 632)

O direito à moradia digna<sup>12</sup> abrange todo o conjunto de posições jurídicas vinculadas à essa garantia, dentre os quais se incluem os direitos de moradia (tutela e promoção da moradia), o direito à habitação, os deveres fundamentais e conexos e autônomos em matéria de moradias e os deveres de proteção. A plena garantia deste direito pressupõe uma moradia adequada em suas dimensões, condições de higiene, conforto e capaz de preservar a intimidade e privacidade das pessoas (SARLET, 2001, p. 304).

É inconteste que ter uma casa própria deixa a pessoa menos vulnerável, mas direito à propriedade e direito à moradia, embora estabeleçam uma relação de interpenetração não se confundem e podem ou não coexistir. São

<sup>11</sup> O direito de moradia não mais poderá ser suprimido do texto constitucional por meio de emendas, passando a integrar o elenco dos limites materiais (ainda que implícito), tampouco objeto de restrição que venha a atingir o núcleo essencial desse direito – princípio da proibição do retrocesso. Art. 23, IX da CF/88.

<sup>12</sup> Em 1991, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais editou o Comentário Geral n. 4, que tratou sobre a definição de moradia adequada, servindo como um instrumento importante de consubstanciação deste direito (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1991). De acordo com este Comentário Geral, o direito à moradia não deve ser compreendido e concretizado a partir de uma concepção minimalista ou restrita sobre o que se entende por moradia. O direito à habitação deve ser assegurado a todos, independentemente de renda, e vai muito além do que se ter apenas um teto para se abrigar, devendo ser concebido como o direito a se viver em algum lugar com paz, segurança e dignidade.



direitos autônomos. Enquanto a moradia é uma condição absolutamente necessária para a existência e sobrevivência, a propriedade não o é.

Corroborando este entendimento, Saule Júnior (1997, p. 67) destaca que:

O direito à moradia derivado do direito a um nível de vida adequado configura a sua indivisibilidade e interdependência e inter-relacionamento, como direito humano, por exemplo, com o direito de liberdade de escolha de residência, o direito de liberdade de associação (como as de moradores de bairro, vila e comunidades de base), com o direito de segurança (casos de despejos e remoções forçadas ou arbitrárias ilegais), o direito de privacidade da família, casa e correspondência, com o direito a higiene ambiental e o direito de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

### 3 DIMENSÕES POSITIVA E NEGATIVA DO DIREITO À MORADIA

Intrinsicamente relacionado aos demais direitos fundamentais e principalmente com o princípio da dignidade da pessoa,<sup>13</sup> a prestação do direito à moradia proporciona ao indivíduo a possibilidade do desfrute de uma vida com respeito e de desenvolvimento. Para isso os direitos sociais são tão essenciais quanto os direitos relacionados à abstenção do Estado.

A moradia é entendida como necessária à integridade física, psíquica e/ou moral, e por isso extrapola na argumentação sobre a sua essencialidade.<sup>14</sup> A par de direitos como saúde, educação e trabalho, se

<sup>13</sup> Nesse contexto a dignidade da pessoa se apresenta com dupla dimensão normativa: como princípio, na medida em que estabelece um fim a ser alcançado, com conteúdo desejado ideal de valorização do ser humano, e um valor fundamental na medida em que atua como alicerce dos direitos fundamentais, porque confere unidade material à Constituição, reconhecendo a dimensão moral do indivíduo (ALEXY, 2008, p. 103-104; FERREIRA DOS SANTOS, 1999, p. 94; PÉREZ, 1999, p. 48-49; TÓRRES, 2011, p. 526). Neste sentido ainda: STF. ADPF 153. Pleno. Voto do Relator Min. Eros Grau. Diário de Justiça Eletrônico, 6 ago. 2010 e ADPF 54-QO. Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça, 31 ago. 2007.

<sup>14</sup> Em análise à cláusula geral de dignidade da pessoa, pode-se observar que a partir da "constitucionalização" do direito civil, o direito à moradia pode ser classificado como direito da personalidade. Como consequência, desfruta dos mesmos direitos: ser impenhorável, intransmissível, indisponível e imprescritível (AINA, 2009, p. 120-122).

apresenta como manifestação de identidade pessoal. Também a partir da moradia se justifica a função social da propriedade e da posse e dela decorre o direito à cidade, à vida digna e ao meio ambiente.

Se o objetivo de elencar esse direito no artigo sexto era de torná-lo menos importante do que os direitos trazidos no artigo quinto da CF/88, pelo já exposto nota-se que a sua relevância o qualifica como direito fundamental social. A principal discussão, após seu reconhecimento, passa a ser a forma que será implantada a sua tutela por parte do Estado, ao passo que, sendo esse direito condição para a vida humana, não pode ficar restrito à discricionariedade da decisão pela boa vontade dos representantes e a possível disponibilidade dos cofres públicos.

Ao direito à moradia, portanto, se aplica a noção de que texto, norma e direitos constituem dimensões conexas, mas não se confundem, sendo que um determinado dispositivo constitucional poderá conter mais de uma norma, e essa, por sua vez, poderá assegurar direitos e deveres de diversa natureza, havendo, inclusive, norma sem texto diretamente correspondente (SARLET, 2003, p. 20).<sup>15</sup>

Então, o direito à moradia desfruta de dupla classificação ou caracterização quando impõe ao Estado prestações positivas - a fim de assegurar ao ser humano uma habitação digna e, concomitantemente, negativas, quando impõe a ele uma abstenção com intuito de proteger esse direito de possíveis agressões oriundas do próprio órgão protetor ou de particulares.<sup>16</sup>

Nas palavras de Pinheiro (2008, p. 170), esse direito é complexo e multifacetado, pois nele coexistem a impossibilidade de ser privado aleatoriamente de moradia ou ser impedido de obtê-la, aproximando-se

<sup>15</sup> Nesse sentido: Alexy (1997, p. 62 e ss.), Grau (1997, p. 164) e Streck (1999, p. 16).

<sup>16</sup> Essa organização e sistematização das dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais de forma geral é muito importante, pois na sua condição de direito subjetivo de defesa exige uma não interferência do Estado e na sua extensão social objetiva criar e alicerçar os órgãos, a promover a promulgação de leis que estabeleçam métodos de tutela e a facilidade de acesso a bens e serviços.

dos direitos, liberdades e garantias e, ao mesmo tempo, consiste no direito de ver ser implantadas medidas e prestações para chegar a esse objetivo, caracterizando-se o próprio direito social.<sup>17</sup>

A compreensão dessa existência simultânea permite entender que entre essas dimensões ocorre um dualismo relativo, havendo uma diferença clara de objeto e função entre os dois grupos de direitos fundamentais (SARLET, 2003, p. 21), pois a relação entre os direitos negativos e positivos não obedece a uma dialética antagônica, mas de recíproca complementação.<sup>18</sup> Em um mesmo enunciado semântico, conforme afirma também Robert Alexy (1997, p. 173-245), podemos encontrar mais de uma norma assegurando direitos fundamentais distintos, pois enquanto direitos subjetivos que são, apresentam um complexo não homogêneo de posições jurídico-subjetivas fundamentais.

Nesse sentido, o direito à moradia assume toda essa complexidade acima exposta, posto que apresenta essas duas dimensões de direito de defesa e de direito a prestações, atendendo ainda, simultaneamente, a sua vinculação à sua perspectiva na previsão internacional, a qual vincula o direito interno.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> "A justificativa para o direito à moradia ser um direito social permite a possibilidade de maior estruturação da legislação infraconstitucional, no sentido de preservá-lo, a fim de proteger o indivíduo, sem que, sob pretexto de proteger a coletividade, seja sacrificado. Ou seja, não se justifica o sacrifício do direito à moradia de uma pessoa ou de algumas delas, sob pretexto do benefício social. Se o direito à moradia fosse incluído apenas como direito individual, teria fragilidade diante do interesse da função social que a limita." (SOUZA, 2004, p. 125).

<sup>18</sup> Embora se considere nesse artigo (para fins didáticos, principalmente) a relevância prática na "separação" entre direitos positivos e negativos, deixa-se claro que não se está desconsiderando a premissa de Holmes e Sunstein sobre a indispensabilidade de alocação de recursos ao disponibilizar um aparato estatal a fim de que se assegure a efetividade dos direitos reconhecidos pela Constituição. Ao trazer a ideia de que todos os direitos são sempre positivos também, esses autores entendem que a realização dos direitos fundamentais não se encontra apenas na dependência de uma decisão judicial, do reconhecimento de sua eficácia jurídica ou de sua condição defensiva ou prestacional, mas que gradativamente essas dimensões foram se inter-relacionando, vinculando-se de uma forma que o cunho prestacional passou cada vez mais a ser reconhecido pela ordem jurídica como indispensável à implementação da igualdade e liberdade material (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 35-48, tradução livre).

<sup>19</sup> Além de outros documentos internacionais, cita-se o artigo 2.1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1996 – obrigação dos Estados em reconhecer, respeitar e proteger o direito à moradia.

Para começar a linha de compreensão, a dimensão negativa (função defensiva dos direitos fundamentais) indica que o direito à moradia deve ser protegido de forma plena de ingerências indevidas,<sup>20</sup> contra toda e qualquer sorte de agressões de terceiros.

Uma pergunta que surge é se essa dimensão teria então sua eficácia comprometida quando da aplicação do art. 5º, § 1º da CF/88 – “Art. 5º § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988). Seria possível ocorrer de forma imediata uma atitude esperada de abstenção (comportamento geral omissivo), de proteção e de não ingerência na esfera da autonomia pessoal? Para Miranda (1992, p. 277), essa norma tem por objetivo oportunizar o direito à exigência da aplicação imediata dos direitos negativos violados, sem qualquer intermediação concretizadora (legislativa), sendo auto executáveis, assegurando a plena justiciabilidade desses direitos com integral exigibilidade em juízo, pelo princípio da exigibilidade direta, devido ao caráter líquido e certo de seu conteúdo e sentido.

Assim, como esses direitos negativos desencadeiam sua plenitude eficaz gerando ao seu titular um direito subjetivo, dependentes apenas de abstenção, inexistem obstáculos ao reconhecimento imediato a essas posições subjetivas pelos órgãos do Poder Judiciário, não sendo possível serem aplicados a essas hipóteses os argumentos usualmente lançados contra a aplicabilidade imediata dos direitos a prestações (falta de recursos, etc.) (SARLET, 2003, p. 30).

Contudo, como já colocado no capítulo anterior de forma resumida, o direito à moradia, assim como os demais direitos fundamentais não

<sup>20</sup> “No âmbito da assim denominada dimensão negativa ou daquilo que também tem sido chamado de uma função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer ação que corresponda a uma violação do direito à moradia é passível, em princípio, de ser impugnada em juízo, seja na esfera do controle difuso e incidental, seja no meio do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, ou mesmo por intermédio de instrumentos processuais específicos disponibilizados pela ordem jurídica.” (SARLET, 2008, p. 53).

é absoluto, não está completamente imune a restrições, a exemplo das desapropriações, da desocupação de áreas de proteção ambiental e para o cumprimento da função social, observadas as legislações regulamentadoras (inclusive internacionais) e o devido processo legal, assegurando-se sempre a proteção adequada contra medidas arbitrárias.

Por sua vez, a dimensão positiva não se manifesta no direito à propriedade em si, mas de prestações exigíveis do Estado à garantia de moradia como parte de direitos sociais mínimos para uma vida digna (mínimo existencial).

Nessa dimensão, esse direito tem sido enquadrado por parte da doutrina na categoria de normas constitucionais programáticas. Portanto, seu conteúdo não pode ser determinado ao nível de opções constitucionais, pressupondo uma tarefa posterior de concretização que chama pela atuação do legislador ordinário, não sendo conferido ao cidadão um direito imediato a uma prestação efetiva, não sendo diretamente aplicável.<sup>21</sup> Contudo, não perde sua fundamentalidade.

Além dos custos para garantir esse direito à moradia, mesmo na sua condição de direito a prestações, existe um leque de possibilidades no que diz respeito à viabilidade de sua efetivação (SARLET, 2003, p. 36), pois há muitas formas de concretização dessas metas constitucionalmente estabelecidas que são fáticas, além das normativas, como por exemplo a criação de linhas de financiamentos populares, a criação dos sistemas de mutirões, a criação de programas de assistência social para cobrir despesas com habitação temporária, dentre outras.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Decisões reiteradas do tribunal Constitucional de Portugal, sustentado nas doutrinas de Gomes Canotilho e Vieira de Andrade – conforme Acórdão nº 131/1992 em “leading case” nesta matéria (SARLET, 2003, p. 36 e nota de rodapé 107).

<sup>22</sup> No campo normativo muitos foram os avanços a fim da efetivação dessa garantia à habitação, apenas para citar: alterações na legislação sobre o regime das locações residenciais resguardando principalmente a hipossuficiência e a retomada imotivada sem prazo do imóvel, aquisição da propriedade pela usucapião, com a edição do “Estatuto da Cidade” – Lei nº 10.257/2001, institutos da usucapião coletiva, concessão de direito real de uso e do uso especial para fins de moradia, e outras.

Então, segundo Sarlet (2003, p. 38-40), a partir da leitura do art. 5º, § 1º da CF/88, não existe um direito subjetivo à edição de um ato normativo. Logo, não haveria à luz desse dispositivo o direito subjetivo do acesso a uma moradia em se tratando da sua dimensão positiva, relacionado ao direito às prestações fáticas. Contudo, esse mesmo Autor, ao analisar o tema no contexto da moradia digna em outros dispositivos constitucionais (incluindo aqui o art. 1º, III da CF/88) e também considerando os tratados internacionais existentes dos quais o Brasil é signatário, embora não se imponha ao Estado a obrigação de disponibilizar a todos uma moradia, se impõe o empreendimento de esforços concretos e efetivos para esse fim. Nesse sentido, admite-se que há um direito subjetivo às prestações fáticas que pode ser objeto de reconhecimento pelo Poder Judiciário, quando se tratar a moradia como um direito à vida digna.

A garantia desse mínimo perpassa pela análise da reserva parlamentar em matéria de orçamento (o que também afeta o princípio da separação dos poderes) e da reserva do possível quando o Estado é compelido a disponibilizar no todo ou em parte uma moradia àquele que demonstrar não possuir forma de aquisição ou acesso por seus meios.

Feita essa análise, importa salientar que o reconhecimento do direito subjetivo em relação aos direitos negativos, quando esse assume a sua dimensão prestacional (quando exigida pelo indivíduo), passa a apresentar seu relevo positivo (vide nota de rodapé n. 20), igualmente enfrentando o problema da arguição do Estado da reserva do possível. Para Sarlet (2001, p. 301-308) a reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão, abarcando: I) a disponibilidade fática; II) razoabilidade e proporcionalidade da prestação; e III) a disponibilidade jurídica.

Assim, não se podendo desconsiderar que em ambas as dimensões, na fase de exigência pela efetividade dependem da disponibilidade de recursos, a proposta para a solução está assentada na busca da ponderação dos

princípios incidentes na espécie,<sup>23</sup> interpretando-se de forma sistemático-hierarquizadora (SARLET, 2003, p. 39)

Em que pese ocorram frequentes conflitos entre particulares relacionados às dimensões positivas e negativas dos direitos à moradia e à propriedade,<sup>24</sup> apresentados os conceitos necessários e as suas duas dimensões, passamos a analisar o recorte temático a que se propõe esse artigo, referente às colisões ocorridas entre o direito à propriedade e à moradia frente ao interesse estatal de tributar.

## **4 OS CONFLITOS ENTRE O DIREITO À PROPRIEDADE E O DIREITO À MORADIA FRENTE AO INTERESSE ESTATAL DE TRIBUTAR**

A dependência da concretização de direitos pelo Poder Judiciário tem cada vez mais causado uma transposição de planos de competência, pois implica na assunção por esse Poder de parte essencial da política orçamentária do Estado (Poder Executivo) e também de suprir a omissão legislativa (Poder Legislativo). O fato dos direitos fundamentais sociais, a partir do próprio Direito não fornecer com suficiência critérios racionais para a determinação da extensão de seu conteúdo, torna esse âmbito de proteção uma matéria reservada ao campo político, cada vez mais provocando a discussão que envolve o princípio da separação de poderes e a legalidade orçamentária.

<sup>23</sup> Ao adotarmos a teoria dos princípios como meio de solução para o conflito de direitos fundamentais, adotamos, por consequência, a aplicação da proporcionalidade *stricto sensu*, ou seja, fazemos uso da ponderação. Segundo Steinmetz (2001, p. 140): "A ponderação de bens é método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão."

<sup>24</sup> Conflitos entre particulares que envolvem o direito à moradia e outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos tem como exemplos: direito à moradia X direito à propriedade (inquilino e proprietário locador); conflito pelo direito à moradia nos pólos opostos da demanda (muitas vezes ambos sem recursos); conflitos que envolvem questões de reintegração de posse (geralmente a moradia ocorre em áreas perigosas ou em áreas "verdes"), etc.

Assim, a análise pelo Poder Judiciário da colisão de princípios de direitos fundamentais sociais perpassa por uma colisão “interna” de ordem formal (problema de competência) e outra de ordem substancial.<sup>25</sup>

Do ponto de vista formal, para Alexy (1996, p. 463), ou se desloca a análise sobre os direitos fundamentais sociais inconstitucionalmente da política orçamentária à esfera do Poder Judiciário, ou esses perdem a sua força vinculante. Substancialmente, o fato é que os direitos sociais são alcançados por meio de restrição a outros direitos e/ou liberdades.

Apesar das objeções que atrai o fato do Poder Judiciário decidir sobre a aplicação de direitos fundamentais sociais, ressalta-se que o dever de proteção e prestação do Estado, ante a supremacia constitucional, é submetido a todos os Poderes.

Não sendo o objetivo desse artigo a análise da colisão com princípios de ordem formal, passamos à análise da colisão de princípios de ordem material (colisão dos direitos fundamentais de propriedade e social de moradia com outros bens constitucionalmente protegidos). Obviamente na aplicação da proporcionalidade, nem sempre a balança penderá para o lado dos direitos fundamentais sociais, e mesmo reconhecendo sua primazia (*prima facie*), sua preponderância sempre dependerá de justificativa adequada e suficiente.

A relação conflituosa entre direito de propriedade versus tributação e direito à moradia versus tributação não relata sempre o mesmo tipo de

<sup>25</sup> Do ponto de vista formal, o dilema se forma da seguinte forma: Ao se afirmar que esses direitos sociais são juridicamente vinculantes (*bindend*), os direitos fundamentais sociais deslocam a competência do legislador em implementá-los para a órbita da jurisdição; contudo, de forma diversa, ao se negar o caráter vinculante dos direitos fundamentais sociais, no sentido de que não sejam eles vinculantes e aplicáveis diretamente pelo Poder Judiciário, então, seria o mesmo que afirmar que os direitos fundamentais sociais representam uma clara violação ao princípio geral de que os direitos fundamentais, mais do que vinculantes, são aplicáveis imediatamente (art. 5º, §1º, da Constituição Federal), mesmo que para tanto seja necessária a intervenção do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Do ponto de vista substancial, os direitos fundamentais sociais são incompatíveis com outras normas constitucionais. A afirmação de direitos fundamentais sociais confronta-se necessariamente com normas constitucionais que afirmam em essência os direitos e liberdades constitucionais clássicas (propriedade, liberdade de iniciativa, liberdade de mercado) (ALEXY, 1996, p. 460-463).



conflito porque em ambos os casos existem tanto bens iguais quanto diferentes que são constitucionalmente protegidos e a partir de certo ponto podem se distanciar e demonstrar diferente relevância social na sua essencialidade e fundamentalidade.

Direitos fundamentais de titulares diversos em rota de colisão devem sempre primar pelo dever de proteção de todos os direitos fundamentais de todas as pessoas, analisando-se a viabilidade de cada restrição possível e suas consequências no âmbito de interpretação tópico-sistêmica, procurando-se preservar o núcleo essencial de cada direito e os critérios estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade (ponderação de bens e interesses) (SARLET, 2009, 2010, p. 32).

O proprietário pode ser morador do imóvel e apresentar sob todos os aspectos a necessidade das garantias do Estado para permanecer habitando em seu imóvel. Mas o proprietário também pode ser um locador, um arrendador, etc. Enquanto a proteção aos proprietários recai sob a sua garantia no direito de vedação ao confisco, que perpassa pela análise da sua capacidade contributiva no direito tributário;<sup>26</sup> aos moradores, possuidores, recai na preocupação pela manutenção do seu direito à dignidade – enquanto direito fundamental social e, principalmente, na obrigação imposta legalmente ao desenvolvimento de legislações infraconstitucionais que atendam essas necessidades.

A liberdade que a Constituição conferiu ao legislador para configurar o direito de propriedade não é irrestrita, pois esse não pode socializá-la, funcionalizando-a exclusivamente para o interesse coletivo sob pena de ferir o núcleo essencial desse direito ou mesmo despojá-la de uma carga

<sup>26</sup> Embora entendida como regra por alguns autores, a exemplo de Marciano Buffon (2009, p. 175), a maioria da doutrina considera a capacidade contributiva como fundamento à essencialidade tributária, que possui força normativa de princípio porque busca um estado ideal de igualdade na distribuição do ônus tributário e em relação à igualdade, apresenta-se como um critério de comparação dos contribuintes a fim de que se estabeleça uma imposição fiscal equânime (TIPKE; LANG, 2008, p. 200); (STF. RE 234.105/SP. Pleno. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ. 31/03/2000) (TORRES, 2005, p. 350).

eficaz mínima de suas faculdades (uso, gozo, disposição reivindicatória, etc.), tendo em vista o seu conteúdo privado.

Reconhecendo que a garantia constitucional de propriedade está submetida a intenso e constante processo de relativização, posto que fundamentada e interpretada de acordo com os parâmetros balizados pelo legislador ordinário, Mendes (2006, p. 155-162) discorre sobre a vinculação social da propriedade, que legitima em seu conteúdo a imposição de restrições, mas que esse limite não pode ser ultrapassado ao ponto de colocá-la única e exclusivamente a serviço do Estado ou da comunidade. Ao legislador não é dada a autorização de suprimir a utilidade privada do bem para o seu titular, mas apenas disciplinar a forma de existência ou exercício desse direito, sem tornar impossível a aquisição e o exercício desse direito. O caráter constitutivo, portanto, das disposições legais sobre esse conteúdo não significa que o legislador possa afastar os limites constitucionais impostos, tampouco o núcleo essencial desse direito. Há que se preservar, portanto, a garantia constitucional dentro do princípio da proporcionalidade.

Alexy (2003, p. 136) acredita que a lei de colisão é válida para solucionar todas as colisões, pois formula um enunciado de preferência condicionada entre os princípios. A formulação desses enunciados é fundamentada através da ponderação, cuja lei é descrita da seguinte forma: "quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro."

Embora não ocorra um consenso entre os doutrinadores ao descreverem o processo de aplicação da ponderação de interesses, percebe-se um consenso no sentido de que a ponderação está indissociavelmente ligada ao princípio da proporcionalidade. Então, considerando que a ponderação de interesses se operacionaliza mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, segundo Steinmetz (2001, p. 144-145):

[...] De fato, não há como separar a ponderação de bens do princípio da proporcionalidade. [...] considera-se que a ponderação

concreta de bens, na colisão de direitos fundamentais, realiza-se mediante o controle de proporcionalidade em sentido amplo, de modo especial ou propriamente dito por meio do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o terceiro subprincípio constitutivo do princípio da proporcionalidade em sentido amplo. Assim, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo compreende a ponderação de bens.

A atribuição de pesos diversos aos direitos pretensos é uma tarefa tida como difícil para muitos, porque dotada de subjetividade.<sup>27</sup> Essa dificuldade que surge geralmente é atinente à atribuição de pesos aos princípios em conflito. Segundo Daniel Sarmiento, primeiramente deve o intérprete vislumbrar o peso genérico que a ordem jurídica atribui aos princípios conflitantes para posteriormente se conferir pesos específicos aos princípios conflitantes, orientando-se pelo peso genérico de antemão verificado, pela promoção da dignidade da pessoa humana e, em última análise, pela busca da justiça no caso concreto (SARMENTO, 2002, p. 103-104).

Na verdade, o receio do "decisionismo judicial" em decorrência de possível discricionariedade que implicaria em exercício arbitrário da atividade judicial sem o devido controle, é sustentado sob o argumento de que esse método não forneceria pautas materiais para a solução dos casos concretos. Portanto a ponderação de interesses tem sido criticada sobretudo por sua pretensa inconsistência metodológica.

Considerando a proporcionalidade como critério para analisar a constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais quando entram em conflito com outros direitos também fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos, analisam-se os seguintes aspectos: a) qual o direito que está sendo restringido (propriedade/habitação); b)

<sup>27</sup> Para Barcellos e Barroso (2004, p. 486), "É bem de ver que [...] a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referenciais materiais ou axiológicos para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções ad hoc, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto."

qual o direito que é objeto de proteção (dignidade da pessoa-moradia/ propriedade/posse); c) o meio que se usa para restringir um direito em benefício de outro (balanceamento).

Nesse contexto, podemos analisar o conflito com o direito tributário também sob a ótica da dupla face do princípio da proporcionalidade: proibição do excesso e proibição da insuficiência.<sup>28</sup>

Para Canaris (2009, p. 138-140), o significado de proporcionalidade está relacionado à zona de conformidade que se situa entre uma linha inferior e superior, como se fossem duas linhas paralelas onde: a linha superior refere-se à proibição do excesso, o limite que analisa as ações positivas, sendo que se essa linha for ultrapassada, direitos fundamentais foram desrespeitados de forma inconstitucional, ocorrendo uma intervenção excessiva estatal na esfera privada; já a linha inferior refere-se à proibição da insuficiência, onde igualmente abaixo dessa linha encontram-se leis insuficientemente protetivas de direitos constitucionais fundamentais, implicando também em inconstitucionalidades, ocorrendo uma omissão/abstenção excessiva estatal.

A tônica da discussão encontrada na doutrina atualmente é sobre o momento da aplicação dos testes de proporcionalidade na resolução dos conflitos, sobre quais as sub-regras que devem ser aplicadas pelo julgador e também se essas sub-regras devem ser analisadas sucessivamente ou de forma eliminatória.

A proibição do excesso (verifica a constitucionalidade de violações estatais sobre os direitos de defesa) estabelece que para a restrição ao direito ser proporcional, deverá ser analisadas as seguintes sub-regras:<sup>29</sup>

a) se o direito restringido serve a alcançar o bem que se quer atingir

<sup>28</sup> A proibição de insuficiência é tida como a face menos conhecida da proporcionalidade. Ela analisa a constitucionalidade de omissões estatais, enquanto a sua contraparte mais popular – a proibição de excesso – trata das intromissões estatais.

<sup>29</sup> O modelo de proibição de excesso mais popular na América Latina e no Brasil, inclusive pelo S.T.F., encontramos em Silva (2017), Alexy (2017), Novais (2003), Ávila (2009), Sarmento e Souza Neto (2012), Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017) e Clérico (2008).

(adequação); b) se o direito restringido deve ser limitado com o meio menos gravoso possível (necessidade); c) se o direito restringido deve ser limitado apenas na medida em que isso for exigido para garantir o direito que é assegurado (ponderação, proporcionalidade em sentido estrito) (SHÄFER, 2001, p. 108). Para a maioria das doutrinas elas devem ser aplicadas na sequência apresentada e, no caso da medida estatal em questão falhar em algum dos testes, não é necessário passar para o próximo; caracterizada a intervenção já como inconstitucional (de forma ordenada e eliminatória).

A outra face do princípio da proporcionalidade refere-se à proibição da insuficiência,<sup>30</sup> conceito relativamente novo e pouco explorado.<sup>31</sup> Os manuais nacionais costumam limitar-se a apontar os imperativos de tutela e formada pelos mesmos três subtestes da proibição de excesso (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).<sup>32</sup> Interessante e válido citar, contudo, a análise de Guedes (2015, p. 23-24), o qual coloca a par das sub-regras citadas a seguinte análise: a) eficiência ou eficácia: se a máxima eficiência ou eficácia é violada em relação aos direitos fundamentais sociais devido à omissão estatal embora esse pudesse agir para a entrega da prestação fática devida ou para proteger o indivíduo; b) suficiência – se existindo mais de uma medida a ser adotada, o Estado opta pela medida menos eficiente; e c) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) – se ocorre a admissão por parte do Estado de que a concretização de um direito fundamental social coloca em perigo outro(s) bem(s) constitucionalmente protegido(s), impondo-se a análise da primazia de um em relação ao outro

<sup>30</sup> A criação do termo é de 1984 e atribuída ao privatista Claus-Wilhelm Canaris que, ao versar sobre a irradiação dos direitos fundamentais sobre a relação entre particulares, se valeu do papel exercido pelos deveres de proteção para cunhar o conceito (CANARIS, 2009, p. 120-142).

<sup>31</sup> Há quatro hipóteses para o pouco desenvolvimento jurisprudencial acerca da vedação de deficiência: a) a incompatibilidade entre a estrutura de direitos prestacionais e a proporcionalidade, b) a redundância dos testes da

adequação e necessidade para direitos prestacionais, c) desconforto dos juízes em prescrever uma ação ao invés de proibi-la, e d) desconforto dos juízes em usar uma ferramenta tal qual a proporcionalidade, que de certa forma relativiza o valor inerente aos direitos fundamentais, para justificar a situação de miséria de tantas pessoas (GARDBAUM, 2017, p. 241-242).

<sup>32</sup> Manuais como os de Sarlet e Souza Neto (2012, p. 392-394), Sarlet et al. (2017, p. 409-413) e Mendes e Branco (2017, p. 431-432).

por meio da ponderação de bens, à luz dos fatos concretos e de forma argumentada. O estudo da eficácia também é mencionado por Sampaio (2012, p. 145 e ss.).

Assim, mesmo que suficiente ou eficaz a prestação, poderá haver dúvidas quanto à sua razoabilidade, sua conveniência e a sua justa adequação ao caso. Nesse caso, apenas após o confronto de argumentos prós e contras os princípios em análise, considerando as circunstâncias concretas e jurídicas do caso, poder-se-ia chegar a uma solução.

Como resolver então a questão de conflitos que se estabelecem entre os direitos à moradia e à propriedade, respeitando o seu núcleo essencial e, ao mesmo tempo, permitindo que seja dada a devida importância à necessária atividade arrecadatória do Estado por meio da ponderação?

Sabe-se que a proteção dos direitos fundamentais está intimamente ligada à tributação. O Estado, enquanto grande sujeito passivo da efetivação de tais direitos, o faz através de fomento financeiro advindo, sobretudo, de sua atividade tributário-econômica.

O poder de tributar ganhou status de bem constitucionalmente protegido (CF/88, arts. 5º, XXXV, 195 e capítulo I do título VI – Da Tributação e do Orçamento) para instituir os princípios fundamentais e os comandos estruturais do Sistema Tributário Nacional. É instrumento essencial para manutenção dos organismos de garantia dos direitos de liberdade e de promoção de direitos sociais (PIRES, 2006, p. 79). Na verdade, com a constitucionalização do interesse tributário estatal, naturalizou-se o “dever fundamental de pagar tributos”, exigência inafastável dos Estados modernos para a sua organização (NABAIS, 2005, p. 20). Essa cidadania fiscal fundamenta o princípio da solidariedade, frente à necessidade de arrecadar recursos que serão disponibilizados ao bem comum (GRUPENMACHER, 2006, p. 106).

Juntamente à competência de impor e cobrar tributos pelos motivos acima brevemente expostos, a Constituição estabeleceu um sistema amplo de limitações a esse poder (a reserva de lei, princípios da anterioridade, da vedação ao não confisco, do respeito à capacidade contributiva, da igualdade, etc.) os quais se tornaram verdadeiros direitos fundamentais do cidadão contribuinte.<sup>33</sup>

A título de exemplo, cita-se o princípio da isonomia (art. 5º, caput da CF/88), por meio do qual o legislador tratou 'das limitações ao poder de tributar', ao proibir que se dê tratamento díspar aos contribuintes que se encontrem com idêntica capacidade contributiva. Na defesa da isonomia é que a EC n. 29/2000 possibilita a cobrança de alíquotas progressivas, seja em decorrência do valor do imóvel (progressividade fiscal), seja em função do uso e de sua localização (art. 156, § 1º, incisos I e II), ou, ainda, a sua cobrança progressiva no tempo, quando o imóvel se encontrar subutilizado ou não edificado (art. 182, § 4º, da CF/88).

Então, para um suposto conflito entre o direito à propriedade e a aplicação do princípio da isonomia a dois contribuintes diversos, considerando em um caso concreto a incidência de IPTU progressivo no tempo, por exemplo, há que se analisar a capacidade contributiva e a vedação ao confisco a fim de afastar a incidência tributária para garantir o direito de propriedade ou não. O princípio da isonomia faz com que a lei seja igualmente aplicada aos dois, mas a condição desfavorável de um pode afastá-la a fim de que outro direito fundamental com maior "peso" lhe seja garantido.

Nesse mesmo exemplo, para um dos contribuintes, se estiver em "jogo" a perda da sua dignidade, sendo seu único imóvel, ocorrendo um comprometimento do mínimo existencial, afasta-se os princípios

<sup>33</sup> STF na ADIn 939-7. Ac. Do Pleno de 15 dez. 1993. Relator: Min. Sidney Sanches. Diário de Justiça, 18 mar. 2004. Reconhecido ao princípio da anterioridade tributária o status de garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, §4º, inciso IV, e art. 150, III, "b" da CF/88).

tributários todos analisados e o Poder Judiciário então, em análise acertada, possivelmente garantirá o direito à manutenção do imóvel ao Contribuinte proprietário.<sup>34</sup>

Outro ponto importante é o fato de que os direitos e garantias expressos na CF/88 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (art. 5º §2º da CF/88), inclusive a proteção estabelecida por meio do limite do poder de tributar (art. 150 da CF/88). Toda essa avaliação deve sempre estar intimamente relacionados à análise do princípio vetor da dignidade da pessoa humana primeiramente, porque essencial, a fim de que sejam enfrentadas as questões de colisão.

Portanto, quando há conflitos entre bens constitucionalmente protegidos, um limite que se impõe à ponderação de interesses é o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.<sup>35</sup> Reputa-se que há um conteúdo mínimo desses direitos que não pode ser amputado. Entretanto, tal núcleo há de ser avaliado diante do caso concreto, pois, considerar a sua existência em abstrato dificultaria a resolução das tensões constitucionais onde a solução, em muitos casos, ou na maioria deles, é pela não aplicação de um dos princípios em conflito.

O poder de tributar do Estado não pode comprometer o mínimo existencial do cidadão contribuinte e de seus dependentes, estando aqui incluído o imóvel residencial, a renda necessária para exercer o direito de

<sup>34</sup> Salientando que essas decisões, quando comprovada a vulnerabilidade do Contribuinte, podem ser tomadas administrativamente pelo executivo, reconhecendo-se a imunidade tributária ou a isenção tributária de acordo com a respectiva lei infraconstitucional, posto que o crédito tributário, ainda que já inscrito em dívida ativa ou em fase de execução judicial, torna-se inexequível.

<sup>35</sup> "O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do poder público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade." (RE 200.844 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 25-6-2002, 2ª T, DJ de 16-8-2002) = RE 480.110 AgR e RE 572.664 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 8-9-009, 1ª T, DJE de 25-9-2009).



moradia, para suprir as necessidades com saúde, educação, alimentação, dentre outros.<sup>36</sup>

A fim de afastar o já mencionado “decisionismo judicial”, embora os conceitos sobre justiça e promoção da dignidade humana são um tanto quanto subjetivos, todas as decisões judiciais não de ser suficientemente fundamentadas, e é por meio desta fundamentação acompanhada de uma argumentação jurídica convincente que se legitima a decisão.

Quando as decisões postas que formam os precedentes impõem-se sustentáveis social e juridicamente, fundadas em argumentações racionais, tornando-as harmônicas e compatíveis com o ordenamento jurídico, gera consenso porque condiz com o esperado em termos de justiça (FACCHINI NETO, 2004, p. 13-15). Ademais, com o passar do tempo, a jurisprudência vai firmando as soluções aos casos de colisões entre princípios constitucionais que vão surgindo, aumentando a segurança jurídica.

## 5 CONCLUSÃO

A dupla dimensão, objetiva e subjetiva, impõe aos poderes públicos tanto a necessidade de abstenção de intervenções restritivas no âmbito de liberdade e propriedade asseguradas pelos direitos fundamentais aos particulares, quanto uma atuação positiva, no sentido de assegurar fática e normativamente o exercício efetivo dessas ações, estruturando o ordenamento jurídico em conformidade com os direitos fundamentais.

Logo, entendemos que a melhor interpretação para a norma contida no art. 5º, §1º da CF/88 é o tratamento dado a ela de natureza principiológica, considerada como mandado de otimização (maximização), estabelecendo

<sup>36</sup> Ainda que o lançamento fiscal tenha ocorrido com observância aos princípios da capacidade contributiva e da vedação ao confisco, se a situação socioeconômica do Contribuinte, à época do pagamento, estiver alterada substancialmente a ponto de comprometer seu direito à vida digna, resta paralisada a pretensão do Estado de mover a execução fiscal contra o Contribuinte inadimplente. (Medida Cautelar na ADIn n. 2010, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 30/09/99, DJ 12/04/2002, p. 51).

aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais à luz do caso concreto, que analisará a medida e o alcance dessa aplicação de formas plena e imediata. A necessária fundamentação deverá ser apresentada quando da eventual recusa na outorga dessa plenitude eficaz. Portanto, caberá ao intérprete aferir essa eficácia ao texto constitucional considerando os limites mínimos do texto e da razoabilidade, imprimindo a esperada operatividade a essas normas no que concerne às dimensões positiva e negativa do direito à propriedade e à moradia.

De modo geral, as restrições impostas pela legislação infraconstitucional ao direito de propriedade e de moradia frente ao interesse estatal de cobrar impostos guardam observância com a Constituição Federal porque adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, quando garantido o mínimo existencial, principalmente no que tange ao seu direito à moradia, não violando os seus núcleos essenciais.

Os principais conflitos surgem quando a esfera privada é invadida pelo excesso da intervenção tributária estatal que, por vezes, acabam por confiscar a propriedade e ou/retirar da posse o morador. A captação de recursos para a promoção de uma vida digna a todos não autoriza de forma imediata a diminuição excessiva do patrimônio a ponto de provocar a perda de propriedade única ou o comprometimento do sustento de seu proprietário, quiçá a retirada de seu abrigo.

O Estado se abstém de tributar, por meio do reconhecimento das imunidades ou da normatização de situações isentivas necessárias a fim de que se mantenha o mínimo existencial. A esperada omissão estatal, por vezes insuficiente, também é causa de frequentes conflitos, posto que Contribuintes em situações desiguais são igualmente tributados. Nesse sentido, muitas vezes o princípio da isonomia no direito tributário gera a mais variada gama de desigualdades, pois incidem nas mesmas alíquotas para a

coletividade e fatalmente atingem quem tem menor renda proporcionalmente de forma muito maior e injusta, por derradeiro ferindo o próprio princípio da capacidade contributiva.

Ainda é importante salientar que a desoneração fiscal, quando corretamente efetuada, é importante ação para manutenção de garantias e direitos individuais, ainda que aparentemente deixe-se de obter recursos que serviriam para a coletividade. A exemplo disso, ela auxilia os indivíduos à obtenção da casa própria, auxilia a população a manter imóveis tombados como patrimônio histórico e cultural, estimulando ou desestimulando condutas que promovem por fim, não só a dignidade em nível de subsistência econômica, mas também social e cultural. A função social não se restringe à propriedade produtiva ou à função de “um teto” à moradia, vai muito além desse conceito simplista de atendimento às necessidades básicas.

A tendência das demandas por prestações estatais positivas e negativas tendem a aumentar significativamente, causando colisões entre o orçamento disponível advindo da tributação e as expectativas cada vez maiores geradas pela população, na busca de melhores serviços e de espaços de convivência adequados garantidos constitucionalmente.

Os conflitos em casos concretos demonstram que valores importantes precisam ser sopesados de forma “hierarquizada”, tarefa no contexto em que o princípio da dignidade da pessoa em conexão ao hodierno tratamento com do princípio da função social restou demonstrada, assumindo particular relevância como critério de solução. Contudo, em que pese a aguda relevância mencionada, nem sempre a balança penderá para o lado dos direitos fundamentais sociais, sendo sua primazia reconhecida, mas não imposta de forma preponderante e absoluta.

Na seara tributária o princípio da proteção à dignidade da pessoa norteia tanto a proibição do excesso, quando o Estado excessivamente tributa e interfere no âmbito de um direito individual, quanto à proibição da insuficiência, quando o Estado se omite legislativamente, não reconhecendo

situações de imunidade e não normatizando situações de notória necessidade de leis isentivas; e essa proteção se demonstra deficiente sempre que o titular do direito fundamental protegido for atingido em sua dignidade.

Por fim, diante da análise das possíveis colisões expostas entre os direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos a que se propôs esse artigo, importa ainda salientar que embora não abordado nos tribunais por inevitavelmente apontar para a necessidade urgente de efetivação da famigerada “reforma tributária”, o reconhecimento da dignidade como fundamento à essencialidade tributária poderia justificar-se mediante o argumento de que esse princípio deve ser utilizado na graduação de todos os impostos, principalmente quanto aos impostos indiretos, vetor importante de desigualdade tributária que acarreta em desigualdade social em nosso país, principalmente no que tange à incidência sobre produtos de necessidades básicas, essenciais para a vida.

Essa análise da desigualdade na incidência tributária provocada pelos impostos indiretos não será passível de análise pelo Poder Judiciário para dirimir conflitos, posto que depende de alteração de legislação infraconstitucional e emenda à própria constituição, mas isso não impede que a via acadêmica venha a considerar essa hipótese como forma de desoneração em atendimento aos princípios fundamentais da igualdade e da capacidade contributiva, como fator de proteção ao mínimo existencial, sem desprezar, contudo, o direito à propriedade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, [s. l.], v. 16, n. 2, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: CEC, 1997.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

\_\_\_\_\_. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O direito à moradia nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e Desafios da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.

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

BRASIL. **Lei n. 8.629**, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Brasília, DF, 25 fev. 1993.

BRASIL. **Lei n. 10.257**, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF, 10 jul. 2001.

BUFFON, Marciano. **Tributação e Dignidade Humana: entre direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANAZARO, Fábio. **Essencialidade Tributária. Igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CLÉRICO, Laura. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales**. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008. p. 115-160.

ESPINOLA, Eduardo. Posse - propriedade comproriedade ou condomínio direitos autorais. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FACCHINI NETO, Eugênio. Premissas para uma análise da contribuição do juiz para a efetivação dos direitos. *In*: **Juizado da Infância e da Juventude**. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Fortaleza: Celso Bastos, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, [s. l.], n. 29, p. 35, 1988.

GARDBAUM, Stephen. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? *In*: JACKSON, Vicky; TUSHNET, Mark (org.). **Proportionality: New Frontiers, New Challenges**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça Fiscal e Mínimo Existencial. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Princípios de direito financeiro e tributário – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUEDES, Néviton. Princípio da proibição da insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais. *Conjur*, [s. l.], jun. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>. Acesso em: 10 jun. 2020.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes**. New Yourk: W.W. Norton Company, 1999.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**: Estudos de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. v. 4.

NABAIS, José Casalta. Por um Estado Fiscal Suportável. In: **Estudos de Direito Fiscal**. Coimbra: Almedina, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário Geral n. 4 sobre o Direito à Moradia Adequada.** [S. l.: s. n.], 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

PINHEIRO, Marcelo Rebello. **A Eficácia dos Direitos Sociais de Caráter Prestacional:** em busca da superação de obstáculos. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008.

PIRES, Adilson Rodrigues. O Processo de Inclusão Social sob a Ótica do Direito Tributário. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Princípios de direito financeiro e tributário – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUSCHEL, Ruy Ruben. A Eficácia dos Direitos Sociais. **Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, n. 58, 1993.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias.** Coimbra: Coimbra, 2012.

SANTOS, Welinton Militão dos. Função Social da Propriedade: Direitos e Deveres Fundamentais Decorrentes – Juiz como intérprete autêntico. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil,** Brasília, DF, ano 23, n. 88, abr./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado,** Salvador, n. 20, dez. 2009/fev. 2010.



\_\_\_\_\_. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. **Revista Brasileira de Direito Público \_RBDP**, [s. l.], ano 1, n. 2, p. 65-119, jul./set. 2003.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. *In*: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos de Constituição cidadã**. São Paulo: Método, 2008. p. 41-66.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SAULE JUNIOR, Nelson. O Direito à Moradia Como Responsabilidade do Estado Brasileiro. **Cadernos de Pesquisa**, [s. l.], n. 7, 1997.

SHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

\_\_\_\_\_. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. **Direito Tributário**. Tradução: Luiz Dória Furchim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

TÔRRES, Heleno. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

# A INTERFERÊNCIA ESTATAL NO EXERCÍCIO DA FÉ RELIGIOSA EM MEIO À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Bernardo Duarte<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

As questões atinentes à liberdade religiosa no contexto da pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19) têm ganhado espaço entre os meios de comunicação, por isso, uma abordagem sob a visão constitucional do tema se faz necessária. A reconstrução da reflexão epistemológica do ser causada pelo distanciamento social para conter a pandemia alimenta ainda mais esta abordagem teórica sobre as liberdades e sua ligação com a dignidade humana.

Com efeito, serão analisados os princípios e garantias constitucionais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), destacando-se a sua importância no ordenamento jurídico. Destes, será aprofundado o princípio da dignidade humana que é extraído do artigo 1º, inciso III, da CRFB/88, ressaltando sua importância na hermenêutica constitucional. Como não poderia deixar de ser, abordar-se-á a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, da CRFB), além de outros princípios e garantias constitucionais.

É de rigor destacar a atualidade do tema objeto do presente estudo. Conquanto haja pouca doutrina abordando o assunto e a jurisprudência brasileira não tenha, até o momento, enfrentado a constitucionalidade material dos atos emanados pela administração pública, ganha notoriedade a decisão da 2ª Câmara do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a qual enfrentou a discussão e confirmou a aplicação provisória de uma portaria

<sup>1</sup> Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes; Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Procurador Jurídico no Município de Chapecó; Advogado; bernardoduart@gmail.com

do governo do estado de Hesse que proíbe reuniões em igrejas, mesquitas, sinagogas e reuniões de outras comunidades religiosas, com a intenção de evitar a disseminação do Coronavírus (Covid-19).

Esse importante precedente, aparentemente, vai de encontro com o duplo caráter da liberdade religiosa (que será trabalhado adiante), reduzindo o conteúdo da liberdade religiosa ligado à dignidade humana. Nesse sentido, será possível perceber que se deve assegurar, além da liberdade de atuação do indivíduo na escolha da sua fé (caráter subjetivo), também a sua manifestação e culto, particular ou público, que são intrínsecas à crença (dimensão objetiva).

Contudo, a pesquisa, ao final, revelará ser mais adequada a ponderação dos elementos fáticos caso a caso, elencando-se aqueles com maior intensidade para daí concluir qual deve prevalecer. O fato é que a legitimidade dos atos do poder público passa pela fundamentação adequada dos critérios de ponderação, não podendo ser negada a eficácia máxima dos princípios.

## 2 A LIBERDADE RELIGIOSA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, entre outros, os princípios da liberdade de crença, de culto e de organização religiosa como direitos fundamentais (art. 5º, inciso VI). Todavia, Miranda (2000, p. 365) resume estes três em um só: a liberdade de consciência. Segundo o autor, ela apresenta-se como um conceito mais amplo, que abrange tanto a liberdade religiosa – professar qualquer crença religiosa –, quanto a liberdade de ter convicções filosóficas destituídas de caráter religioso. Com efeito, a liberdade de crença seria precipuamente uma manifestação restrita ao conceito religioso e a liberdade de culto seria a revelação da garantia da inviolabilidade dos templos e da celebração de atos religiosos, como casamentos e festividades. Já a liberdade de organização

religiosa visa a assegurar a autonomia das religiões em formar e dirigir a sua doutrina religiosa e organizar-se para exercer a sua liturgia, sem embaraços.

Em nível etimológico, pode-se dizer que o termo “religião” foi cunhado a partir da derivação dos verbos latinos *religare*<sup>2</sup> ou *relegere*,<sup>3</sup> tendo seu conceito referenciado como expressão de um vínculo inserto numa relação de causa e efeito entre dois elementos ou como forma de recondução a um poder transcendental-divino (NUNES, 2005, p. 44). Contudo, a conceituação do termo “religião”, para fins de hermenêutica constitucional, não se coaduna com vinculações a elementos de ordem material, formal, objetiva e/ou subjetiva, uma vez que engendraria a construção de um conceito restrito, provocando uma inescapável redução em seu espectro de proteção como direito fundamental, conforme defende a doutrina especializada.<sup>4</sup> Portanto, releva aqui a assunção de um conceito tipológico-aberto.

A par disso, ressalta-se que, embora o Estado brasileiro seja laico desde a Constituição de 1891, sua eficácia nunca foi completa, pois nem sempre garantiu simultaneamente a liberdade de todos e a liberdade de cada um, como se percebe do art. 5º daquela Carta Política.<sup>5</sup> O Brasil, ao se tornar um país laico (neutro, indiferente) adotou o modelo norte-americano, que prega, mesmo sendo o Estado laico, um reconhecimento da religiosidade do povo. Tocqueville<sup>6</sup> (2002, p. 226) refere que, entre os norte-americanos, a religião nunca se misturou diretamente com o governo da sociedade, não podendo, portanto, ser considerada a primeira de suas instituições políticas. Todavia, admite-se a influência histórica inegável entre estes “poderes”.

<sup>2</sup> Termo que estabelece uma relação passiva entre homem e Deus, determinando-se por um laço de piedade (AZEVEDO, 2010, p. 95).

<sup>3</sup> Significa que a religião se configura essencialmente pela prática e pelo fazer escrupuloso que determina uma relação com os deuses (AZEVEDO, 2010, p. 95).

<sup>4</sup> A saber: Guerreiro (2005) e Weingartner Neto (2007).

<sup>5</sup> “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.” (BRASIL, [2020]).

<sup>6</sup> *La religión que, entre los norteamericanos, no se mezcla nunca directamente con el gobierno de la sociedad debe, pues, ser considerada como la primera de sus instituciones políticas [...] No sé si todos los norteamericanos tienen fe en su religión, porque ¿quién puede leer en el fondo de los corazones?*

Destaca-se que a liberdade de crença foi introduzida no pensamento jurídico através da Declaração de Direitos da Virgínia (1776), a qual anunciava que todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, segundo os ditames da consciência. Por outro lado, na primeira emenda à Constituição americana (1789) havia previsão que o Congresso não poderia passar nenhuma lei estabelecendo uma religião, proibindo o livre exercício dos cultos (MORAES, 1998, p. 126).

Não se pode olvidar dos cidadãos o direito de terem uma religião se há laicidade imperando, por isso, deve o Estado abster-se de exigir condições injustificadas que os impeçam de a praticar, sob pena de não haver efetivamente a tal liberdade religiosa (MIRANDA, 2000, p. 409). Da mesma forma, não haverá liberdade religiosa se o Estado se transformar em polícia das consciências, interferindo nas confissões religiosas para assegurar o cumprimento pelos fiéis dos deveres como membros dessas confissões, pois assim se torna um membro também, o que deve ser evitado pelas instituições de direito.

A liberdade de escolha da religião abarca a de crença, assim como a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a de mudar de religião. Da mesma forma, compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, todavia, não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião ou crença. A liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros, incluindo-se o Estado (SILVA, 2002, p. 248).

Lembre-se que a atual consciência constitucional sobre a laicidade decorreu de um processo de secularização, que fez imperar a separação entre Estado e religião e a proibição do ensino confessional (de conteúdo missionário e pretensões clericais). Isso ocorreu, segundo Tavares (2009, p. 54-59), fundamentalmente em razão da necessidade de se combater a intolerância religiosa, presente particularmente no mundo ocidental em face da preponderância do cristianismo e do esvaziamento das doutrinas divergentes.

Esse posicionamento permeou o julgamento da ADin 4.439, o qual reafirmou que o Estado laico não pode ter preferências de ordem confessional, não podendo interferir nas escolhas religiosas das pessoas. No julgamento, afirmou o ministro Celso de Mello (BRASIL, 2017, p. 31): “em matéria confessional, portanto, o Estado brasileiro há manter-se em posição de estrita neutralidade axiológica em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa.”

Por isso, a preocupação da atual Constituição em prescrever no seu artigo 19, inciso I, que é “vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou com seus representantes relações de dependência ou aliança.” (BRASIL, [2020]). Autorizado pela liberdade de pensamento, o indivíduo tem a faculdade de externar ou não sua consciência, possibilitando expressar valores e convicções pessoais. Para Bulos (2003, p. 129), no entanto, essa externalização não deve afrontar direitos alheios ou próprios, na medida em que a dignidade humana deve fazer parte deste raciocínio. Assim, a liberdade de pensamento reflete diversas outras liberdades, como a liberdade de crença.

A liberdade de consciência, de pensamento e de religião comporta uma interdependência complexa, especialmente quando se considera a vinculação delas a outros princípios constitucionais, tal qual o direito à vida. Surge então a problemática inerente à não completa autonomia de todas essas categorias jurídicas no campo da conduta humana e da liberdade de atuação conforme as convicções pessoais. É na formação da identidade do sujeito que os limites à intervenção estatal devem ser percebidos, de modo que o ordenamento jurídico deve resguardar “a liberdade [do sujeito] de não ser onerado de uma maneira que afete massivamente” o seu plano íntimo da construção da consciência individual (PIEROTH; SCHLINK, 2008, p. 113).

É de se notar que a Declaração de Direitos do Homem de 1789<sup>7</sup> assegura ao sujeito a possibilidade/direito de exteriorização ou não do pensamento, caracterizando, para Bastos (2004, p. 44), a “liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de dizer o que se crê verdadeiro.” O direito à liberdade de pensamento possibilita à pessoa humana formular juízos de valor sem a presença de amarras estatais ou morais impostas pela sociedade. Neste mister, o direito à liberdade de pensamento reflete a carga valorativa do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme decidido pelo STF, na Pet 3486/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 22/06/2005.<sup>8</sup>

Nota-se que o Brasil adotou a separação entre Estado e Religião, mas o modelo é da separação atenuada, pois de um lado, toca de perto o problema da liberdade de consciência e de crença, admitindo os cultos religiosos; de outro, determina a neutralidade do Estado, no sentido de não subvencionar ou não adotar cultos religiosos ou não embaraçar-lhes o funcionamento. Proíbe, pois, qualquer dependência ou aliança entre os cultos e seus representantes, ressalvando, apenas, na forma da lei, a colaboração de interesse público (FISCHMANN, 2008, p. 51).

Desse modo, o âmbito de proteção da liberdade religiosa deve ser expansivo o bastante para incorporar em seu conteúdo as diversas e multifacetadas ideias filosóficas, ideológicas e religiosas, sem, contudo, desconhecer que há limites a serem observados, sempre em consonância com o princípio da dignidade humana. Para que possamos analisar de forma

<sup>7</sup> Art. 10: “ninguém pode ser perturbado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que a sua manifestação não inquiete a ordem pública estabelecida pela lei.” (FRANÇA, 1789, p. 2).

<sup>8</sup> “A Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento. Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte de dar expressão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado.” (BRASIL, [2020]).



escorreita o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa, suas correspondentes posições jurídico-fundamentais e os limites que as orientam, impõe-se uma investigação apurada do plexo de relações que permeiam a temática.

### **3 PLEXO JUSCONSTITUCIONAL**

A dignidade humana constitui elemento fundante do Estado Democrático de Direito, conforme o art. 1º, inciso III, da CRFB, por isso ela deve orientar toda a atuação do Poder Público no Estado Democrático de Direito, de modo a resguardar ou implementar os direitos referidos na Carta Política. A liberdade religiosa, por sua vez, representa direito imprescritível e inalienável para proteger os cidadãos contra ingerências indevidas do Estado nas convicções religiosas.

Como um direito fundamental, a liberdade religiosa é indispensável para a concepção de um Estado Democrático de Direito, uma vez que compõe a democracia e faz dela uma ferramenta importante para o debate plural de ideias. Apesar das possíveis tensões, segundo Alexy (2002, p. 241), os direitos fundamentais e a democracia devem seguir juntos em uma inseparável parceria, na qual a primazia do direito, em um Estado Constitucional, reclama vinculação dos Poderes Estatais à lei e à Constituição, impedindo-se arbitrariedades.

Do conceito trazido por Sarlet (2010, p. 25-36) sobre a dignidade humana é possível perceber que o reconhecimento do respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade é imperativo de um Estado Democrático, afirmando o autor que se trata de uma qualidade intrínseca e distintiva de cada um, conferir-lhe um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer tratamento de cunho degradante e desumano. Com efeito, além de garantir condições mínimas de uma vida

saudável ao sujeito, devem aqueles proporcionar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida.

A dignidade como autonomia envolve, segundo Beyleveld e Brownsword (2004, p. 13), dois importantes aspectos: a capacidade de autodeterminação e as condições para o exercício da autodeterminação. Quanto ao primeiro, afirma-se ser o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade, dentro da noção de um sujeito moral capaz de se autodeterminar, traçar planos de vida e realizá-los, desde que não violem direito de terceiros. O segundo aspecto, para eles, está relacionado à ideia de mínimo existencial, pois instrumentaliza a dignidade como meio a alcançar a autonomia. A garantia de escolhas livres passa pela promoção de meios adequados a elas e não apenas uma retórica vazia.

Por isso que as restrições a direitos fundamentais não podem se basear na prevalência das concepções majoritárias ou que tenham por objetivo conveniências administrativas, bem como não podem ser aplicadas por meio de fórmulas que tenham fundamento na moral pública ou nos bons costumes. No caso das restrições atinentes à liberdade religiosa, elas somente podem ocorrer quando estiver em conflito com algum interesse estatal relevante (*compelling state interest*), devendo prevalecer o meio menos restritivo (MACHADO, 1996, p. 314). Sendo assim, as possíveis soluções para a colmatação de tensões passam pela investigação do âmbito de proteção e posições jusfundamentais.

### 3.1 O DUPLO CARÁTER DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

A tradição da doutrina germânica<sup>9</sup> há muito enuncia que o direito à liberdade religiosa, por ser um direito fundamental, possui uma dimensão

<sup>9</sup> Trata-se do duplo caráter dos direitos fundamentais (*der Doppelcharakter der Grundrechte*), tal qual ressaltado por Hesse (1999). Como uma forma de se ter uma visão geral da doutrina germânica na matéria, ver Novais (2003).

subjetiva e outra objetiva, o que favorece a identificação de posições jurídico-fundamentais orientadoras da liberdade. A primeira, enquadra-se na categoria de um “direito subjetivo público”, com matriz na posição individual dos direitos. Ela confere algumas faculdades e poderes ao seu titular, proporcionando o livre exercício, positivo e negativo, dos direitos, os quais ficam blindados da ingerência estatal (HESSE, 1999, p. 127). A segunda (objetiva), representa um princípio informador, conformador e limitador das tarefas do Estado e da vida em comunidade. Ela sobreleva a sua força de garantia institucional e reforça a relevância do fenômeno jurídico para todos os âmbitos da vida conectados a valores constitucionais (RAMÍREZ, 2016, p. 67). Pode-se dizer que a face subjetiva corresponde ao reconhecimento e proteção de um interesse legítimo e a dimensão objetiva teria a conotação de um valor constitucional albergado pela forma de “metanorma” (ORTEGA, 2006, p. 118-119).

É justamente o elemento da “fundamentação constitucional” que diferencia a restrição (constitucionalmente legítima) da violação do direito. Quanto mais esse âmbito de proteção é ampliado, maior é o plexo de relações de atos e fatos que integrarão *prima facie* o objeto de proteção do direito (NOVAIS, 2003, p. 298). Essas posições e o conteúdo dos respectivos limites vinculam as restrições à necessidade de justificação constitucional, relegando esta ao controle operado em sede jurisdicional (em especial no contexto da jurisdição constitucional).

Com isso, ao se reconhecer estes duplos aspectos dos direitos fundamentais, viabiliza-se também admitir uma amplitude do suporte fático. Embora a adoção de um alargado âmbito de proteção nos levaria à consideração de questões um tanto duvidosas e limítrofes, é necessário aceitar a sua amplitude conceitual sob pena de renegar proteção de posições jurídicas-fundamentais dele deduzíveis e elementares (ALEXY, 2015, p. 322).

Sob o aspecto da posições jurídico-fundamentais relativas à livre escolha e exercício da fé religiosa, percebe-se que sua manifestação

constitui um plexo de exercícios positivos e negativos. Identificam-se três faculdades-núcleos de proteção: o direito a não ter e não seguir uma fé, a não se identificar com alguma e/ou não a exercer por culto (UNRUH, 2015, p. 64). De modo que a liberdade religiosa também garante aos indivíduos o direito de exteriorizarem a crença de forma pública, com a manifestação da religião por meio de adorações, venerações e liturgias em templos religiosos, desde haja respeito à ordem pública e outros direitos fundamentais da pessoa humana, como é o caso da vida.

Conquanto existam direitos não passíveis de restrições, em tese, pela ausência de reserva expressa (simples ou qualificada), o direito fundamental à liberdade religiosa não se apresenta como garantia individual absoluta, podendo ser objeto de restrição para resguardar a harmonia do ordenamento jurídico. Isso decorre principalmente pelo seu caráter de princípio que, nessa condição, admite colisão com outros direitos fundamentais, fazendo-se necessária uma solução ponderada em favor de um deles (ALEXY, 2001, p. 95-100), o que será observado mais adiante.

Importa, agora, alertar quanto às consequências teórico-dogmáticas fundamentais decorrentes da assunção da referida faceta objetiva, as quais podem ser assim divididas: 2.1.1) a função de dever de proteção estatal (*staatliche Schutzpflicht*), a partir da qual os direitos de liberdade desempenham uma função que excede a de direitos de defesa (*Abwehrrechte*); 2.1.2) a eficácia de irradiação, a partir da qual os direitos fundamentais se tornam vetores axiológico-objetivos do sistema, conformando preceitos, atos e fatos jurídicos aos seus respectivos conteúdos (NOVAIS, 2003, p. 60-95).

### 3.1.1 Aspecto atinente à proteção estatal

Pelo fato de os direitos fundamentais, simultaneamente, veicularem comandos tão díspares, é comum que essas duas perspectivas sejam traduzidas na ideia de funcionalidade ou funções dos direitos fundamentais.

Se levada em consideração as liberdades formais ou clássicas, a literatura jurídica costuma identificar uma função chamada de defensiva, ou seja, aquela de defesa dos indivíduos contra as investidas do Estado, e outra chamada de proteção, quando os direitos fundamentais desempenhariam uma função protetiva (CREMER, 2003, p. 8-12). A proteção estatal (*staatliche Schutzpflicht*) deve ser tal que desempenha um papel proativo, mas que visa, em última análise, à realização de um interesse legítimo.

Há diversos caminhos para se chegar a este resultado. Jellinek (1979, p. 94), por exemplo, desenvolveu um arcabouço conceitual próprio, a partir da posição jurídica do titular do direito fundamental em relação ao Poder Público e classificou os direitos em *status negativus*, *status positivus* e *status activus*. Doldorer (2000, p. 77), por outro lado, procurou distinguir essas aplicações dos direitos fundamentais em conteúdos objetivos e subjetivos. Para tanto, ele procura ancorar a possibilidade de se extraírem conteúdos diversos dos direitos fundamentais a partir da distinção entre direito (único) e faculdades (múltiplas). Isso basta para entender que no fundo, esses autores se utilizam de terminologia diferenciada para apresentar ideias muito semelhantes que corroboram a múltiplas funcionalidades dos direitos fundamentais.

### 3.1.2 Eficácia de irradiação

Conforme já dito, é possível afirmar que se, de um lado, os direitos fundamentais funcionariam, primeiramente, como direitos de defesa dos indivíduos contra o Estado; de outro, eles constituiriam uma ordem objetiva de valores, um tipo de sistema valorativo eleito pelo constituinte, que serviria como um conjunto de escolhas feitas em nível constitucional. Daí que surge a eficácia de irradiação, a partir da qual os direitos fundamentais se tornam vetores axiológico-objetivos do sistema. O incremento da ideia, contudo, não é o reconhecimento de um conteúdo objetivo dos direitos fundamentais, mas a eficácia "complementar" que os direitos fundamentais passam a ter,

implicando sua concretização, independentemente da ação do legislador ordinário (NOVAIS, 2003, p. 66).

### 3.2 CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

Pieroth e Schlink (2012, p. 146) enunciam que a garantia do conteúdo essencial, o princípio da vedação de excesso e o princípio da igualdade integram o conjunto dos elementos de controle de restrições abarcado sob a categoria de “limites dos limites”, trazendo força para a criação de barreiras intransponíveis ao Poder Público quando da realização de sua tarefa de delimitação e restrição de direitos fundamentais. A garantia do conteúdo essencial visa a estabelecer barreiras à redução que leve o direito fundamental a uma parcela ínfima da sua própria realidade e impeça seu exercício útil.

A compreensão da ideia de “conteúdo essencial” deve partir da análise relacionada à complexa estrutura dos direitos fundamentais de liberdade, dividindo-os em direitos que configuram “um espaço de autodeterminação do indivíduo e direitos de liberdade que apenas esgotam uma função de defesa (*Abwehrfunktion erschöpfen*).” A separação da esfera de conteúdo destes direitos em uma parcela periférica e outra central só é possível naqueles primeiros, situação na qual há um “conteúdo essencial” ou “âmbito central” determinável (SCHNEIDER, 1983, p. 211-229). Para além das reservas constitucionais de limitação, exerce a garantia do conteúdo essencial uma função que vai além das reservas constitucionais de limitação, compreendendo a função complementar, a qual reconhece que a proteção de um âmbito central de conteúdo jusfundamental só é possível “naqueles direitos em se possa identificar uma zona interna de proteção e uma zona periférica, enquanto aos demais, que exercem apenas função de defesa, o conteúdo se identifica com o produto da aplicação do princípio da

proporcionalidade, sendo aí suficiente a proteção conferida." (SCHNEIDER, 1983, p. 273-275).

O âmbito de proteção e as possíveis relações entre direito e a figura das restrições devem ser consideradas a partir da determinação do conteúdo essencial a qual depende de inúmeras variáveis, tais como o suporte fático. Por isso, para Silva (2014, p. 206-207) toda medida que seja proporcional (ou seja, que observe o princípio da proporcionalidade) respeita o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, de forma a vincular esta garantia ao referido princípio. Verifica-se, pois, que tanto o fundamento pela não violação do conteúdo essencial como o argumento pelo princípio da vedação de excesso (proporcionalidade) possuem suas próprias funções no âmbito da proteção dos direitos fundamentais contra restrições operadas pelo Poder Público, compondo um núcleo de salvaguarda de conteúdo fundamental mínimo.

Quando se trata das especificidades do direito fundamental à liberdade religiosa, a sensibilidade de sua substância extrafísica, sua pluralidade multifacetária no modo de sua manifestação e sua própria natureza ontológica *cluster right*,<sup>10</sup> exigem que a sua garantia e proteção se deem da forma mais ampla possível, sob pena de esvaziamento do seu conteúdo. De outro lado, a esfera de individualidade (*Individualsphäre*) em cujo âmbito compete apenas ao indivíduo valorar o fenômeno religioso constitui seu conteúdo essencial, podendo, pois, posicionar-se frente a ele e determinar o grau de influência sobre sua visão acerca da vida e do mundo, justamente em razão da natureza espiritual da liberdade religiosa (MACHADO, 1996, p. 220).

Em suma, pode-se dizer que o conteúdo essencial do direito fundamental da liberdade religiosa corresponderia ao seu respectivo "conteúdo da dignidade humana", cuja violação ocorreria quando se relegasse o indivíduo

<sup>10</sup> Expressão foi utilizada pela filósofa Judith Jarvis Thomson em seu livro intitulado de "The Realm of Rights" (1990) para definir "aqueles direitos que contêm outros direitos", a exemplo do que ocorre com os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade.

à condição de mero objeto da atividade estatal. De modo que a parcela de seu âmbito de proteção deve garantir a livre conformação e atuação da vida individual em relação às crenças religiosas, imprimindo a estas o valor da dignidade humana, uma vez que é pelo reconhecimento deste valor que se permite ao homem a livre justificação das suas escolhas religiosas.

Definido, do ponto de vista dogmático, o âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa – mesmo que de forma resumida – passa-se à análise dos casos concretos em que houve interferência estatal no exercício da fé religiosa decorrentes da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Ressalta-se que estes foram selecionados como paradigmas em meio a muitos outros atos, não representando sua escolha uma crítica de cunho político ou de qualquer outra conotação, a não ser sua utilização como meio de uma pesquisa reflexiva sobre o tema.

#### **4 A INTERFERÊNCIA ESTATAL NO EXERCÍCIO DA FÉ RELIGIOSA EM MEIO À PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19)**

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde - OMS classificou a doença, com origem advinda do novo Coronavírus (Covid-19), como uma pandemia. Isso porque houve constatação de circulação do vírus em todos os continentes, bem como a ocorrência de casos oligossintomáticos, a evidenciar a necessidade de alerta aos países. Para diminuição da transmissão do Coronavírus, a OMS recomendou medidas como: proibição de grandes aglomerações; fechamento de escolas e universidades, entre outras instituições; restrições de transporte público e/ou de locais de trabalho, além de outras medidas análogas; e quarentena e/ou isolamento (WHO, 2020).

A partir disso, os poderes estatais começaram a criar atos normativos e exarar decisões condizentes com aquelas recomendações, o que culminou



na interferência da liberdade dos cidadãos. Embora existam inúmeros decretos do poder executivo dos estados e dos municípios, utiliza-se como objeto de estudo o Decreto Federal nº 10.292/2020, editado pela União, uma vez que sua aplicabilidade é mais ampla e tem repercussão nacional, fazendo com que o debate seja plural. Com efeito, ao estabelecer as atividades essenciais, o referido ato enunciou no seu artigo 3º, inciso XXXIX, que as “atividades religiosas de qualquer natureza, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde” (BRASIL, 2020) permaneçam em funcionamento durante a atual pandemia.

Ato contínuo, ao atender a um pedido da Procuradoria da República no Distrito Federal, a Justiça Federal, em Duque de Caxias, Rio de Janeiro, excluiu as igrejas daquela relação, sob o argumento de que “seu teor não se coaduna com a gravíssima situação de calamidade pública decorrente da pandemia, que impõe a reunião de esforços e sacrifícios coordenados do poder público e de toda a sociedade brasileira [...]” Todavia, a Advocacia Geral da União apresentou o pedido de Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela daquela decisão, sendo autuado nº 5002992-50.2020.4.02.0000/RJ, o qual foi acolhido para suspender os efeitos do ato judicial anterior.<sup>11</sup>

Perceba-se que, mesmo com a natural aglomeração de pessoas em atividades de reuniões religiosas, o Decreto buscou assegurar que os cidadãos pudessem praticar sua fé, talvez como forma de superar os desafios do confinamento em outras esferas do convívio social. Exsurge, contudo, um conflito entre o direito à saúde e o direito à liberdade religiosa, ambos com *status* fundamental na Constituição Federal. É que estes direitos entram em rota de colisão entre si, quando o gozo pleno de um depende da restrição de outro. Por outro lado, deve-se ter em mente que tanto no caso da liberdade religiosa, quanto a outros direitos e garantias fundamentais, não existe suporte juridicamente legítimo a justificar intervenções no seu

<sup>11</sup> Por não ter adentrado no tema da constitucionalidade material do ato editado pelo Poder Executivo Federal, propositalmente estas decisões não serão objeto de estudo.

âmbito de proteção que possam resultar no esvaziamento do respectivo núcleo essencial.

Com isso, é preciso garantir minimamente um núcleo para estabelecer barreiras à redução que leve o direito fundamental a uma parcela ínfima da sua própria realidade e impeça seu exercício útil. A compreensão deve partir da análise relacionada à complexa estrutura dos direitos fundamentais de liberdade, de modo que haja direitos em um espaço de autodeterminação do indivíduo e direitos de liberdade que apenas esgotam uma função de defesa. Ou seja, a prática de um ato não se esgota em si mesmo, podendo conferir várias esferas de proteções.

Alexy (2001, p. 324-326), cita, por exemplo, que “uma procissão, mesmo com o risco de epidemia, continua a ser uma prática religiosa [...]” Daí sempre a proteção conferida pela adoção de uma amplitude do suporte fático e do âmbito de proteção alcançar de forma automática uma proteção maior do que a conferida pela assunção de um suporte fático e de um âmbito de proteção restritos, já que a posição de proteção é tão somente *prima facie*.

No Brasil, as reuniões religiosas podem ser restringidas na vigência do estado de defesa (artigo 136, parágrafo 1º, I, “a”, Constituição Federal) e suspensas por decreto de estado de sítio (artigo 139, IV, Constituição Federal). No entanto, deve ser respeitado o seu núcleo essencial materializado pelo o princípio fundamental da dignidade humana (umbilicalmente ligado às escolhas pessoais), ou seja, ao direito do indivíduo optar, autonomamente, à luz de suas crenças morais, éticas, religiosas, políticas, econômicas, por determinada solução para os seus problemas, desde que, tal solução, não interfira no bem-estar da coletividade ou de outros indivíduos. É nesta situação que reside o problema, pois como colmatar a atuação estatal quando a opção individual coloca em risco o direito à vida, tanto a própria, quanto a de terceiros.

É oportuno que a dignidade humana seja lembrada como o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais, impondo, na

visão de Barroso (2000, p. 15), a preservação e promoção desses direitos numa dimensão individual e noutra social, afirmando que "a dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas", a dimensão social, por sua vez, "envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos."

Pensando em uma perspectiva de duplo caráter da liberdade religiosa (antes explicado), é defensável o entendimento segundo o qual a proteção adequada dos direitos fundamentais em jogo (liberdade religiosa e o direito à vida) passa pelo reconhecimento da irredutibilidade do seu conteúdo ligado à dignidade humana. Nesse sentido, seria razoável aceitar que, além de se assegurar a liberdade de atuação do indivíduo na escolha da sua fé (caráter subjetivo), a sua manifestação e culto, particular ou público, que são intrínsecas à crença (dimensão objetiva), também o sejam. O Estado, ao eleger como essencial as "atividades religiosas de qualquer natureza", *a priori*, nada mais fez do que dar concretude à dignidade humana.

Se por um lado, há que se conferir proteção máxima da liberdade religiosa por parte do Estado. Por outro, também se fazem necessárias medidas em prol da saúde pública, especialmente aquelas que, segundo o conhecimento médico-sanitário-científico, promovam a diminuição dos riscos de contaminação (ou, em última análise, propagação da pandemia), dentre as quais se encontra a restrição, no período de quarentena, da comemoração pública de festividades religiosas (fenômenos flagrantemente massivos), as reuniões públicas (no que substanciem aglomeração e infringência às regras sanitárias), valendo o mesmo para ritos religiosos celebrados em comum, salvo alternativas tecnológicas que possibilitem a realização do culto a distância.

Não só isso, deve-se respeitar o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e distrital e suplementar dos governos municipais,

cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, pois somente assim é viável atender às peculiaridades regionais e locais. Nesse sentido, merece transcrição parte da decisão do Min. Alexandre de Moraes, proferida na ADPF 672 (BRASIL, 2020, p. 8-9, grifo nosso):

em respeito ao Federalismo e suas regras constitucionais de distribuição de competência consagradas constitucionalmente, assiste razão à requerente no tocante ao pedido de concessão de medida liminar, 'para que seja determinado o respeito às determinação dos governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração'. A adoção constitucional do Estado Federal gravita em torno do princípio da autonomia das entidades federativas, que pressupõe repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias. Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. [...] Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores).

Ressalta-se que se houver divergência entre as medidas de quarentena adotadas pelos diferentes entes federativos, devem predominar aquelas que tenham, segundo Maffini (2020, p. 24), "maior fundamentação científica;

se forem igualmente fundamentadas (ou mal fundamentadas) quanto aos aspectos científicos, devem predominar aquelas mais compatíveis com as respectivas realidades locais." Todavia, continua o autor: "não sendo possível aferir quais as mais compatíveis com as respectivas realidades locais, devem predominar aquelas medidas mais restritivas, em nome da precaução e prevenção recomendáveis neste momento."

Noutra perspectiva, há que se destacar o entendimento contrário já proferido em outros países, tal qual a Alemanha, que, através da sua 2ª Câmara do Tribunal Constitucional Federal (ALEMANHA, 2020), em 10 de abril de 2020, confirmou a aplicação provisória de uma portaria do governo do estado de Hesse que proíbe reuniões em igrejas, mesquitas, sinagogas e reuniões de outras comunidades religiosas, com a intenção de evitar a disseminação do Coronavírus (Covid-19). Para o referido Tribunal Alemão, a aplicação provisória da portaria, embora extremamente séria na ingerência sobre a liberdade de crença, é necessária para evitar o alastramento da doença, destacando a prevalência do direito fundamental à vida dos membros da comunidade, em detrimento da liberdade de crença. Pela sua importância, transcreve-se parcialmente a decisão:

*Würde demgegenüber die Untersagung von Zusammenkünften in Kirchen wie beantragt vorläufig außer Kraft gesetzt und hätte die Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg, würden sich voraussichtlich sehr viele Menschen zu Gottesdiensten in Kirchen versammeln; das gilt gerade über die Osterfeiertage. Damit würde sich die Gefahr der Ansteckung mit dem Virus, der Erkrankung vieler Personen, der Überlastung der gesundheitlichen Einrichtung bei der Behandlung schwerwiegender Fälle und schlimmstenfalls des Todes von Menschen nach der maßgeblichen Risikoeinschätzung des Robert-Koch-Instituts vom 26. März 2020 ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikobewertung.html)) erheblich erhöhen, obwohl dies durch ein Gottesdienstverbot in verfassungsrechtlich zulässiger Weise hätte vermieden werden können (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2020 – 1 BvR 755/20 -www.bundesverfassungsgericht.de). Diese Gefahren blieben nicht auf*

*jene Personen beschränkt, die freiwillig an den Gottesdiensten teilgenommen haben, sondern würden sich durch mögliche Folgeinfektionen und die Belegung von Behandlungskapazitäten auf einen erheblich größeren Personenkreis erstrecken.<sup>12</sup>*

A linha entre a prevalência de um ou de outro argumento é muito tênue, por isso a construção das premissas fundamentais deve ser muito bem definida. Isso porque quando se fala em direito à prática da religião professada, indubitavelmente se faz necessária, como alhures dito, elevar a liberdade religiosa ao nível constitucional que promova a dignidade humana e essa providência pode ter mais de um resultado a depender da intensidade que seja conferida a proteção dos bens jurídicos (religião e vida) no caso concreto. É possível até mesmo dizer que a religião seria uma forma de dignificar a vida do ser humano, confundindo-se os dois direitos fundamentais em uma só razão de ser e provocando-se uma interdependência sistêmica que impossibilitaria concluir pela prevalência de apenas um, mas de um conjunto de proteções jurídicas. Por isso, parece ser mais adequada a ponderação dos elementos fáticos caso a caso, elencando-se aqueles com maior intensidade para daí concluir qual prevalecer.

## 5 CONCLUSÃO

O estudo sobre as questões atinentes à liberdade religiosa no contexto da pandemia causada pelo Coronavírus (Covid-19) foi abordado

<sup>12</sup> Tradução livre: "Se, por outro lado, a proibição de reuniões nas igrejas fosse temporariamente suspensa, conforme solicitado, e se a reclamação constitucional não tivesse êxito, um grande número de pessoas provavelmente se reuniria nas igrejas para os serviços da igreja; isso se aplica especialmente às férias da Páscoa. Isso reduziria o risco de infecção pelo vírus, a doença de muitas pessoas, a sobrecarga da unidade de saúde no tratamento de casos graves e, no pior caso, a morte de pessoas, de acordo com a avaliação de risco relevante do Robert Koch Institute em 26 de março de 2020 ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikob\\_Assessment.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikob_Assessment.html)), embora isso possa ter sido evitado de maneira constitucionalmente admissível pela proibição da adoração (ver BVerfG, decisão da 3ª câmara da primeira Senado de 7 de abril de 2020 - 1 BvR 755/20 - [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)). Esses perigos não se limitavam àqueles que voluntariamente participavam dos serviços, mas estendiam-se a um grupo significativamente maior de pessoas através de possíveis infecções subsequentes e da ocupação das capacidades de tratamento."

sob uma visão constitucional. Destacou-se que a liberdade religiosa é indispensável para a concepção de um Estado Democrático de Direito, uma vez que compõe a democracia e faz dela uma ferramenta importante para o debate plural de ideias. Com efeito, verificou-se que o direito à liberdade de pensamento possibilita à pessoa humana formular juízos de valor sem a presença de amarras estatais ou morais impostas pela sociedade. De modo que o direito à liberdade de pensamento reflete a carga valorativa do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao se analisar os princípios e garantias constitucionais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), destacou-se a sua importância no ordenamento jurídico, aprofundando-se o princípio da dignidade humana que é extraído do artigo 1º, inciso III, da CRFB/88. Ele que tem uma dimensão ligada à autonomia do indivíduo, a qual expressa sua capacidade de autodeterminação e de liberdade de realizar suas escolhas existenciais. Nesse sentido, a dignidade pode envolver, igualmente, a proteção de determinados valores sociais e a promoção do bem do próprio indivíduo, aferido por critérios externos a ele, ganhando nova roupagem e aumentando seu espectro de proteção – agora sob o manto da autodeterminação.

Ato contínuo, enunciou-se que o princípio da vedação de excesso e o princípio da igualdade integram o conjunto dos elementos de controle de restrições abarcado sob a categoria de “limites dos limites”, trazendo força para a criação de barreiras intransponíveis ao Poder Público quando da realização de sua tarefa de delimitação e restrição de direitos fundamentais. Destacou-se o duplo caráter do direito à liberdade religiosa: a) a função de dever de proteção estatal (*staatliche Schutzpflicht*), a partir da qual os direitos de liberdade desempenham uma função que excede a de direitos de defesa (*Abwehrrechte*); b) a eficácia de irradiação, a partir da qual os direitos fundamentais se tornam vetores axiológico-objetivos do sistema,

conformando preceitos, atos e fatos jurídicos aos seus respectivos conteúdos.

Com isso, tornou-se possível o argumento de que se deve assegurar, além da liberdade de atuação do indivíduo na escolha da sua fé (caráter subjetivo), também a proteção a sua manifestação e culto, particular ou público, que são intrínsecas à crença (dimensão objetiva), pois o Estado, ao eleger como essencial as “atividades religiosas de qualquer natureza”, *a priori*, nada mais fez do que dar concretude à dignidade humana. Assim, aparentemente, a decisão da 2ª Câmara do Tribunal Constitucional Federal Alemão vai de encontro com o duplo caráter da liberdade, pois reduziu o conteúdo da liberdade religiosa ligado à dignidade humana.

Por fim, evidenciou-se que, independentemente da posição que se adote, o fundamento comum está ligado à dignidade da pessoa humana, mostrando-se adequada a ponderação dos elementos fáticos caso a caso, elencando-se aqueles com maior intensidade para daí concluir qual prevalecer.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (2. Câmara). **BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats** vom 10. April 2020. Disponível em: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410\\_1bvq002820.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200410_1bvq002820.html). Acesso em: 23 jun. 2020.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.



BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**: limites e possibilidade da Constituição brasileira. 4. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. **Human dignity in bioethics and biolaw**. [S. l.: s. n.], 2004.

BRASIL. **Decreto n. 10.282**, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Brasília, DF, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2020/decreto-10282-20-marco-2020-789863-norma-pe.html>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4439**. Relator: Roberto Barroso. Brasília, DF, 27 set. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672**. Relator: Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CREMER, Wolfram. **Freiheitsgrundrechte**: Funktionen und Strukturen. Mohr Siebeck. Tübingen, 2003.

DOLDORER, Michael. **Objektive Grundrechtsgehalte**. Duncker & Humblot. Berlin: [s. n.], 2000.

FISCHMANN, Roseli. **Ensino religioso em escolas públicas: impactos sobre o Estado laico.** São Paulo: Factash, 2008.

FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão.** 1789. Disponível em: [http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf). Acesso em: 10 jun. 2020.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.** Neudruck der 20. C. F. Müller. Aufl. Heidelberg, 1999.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte.** 2. ed. (1919). Scientia. Aalen, 1979.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MAFFINI, Rafael. Covid-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=.+COVID-19%3A+a-nálise+crítica+da+distribuição+constitucional+de+competências>. Acesso em: 22 jun. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3. ed. rev. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. (Direitos Fundamentais, Tomo IV).

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NUNES, Rosa Dionízio. **Das relações da Igreja com o Estado.** Coimbra: Almedina, 2005.

ORTEGA, Abraham Barrero. **La libertad religiosa en España**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais: Direito Estadual II**. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHNEIDER, Ludwig. **Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG**. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **La Democracia en América**. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

UNRUH, Peter. **Religionsverfassungsrecht**. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Responding to community spread of Covid-19**. Disponível em: <https://www.who.int/publications-detail/responding-to-community-spread-of-covid-19>. Acesso em: 20 jun. 2020.



# RITUAIS RELIGIOSOS DE SACRIFÍCIO DE ANIMAIS E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE ANIMAL: O POSSÍVEL CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Emanuela Rodrigues dos Santos<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são prerrogativas essenciais básicas a toda humanidade e visam, sobretudo, salvaguardar a dignidade da pessoa humana, devendo, diante disso, prevalecer frente a quaisquer outros direitos. Dessa forma, dentre os diversos direitos abarcados pela Constituição Federal de 1988 como fundamentais, depara-se com o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e o direito à liberdade de religião e crença, objetos do presente estudo.

Ocorre que, diante da abrangência de proteção dos mencionados direitos fundamentais, frequentemente, o direito de religião e crença interfere no direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, e vice-versa, ocasionando uma oposição entre esses direitos. Nesses casos em que, frente à amplitude do objeto tutelado, direitos fundamentais, tidos como princípios, entram em divergência, faz-se importante analisar se, de fato, ocorre um conflito entre direitos fundamentais ou um conflito aparente.

Isso porque, ao ser constatado o conflito, a solução ocorrerá por meio da ponderação entre os direitos fundamentais ou aplicação de uma regra, quando em situações anteriores, o conflito já foi solucionado, por meio da ponderação, advindo a resolução expressa em uma regra. Assim, nesse último caso, tendo em vista a existência prévia de uma regra que soluciona o confronto, trata-se de um conflito meramente aparente.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria; Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul; Advogada; emanuelarod94@gmail.com

Desse modo, o presente trabalho pretende averiguar, por meio do estudo amparado na doutrina, jurisprudência, legislação, entre outros, qual a solução para a controvérsia presente nos rituais de sacrifício de animais, realizado por diversas religiões, nos quais o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, em virtude da proteção da fauna, contrasta com o direito à liberdade de religião e crença.

Isto é, qual direito fundamental deve prevalecer, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado ou o direito de liberdade de religião e crença? Nesse ínterim, a pesquisa realizar-se-á de forma dialética, descritiva e bibliográfica. Outrossim, o presente trabalho intenta verificar se nesses rituais de sacrifício de animais ocorre um conflito real ou aparente entre os mencionados direitos fundamentais, bem como objetiva apontar a solução.

Para tanto, o trabalho está dividido em três partes. Na primeira parte enfrenta-se o tema do direito fundamental à liberdade de religião e crença, bem como o ritual de sacrifício de animais, posto significar a expressão mais relevante de diversas religiões, tais como as de origem africana. Na segunda parte, apresenta-se a importância do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e a evolução dos estudos relacionados aos animais, em virtude de sua sciência.

E, por último, na terceira parte expõe-se a colisão entre os direitos fundamentais, objetos do presente trabalho, visualizada no ritual de sacrifício de animais, e sua respectiva solução, com o auxílio do caso do Recurso Extraordinário nº 494.601, o que foi feito com o objetivo de estabelecer diálogo, visualizar a prática, e analisar criticamente o tema.

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE RELIGIÃO E DE CRENÇA E O RITUAL DE SACRIFÍCIO DE ANIMAIS**

A definição do Brasil como um país laico, isto é, que não possui uma religião oficial estabelecida, ocorreu a partir da proclamação da República, a

qual estabeleceu um regime democrático, presidencialista e tripartite, com a consequente separação do Estado e da Igreja, consignado na Constituição Republicana de 1891. Sendo Ruy Barbosa o grande defensor da liberdade religiosa no Brasil e quem lavrou a favor da laicidade, por meio do Decreto nº 119-A, pois acreditava que a religião seria impossível sem liberdade (FREITAS, 2018, p. 20).

Importante referir que, antes da Constituição Republicana, na Constituição do Império de 1824, eram assegurados poucos direitos individuais, dentre eles havia a tutela da liberdade religiosa, mas com fortes restrições. Uma vez que, em seu artigo 5º, a religião Católica Apostólica Romana era definida como a religião oficial do Império, sendo todas as demais religiões permitidas desde que de forma velada, sem forma alguma de exteriorização em templos (FREITAS, 2018, p. 19).

Porém, a elevação da liberdade religiosa ao status de direito humano fundamental apenas ocorreu com a Constituição Federal de 1988, a qual consagrou no artigo 5º, inciso VI, a liberdade de consciência, de crença e culto, no inciso VII, a prestação de assistência religiosa e, no inciso VIII, a não privação de direitos por motivo de crença. Veja-se:

Art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei. (BRASIL, 1988).

Assim, conforme Silva (1999, p. 249-252) a liberdade de religião comporta três categorias intrinsecamente relacionadas, quais sejam: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização

religiosa. A liberdade de crença é compreendida como sendo a liberdade de escolha da religião ou de seita religiosa, liberdade para mudar de religião e também de não aderir a nenhuma, bem como a liberdade de não crer em nada, ser ateu e exprimir o agnosticismo.

A liberdade de culto abrange as formas como a religião é manifestada, por meio de ritos, cultos, cerimônias, manifestações, reuniões, rituais, tradições, entre outros. Está assegurada no inciso VI, do artigo 5º, o qual tutela a liberdade de exercício dos cultos religiosos e protege os locais de culto e suas liturgias, na forma da lei (BRASIL, 1988). E, por fim, a liberdade de organização religiosa diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado (SILVA, 1999, p. 253).

Além da proteção constitucional, o Código Penal brasileiro tipifica, mediante o artigo 140, parágrafo 3º, a injúria por motivos de religião, e no artigo 208 há o capítulo reservado para os “crimes contra o sentimento religioso.” (BRASIL, 1940). Ademais, a Lei nº 7.716/89, no seu artigo 20, criminaliza a prática de discriminação e preconceito de cunho religioso (BRASIL, 1989).

Refere Lima (2010, p. 375-377) que um direito que se comunica diretamente com o direito à liberdade religiosa é o direito à identidade étnica, compreendido como o direito de preservar, vivenciar e reproduzir uma cultura sem sofrer repressões. E abrange desdobramentos como idioma, costumes, crenças, entre outros, permitindo que o indivíduo pertencente a um determinado grupo possa se afirmar como tal.

Nesse contexto, algumas religiões, além da proteção de direito fundamental, possuem regulamentação específica, é o caso das religiões de matriz africana que possuem amparo no Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), nos seus artigos 23 ao 26, os quais protegem o direito de consciência, de crença e de exercício dessas religiões, além da proteção dos seus locais de culto e as suas liturgias, indo além da Constituição ao tutelar de forma particularizada (COELHO; OLIVEIRA; LIMA, 2016, p. 56)



Essa tutela de forma específica é decorrente, sobretudo, do mencionado direito à identidade étnica, como uma forma de suprimir com a estigmatização, preconceitos, violências etc., suportadas por essas religiões há séculos, buscando uma real concretização de seus direitos religiosos, de suas manifestações religiosas étnico-raciais.

Sobre as religiões de origem africana, acredita-se que foram trazidas para o Brasil a partir do século XIX, na década iniciada em 1810, por meio dos lorubás (hoje povo localizado na Nigéria), aqui denominados Nagôs (SALES, 2010, p. 10). Povo esse que foi escravizado e se unia - de forma escondida, pois só a religião Católica era aceita - em torno dos terreiros para realizar o culto de suas divindades ancestrais. Surgindo, dessa forma, as religiões afro-brasileiras.

O antigo povo africano acreditava - em sua maioria agricultores -, que forças sobrenaturais, espíritos ou entidades estavam presentes em objetos e na natureza. Logo, ofereciam sacrifícios em troca de proteção, lealdade e filiação entre os homens e os espíritos da natureza, cultuando-os como divindades, mais tarde designadas orixás (PRANDI, 2005, p. 1).

Assim, essa população advinda da África, confrontando com os padrões dominantes do Brasil, introduz e reproduz valores e saberes das visões de mundo da sua origem, reelaborando e sintetizando no Brasil uma relação do sagrado com as forças da natureza, ensinando-nos a necessidade de uma convivência harmônica com a natureza e apostando na construção coletiva do espaço social (SALES, 2010, p. 11).

Por conseguinte, compõe as religiões de origem africana, entre outras, a Umbanda, o Candomblé, o Batuque, a Quimbanda, o Omolokô e a Santeria. Dentre os seus rituais, aos quais pode-se facilmente visualizar uma relação genuína por parte de seus seguidores com o meio ambiente, encontra-se, geralmente, o ritual de sacrifício de animais, também chamado de imolação. Cabe aludir que ele não é uma peculiaridade das religiões afro-brasileiras, posto tratar-se de um ato religioso histórico e multicultural.

Dessa forma, o sacrifício religioso de animais é encontrado no Antigo Testamento, na religião grega, no hinduísmo (ritual védico), em práticas muçulmanas, em religiões de origem africana, entre outras (COELHO; OLIVEIRA; LIMA, 2016, p. 58). Além disso, "os dogmas de algumas religiões determinam que o consumo de carne pelos fiéis só pode se dar através do abate religioso, como é o caso do judaísmo (que utiliza o abate *Kosher* ou *Kasher*) e o islamismo (com o abate *Halal*)." (COELHO; OLIVEIRA; LIMA, 2016, p. 58).

Nesse ínterim, Marcel Mauss e Henri Hubert (2005, p. 19) explicam que todo sacrifício implica uma consagração, isto é, em todo sacrifício um objeto passa do domínio comum ao domínio religioso, pois é consagrado. Porém, as consagrações não são todas da mesma natureza, vez que algumas esgotam seus efeitos no objeto consagrado (homem ou coisa), outras, como no sacrifício, irradia-se para além da coisa consagrada, atingindo a pessoa moral que se encarrega da cerimônia e o fiel que forneceu a vítima.

Logo, o objeto da consagração não será no final do ato o que era no começo, pois adquiriu um caráter religioso que não possuía, ou suprimiu um caráter desfavorável que o afligia, elevou-se a um estado de graça ou saiu de um estado de pecado. Em suma, ele é transformado (MAUSS; HUBERT, 2005, p. 19).

Portanto, no sacrifício, a morte rompe com o último vínculo da vítima com o mundo profano, fazendo-a renascer sagrada. Posteriormente ao ato de consagração, o destino da vítima costuma ser o consumo, ocasião em que, não sendo inteiramente oferecida aos deuses, será ingerida pelos participantes, os quais receberão, ao ingerir, as qualidades sagradas que a vítima adquiriu após o sacrifício (MAUSS; HUBERT, 2005, p. 19).

No que pertine o sacrifício de animais, especificamente nas religiões afro-brasileiras, muitas dessas religiões possuem a prática como parte de seu ritual interno. Nesse seguimento, Martins (2014, p. 76) explica que o sangue do animal sacrificado entra na categoria de oferendas e busca

vitalizar o axé, ou seja, reforçar a energia vital do Orixá no terreiro ou na cabeça do adepto. Todavia, cabe referir que, não é uma prática comum a todas as religiões afro, como sucede com a Umbanda Tradicional do Caboclo das Sete Encruzilhadas, a qual não o realiza.

As oferendas, como o sacrifício, representam uma herança preservada até hoje. Envolvem cânticos, danças e orações que remetem aos séculos passados, principalmente em solos africanos, "em que a tradição e oralidade mantinham no sacrifício animal uma forma de agrado aos Deuses Orixás" garantindo também a proteção ante o grande desafio de sobrevivência e vitórias nas guerras tribais, comuns naquele período (MARTINS, 2014, p. 76-77).

Também nessas religiões, o destino da carne do animal consiste na alimentação, que compõe o ritual, denominado *ebó*, ou seja, comida. A transformação do animal sacrificado em alimento "agrega uma dinâmica maior de solidariedade entre os atores envolvidos no ritual, pois todos podem usufruir o banquete, mesmo que levem um pedaço da carne para casa." (TADVALD, 2007, p. 130).

Nesse sentido, são sacrificados animais chamados "dois pés", os quais são oferecidos ao Exu, como pombos, galos e galinhas e "quatro pés" para os demais Orixás, tais como bodes, cabras, carneiros e porcos. Somente o *ogã axogum* (mão de faca), o qual foi devidamente autorizado pelos Orixás, poderá realizar as imolações. Assim, os animais são mortos com um golpe na nuca, devendo sangrar até a última gota antes de ser destinado aos Orixás, por meio da oferenda (CAMPOLIM, 2016).

Importante mencionar que existem animais específicos para serem imolados para orixás específicos e por motivos específicos. Ademais, aduz Tadvald (2007, p. 132) que há todo um cuidado especial para com os animais que servirão ao sacrifício, além da necessidade de serem saudáveis, são muito bem cuidados. Sendo inaceitável oferecer aos orixás animais

maltratados ou doentes. Ainda, é imprescindível que o ritual seja realizado com o mínimo de sofrimento possível para o animal.

Dessa forma, para as religiões de matriz africana a vida animal em si não é sagrada, posto que o que investe o animal de sacralidade é o ritual de imolação, por meio do qual adquirirá o *axé* ou *mana*. Trata-se de rito essencial à existência dessas religiões, pois quando uma entidade espiritual não é alimentada ela morre, ela deixa de existir.

Portanto, o sacrifício para essas religiões não representa a morte, mas o sagrado, a sacralização. Possuindo, o animal, a clara função de mediador entre o mundo daqui e o mundo espiritual, ou seja, cumpre uma função sagrada. Sendo sagrados também o sacerdote sacrificador, o lugar do sacrifício e os instrumentos utilizados para o fim almejado (TADVALD, 2007, p. 142).

Ocorre que essas religiões são constantemente alvos de críticas por parte de movimentos em prol da defesa dos animais e de parte considerável da sociedade, devido o entendimento de que elas se utilizam dos animais de forma inaceitável, como se objetos fossem, causando sofrimento a esses seres que possuem sentimentos, visto sua senciência, a qual já tem sido objeto de diversos estudos. É o que abordaremos no próximo tópico.

### **3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A SENCIENTIA ANIMAL**

A relação do ser humano com a natureza sempre foi uma relação antropocêntrica (visão que atribuiu ao ser humano uma posição de centralidade em relação ao restante do universo), vez que, devido a fatores culturais, religiosos, sociais, entre outros, se construiu no íntimo dos seres humanos esse entendimento e sentimento do meio ambiente como fonte inesgotável de recursos à disposição dos homens. Consequentemente, a

proteção ambiental ocorria e ainda ocorre de forma a beneficiar os interesses do ser humano.

A esse respeito, Bosselmann (2008, p. 24) explica que a antropocentricidade é inerente aos direitos ambientais, o que faz com que muitos autores defendam que o meio ambiente não possui valor intrínseco, existindo apenas para benefício do homem. Logo, "o estado do ambiente é determinado pelas necessidades da humanidade e não pelas necessidades das outras espécies."

Nesse sentido, Sarlet (2014, p. 150) menciona que a proteção jurídica dos recursos naturais pautava-se, antes da década de setenta, exclusivamente no interesse econômico, quando raro, também em razão da tutela da saúde pública. Foi a partir do final dos anos sessenta e início dos anos setenta, com a degradação ambiental tomando proporções cada vez maiores, com as reivindicações de diversos movimentos ambientalistas que as atenções se voltaram, de fato, ao meio ambiente. Surgindo, assim, um "bem jurídico autônomo, com contornos conceituais e normativos próprios." (SARLET, 2014, p. 151).

Entretanto, no Brasil o caráter "instrumental" da proteção ambiental restou efetivamente superado de forma tardia. Apenas com a edição da Lei 6.938 em 1981, a qual instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, se configurou um Direito Ambiental brasileiro propriamente dito (SARLET, 2014, p. 151), agindo a mencionada lei como verdadeiro divisor de águas na tutela do meio ambiente no Brasil.

Após a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, o marco normativo mais relevante, no que tange a consolidação do Direito Ambiental, é a própria Constituição Federal de 1988 ao elevar a preceito de status constitucional a questão ambiental, por meio do artigo 225, o qual consagra que todos têm direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Veja-se: "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se

ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações." (BRASIL, 1988).

Segundo Sarlet (2014, p. 183), a grande inovação trazida pelo período da constitucionalização da proteção ambiental foi "a centralidade que os valores e direitos ecológicos passaram a ocupar no ordenamento jurídico brasileiro, o que representa uma virada ecológica de índole jurídico-constitucional."

Além da tutela ambiental como direito humano fundamental, a Constituição comporta outros dispositivos normativos com o intuito de promover e proteger o meio ambiente, tendo por objeto a garantia do bem coletivo "integridade ambiental". Isto é, o meio ambiente compreendido como um todo, configurando um conjunto de posições fundamentais jurídicas definitivas e *prima facie* (AUGUSTIN; STEINMETZ, 2011, p. 51-55).

Desse modo, referem Augustin e Steinmetz (2011, p. 10-11) que o direito fundamental ao meio ambiente apresenta um caráter duplo, possuindo uma parte subjetiva e uma objetiva. A subjetiva é amparada pela Ação Popular do artigo 5º, inciso LXXIII, na qual é assegurado a todos os indivíduos o pleito da defesa contra atos lesivos à natureza.

Já a parte objetiva determina as atribuições ao Estado visando a realização da tutela ambiental a todos, por meio do parágrafo 1º do artigo 225, cujo texto fixa tarefas estatais para o cumprimento do direito ao meio ambiente, juridicamente vinculantes para o legislador, para o Executivo e para o Judiciário. Assim, o direito fundamental ao meio ambiente adquire sua configuração jurídico-constitucional de forma integral com a reunião desses dois elementos (AUGUSTIN; STEINMETZ, 2011, p. 10-11).

Outrossim, importantíssimo aspecto no que pertine a proteção ambiental encontra-se no inciso VII, do artigo 225, da CF/88, cuja tutela ocorre em relação a fauna e a flora. O aludido inciso veda expressamente as práticas que possam colocar em risco a função ecológica, acarretando na extinção de espécies e a submissão de animais à crueldade (BRASIL, 1988).

Ainda, há outros dispositivos na legislação constitucional e infraconstitucional que, apesar da forma contida, protegem os animais, tais como a Lei 9.605/98, no seu artigo 32, a qual aborda a prática de abuso e maus-tratos contra animais não humanos, sejam domésticos, domesticados, nativos ou exóticos, bem como a realização de experimentos cruéis ou dolorosos ao animal vivo, mesmo que para fins educacionais ou científicos, se existirem outros meios (BRASIL, 1998).

Outro exemplo encontra-se no artigo 64 da Lei das Contravenções Penais (Lei 3.688/41), cuja tipificação incide na prática de crueldade contra os animais e a sua submissão ao trabalho excessivo (BRASIL, 1941). Nesse sentido, autores como Levai (2004, p. 48) afirmam que o sistema constituinte brasileiro prioriza a chamada “função ecológica da fauna”, em detrimento dos animais de maneira individual.

Ocorre que, anteriormente a essa proteção que, de certa forma, continua modesta e limitada aos animais, vez que apenas os protege contra os maus-tratos, diversos pesquisadores e movimentos em defesa dos direitos desses seres vinham e ainda vêm reivindicando ao longo dos anos, sobretudo a partir dos anos setenta, uma proteção mais abrangente, incluindo a consignação de determinados direitos.

Além disso, estudiosos como Pacheco (2012, p. 351) evidenciam uma linha antropocêntrica em constituições como a brasileira e na legislação ambiental ao limitar a proteção do meio ambiente ao interesse exclusivo do homem, em razão do parágrafo 1º, inciso VII, da CF/88 não atribuir valor intrínseco aos animais, mas apenas proibir a crueldade.

Em vista disso, embora o capítulo dedicado ao meio ambiente na Constituição brasileira traga importante norma, coibindo os atos que coloquem em risco a função ecológica, tal dispositivo é interpretado no sentido de conferir apenas uma proteção indireta ou reflexa aos animais, posto a tutela visar de forma prioritária o homem, o qual necessita da fauna para sobreviver.

Nesse sentido, os pesquisadores mais significativos para o movimento em defesa dos animais são, entre outros, Peter Singer e Tom Regan, os quais, por meio de suas obras, lançaram correntes de pensamento que fundamentam até hoje as pretensões concernentes aos animais. Assim, o filósofo Peter Singer permeia suas ideias em prol da libertação animal, defendendo um tratamento ético que se baseia na igualdade humana.

O que não significa que se deseja igualar o ser humano ao animal ou que se deva conceder-lhes os mesmos direitos, pois isso depende da natureza e das particularidades dos membros desses grupos (SINGER, 2010, p. 5). Logo, o princípio da igualdade não requer tratamento igual ou idêntico, mas sim igual consideração. Sendo que igual consideração por seres diferentes pode levar a tratamentos e direitos distintos. É, portanto, a prescrição de como devemos tratar os seres humanos (SINGER, 2010, p. 9).

O princípio da igualdade é formulado por Singer na consideração de interesses a partir da sentiência, critério adotado pela Ética Animal, a qual conceitua os animais como seres sencientes. Assim, fundamenta o autor:

[...] se um ser sofre, não pode haver justificativa moral para deixar de levar em conta esse sofrimento. Não importa a natureza do ser; o princípio da igualdade requer que seu sofrimento seja considerado da mesma maneira em que comparações aproximadas possam ser feitas – de qualquer outro ser. Caso um ser não seja capaz de sofrer, de sentir prazer ou felicidade, nada há a ser levado em conta. Portanto, o limite da sentiência (usando o termo como uma redução conveniente, talvez não estritamente precisa, para a capacidade de sofrer e/ou experimentar prazer) é a única fronteira defensável de preocupação com os interesses alheios. (SINGER, 2010, p. 14-15).

Nesse ínterim, também Tom Regan (2006, p. 65-66) alega que, por meio da sentiência, pode-se visualizar e compreender os animais como “sujeitos de uma vida”. Reflete o autor sobre a importância do estudo dos



direitos humanos para a percepção dos direitos dos animais, visto que assim como os seres humanos, os animais são dotados de vida.

E, portanto, se forem os animais sujeitos de uma vida, possuem direitos exatamente como nós. Por fim, conclui: “Devagar, mas firmemente compreendi que é nisso que a questão sobre direitos animais se resume”, ou seja, na constatação de possuírem vida, o que importa mais que qualquer outra definição (REGAN, 2006, p. 65-66).

Ainda, Singer, se referindo a apontamento feito por Bentham (apud 2010, p. 12-13), alega que a capacidade de sofrer é uma característica vital que comina a um ser o direito de igual consideração, pois a capacidade de sofrer, bem como de sentir prazer ou felicidade é tão importante quanto a capacidade de linguagem e compreensão, as quais são utilizadas inúmeras vezes, por estudiosos, para diferenciar os homens dos animais.

Sem embargo, assevera Nussbaum (2013, p. 414) que pensar nos animais como seres ativos que possuem interesses leva naturalmente a adoção do pensamento de que eles têm o direito de perseguir esses interesses. Se tal pensamento for adotado, o homem estará mais apto a ver como injustos são os sérios danos que são causados aos animais, impedindo-os de perseguir seus próprios interesses.

Assim, de acordo com a autora, o que está faltando na relação entre humanos e seres não humanos, é a percepção “do animal ele próprio como um agente e um sujeito, como uma criatura para a qual algo é devido, uma criatura que é ela mesma um fim.” (NUSSBAUM, 2013, p. 414). Para mais, Martha atribuiu relevante importância ao sentimento de compaixão ao assunto, pois por meio dela pode-se pensar corretamente sobre os deveres para com os animais.

Isto porque, “a compaixão sobrepõe-se ao sentido de justiça, e um compromisso pleno com a justiça requer a compaixão com seres que sofrem injustamente, assim como requer raiva em relação aos ofensores que infligem um sofrimento injusto.” (NUSSBAUM, 2013, p. 414). Ademais,

são os animais, na sua concepção, sujeitos de justiça na medida em que são criaturas individuais que estão sofrendo dor e privação (NUSSBAUM, 2013, p. 439).

Desse modo, o reconhecimento dos animais como merecedores de proteção e até como sujeitos de direito acarreta no amparo legal de seus interesses de vida, na sua liberdade e integridade física e psíquica. Logo, essa compreensão, com a adoção do critério da senciência, importa em garantir não apenas melhorias nas condições de tratamento dos animais, quando instrumentalizados, mas no questionamento sobre o direito dos humanos de se utilizar desses seres sencientes, seja para pesquisas, vestuário, alimentação, rituais religiosos ou entretenimento (ANDRADE; ZAMBAM, 2016, p. 11).

Ademais, Singer (2010, p. 11-15) traz o conceito de "especismo", intrinsecamente ligado ao antropocentrismo, para designar o preconceito a membros de outras espécies ou a atitude tendenciosa de alguém a favor de interesses de membros da própria espécie. Logo, "os especistas permitem que interesses de sua espécie se sobreponham aos interesses maiores de membros de outras espécies."

Para Singer (2010, p. 15), a maioria dos seres humanos é especista, não apenas os cruéis e insensíveis, mas os humanos comuns, pois concordam e permitem que seus impostos financiem "práticas que exigem o sacrifício dos interesses mais importantes de membros de outras espécies a fim de promover os interesses mais triviais da própria espécie."

Por fim, percebe-se que os tempos e as sensibilidades sociais foram se alterando, as reivindicações relacionadas à tutela animal foram se tornando cada vez maiores e mais evidentes. E, conseqüentemente, se generalizou o pensamento de que os animais são, como os seres humanos, parte da criação e que o homem é responsável por eles e pela natureza, sendo reprovável o tratamento dos animais como meras coisas sujeitas à vontade do homem.

Entretanto, os animais, como parte inerente ao meio ambiente e, portanto, compreendidos dentro da tutela ambiental, por meio do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, entram em oposição com o direito fundamental à liberdade religiosa, visto a sua utilização em rituais religiosos, acarretando em um possível conflito entre direitos fundamentais. Tema que será abordado no capítulo que segue.

#### **4 O (APARENTE) CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO MEIO AMBIENTE E À LIBERDADE RELIGIOSA**

O ritual religioso de sacrifício de animais, o qual no Brasil é praticado majoritariamente por religiões de origem africana, é compreendido como um possível caso de conflito entre direitos fundamentais, pois tem-se de um lado a defesa da liberdade religiosa que abrange seus rituais, sendo legítimo o sacrifício. E, no caso dessas religiões, trata-se de uma herança deixada pelos povos africanos, essencial para a existência das mesmas, além do fato dessas religiões serem alvos de preconceitos há séculos, representando a prática, também, um ato de resistência e cultura.

E, de outro lado, a valorização e proteção dos animais, diante da sua sciência, a qual tem sido abordada por diversos estudos, difundindo-se na conscientização social. Principalmente, por meio de correntes de pensamento como a *deep ecology* (ecologia profunda), o biocentrismo ou ecocentrismo, os quais estudam o papel do homem no planeta terra e a sua composição como qualquer outro ser vivo, devendo viver em harmonia com os demais seres. Tais pensamentos defendem ao máximo a proteção do meio ambiente, impondo respeito aos animais, o que, por conseguinte, reprime que seres humanos os objetifiquem.

Assim, impera o conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, por meio da proteção da fauna, e o

direito fundamental a liberdade de religião e de crença, tendo em vista a importância do mencionado ritual para a expressão dessas religiões, caso que foi judicializado, de forma mais relevante, em 2004 no Estado do Rio Grande do Sul.

O caso chegou à justiça tendo como objeto de discussão o Código Estadual de Proteção aos Animais do Rio Grande do Sul, instituído por intermédio da Lei nº 11.915 de 2003, de autoria do Deputado Estadual Manoel Maria dos Santos. O Código estabelece normas de proteção aos animais com o intuito de preservar o meio ambiente.

Dessa forma, no seu artigo 2º do Código há a vedação de diversas condutas que podem causar sofrimento aos animais, proibindo, portanto, a crueldade e os maus-tratos. Entretanto, a forma como o texto do artigo abordava as ações, poderia ser interpretado para o fim de prejudicar a prática do ritual de imolação animal, o que fez com que movimentos em defesa das religiões afro-brasileiras se manifestassem contrariamente, diante da ameaça às suas práticas religiosas (RIO GRANDE DO SUL, 2003).

Por conta disso, o Deputado Estadual Edson Portilho apresentou projeto de lei, o qual foi convertido posteriormente na Lei nº 12.131/04, com o escopo de estabelecer uma ressalva à redação do artigo 2º do Código e garantir a prática do sacrifício nos rituais dessas religiões: "não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana." (RIO GRANDE DO SUL, 2004).

Ante a alteração legislativa, o Procurador Geral de Justiça propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça do RS (ADI. nº 70010129690) contra a Lei que acrescentou a ressalva no Código Estadual de Proteção Animal, em virtude da inconstitucionalidade material e formal da Lei. Isso porque, a lei teria violado o princípio da isonomia, vez que só mencionou as religiões afro, e invadido a competência privativa da união para legislar matéria penal.

A ação foi julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, posto o entendimento majoritário de que o sacrifício de animais em cerimônias religiosas de matriz africana não afronta os dispositivos penais do artigo 32 da Lei Federal nº 9.605/98 e do artigo 64 da Lei de Contravenções Penais, desde que no ritual não haja crueldade e maus-tratos. Além disso, não há norma legal que proíba a morte de animais (RIO GRANDE DO SUL, 2005)

Entretanto, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça foi objeto de Recurso Extraordinário (RE nº 494601) no Supremo Tribunal Federal, sendo distribuído em 2006 para o Ministro Marco Aurélio, sob o argumento que o Tribunal teria violado o artigo 22, inciso I, o caput do artigo 5º e o inciso I do artigo 19, da Constituição Federal, ocorrendo o julgamento do conflito apenas em março de 2019.

Ocorre que, o objeto discutido, qual seja a exceção contida no parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 12.131/2004 é inadequada e materialmente incompatível com as normas constitucionais de proteção à fauna, pois o artigo 2º comporta inúmeras práticas de crueldade aos animais, as quais são válidas para toda a sociedade. Porém, o parágrafo único do artigo, na tentativa de não privar as religiões dos seus rituais, acaba por autorizar que elas pratiquem atos de maus-tratos, sem incidir em ilícito administrativo (STEINMETZ, 2018, p. 6).

Explica Steinmetz (2018, p. 6-7) que a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada não implicaria, por qualquer critério ou interpretação que se adote, na proibição do sacrifício realizado pelas religiões, isto pois nenhuma norma proíbe o sacrifício ou o abate de animais. Nesse ínterim, o propósito do parágrafo 2º da Lei, bem como de outras normas que buscam a proteção da fauna, é inibir as práticas de tortura, crueldade e maus-tratos contra animais.

Indaga-se, entretanto, se o direito fundamental à liberdade religiosa restringiria o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente

equilibrado, respectivamente, as normas de proteção à fauna e, principalmente, se afastaria a aplicação dos mandamentos de proibição de maus-tratos e crueldade contra animais (STEINMETZ, 2018, p. 8).

Para isso, faz-se mister entender ambos os direitos fundamentais como princípios, de acordo com a teoria dos princípios de Robert Alexy, quanto mandamentos de otimização, ou seja, como normas que demandam que algo seja realizado na maior medida possível, em virtude das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Isso significa que os princípios podem ser realizados em diversos graus (SILVA, 2009, p. 46).

Nesse ínterim, Silva (2009, p. 139) aponta que os direitos fundamentais são garantidos por uma norma que consigna um direito *prima facie*, isto é, o suporte fático – âmbito de proteção – dessa norma é o mais amplo possível, ilimitado. O que implica, de acordo com Alexy (2008, p. 326), em um maior número de colisões com outros direitos fundamentais, pois quanto mais amplamente for definido o suporte fático, tanto maior será o número de casos nos quais alguma norma de direito fundamental será relevante.

Trata-se da teoria externa de direitos fundamentais, a qual, diferentemente da teoria interna que pressupõe a existência do objeto único do direito e seus limites, divide o objeto em dois, há o direito entendido isoladamente e, separado dele, as suas restrições. Importante frisar que essas restrições não possuem qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas no caso concreto restringir seu exercício. Portanto, o princípio que deve ceder, em caso de conflito, não tem sua validade afetada (SILVA, 2009, p. 138).

Desse modo, em face da inexistência de direitos fundamentais absolutos, o próprio conceito de mandamento de otimização já pressupõe que um princípio possa ser restringido por colidir com outros (SILVA, 2009, p. 140). Destarte, as restrições a direitos fundamentais, materialmente, são sempre baseadas em princípios.

Isso quer dizer que as restrições ocorrem porque dois ou mais princípios de suporte fático amplo se chocam. A solução para essa colisão se dá por meio da aplicação de regras, as quais expressam o resultado do sopesamento, que disciplinem a colisão ou, na ausência de regra, caberá ao juiz, no caso concreto, decidir qual princípio deverá prevalecer (SILVA, 2009, p. 142-143).

Nesses casos em que não há uma regra previamente estabelecida, cabendo ao juiz a solução do caso concreto, há uma tendência jurisprudencial pela utilização da metodologia da ponderação formulada por Alexy, a qual implica três etapas, quais sejam: a verificação da adequação da medida ao objeto pretendido; a averiguação da necessidade; e a análise se a medida é proporcional em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 587-611).

Diante disso, verifica-se que o direito fundamental à liberdade religiosa é um princípio *prima facie* protegido, possuindo proteção mais abrangente possível. Contudo, a proibição de maus-tratos é uma regra, a qual já foi sopesada, devendo ser respeitada vez que restringe o mencionado direito.

Logo, a regra da proibição dos maus-tratos aos animais incorre em um direito negativo, pois, como argumentado por Alexy (2008, p. 283), uma regra, desde que compatível com a constituição, é uma restrição a um direito fundamental se, com a sua vigência, no lugar de um direito *prima facie* surge um não-direito definido de igual conteúdo. Nesse sentido é o entendimento de Steinmetz (2018, p. 8):

No outro polo, está a proibição de maus-tratos e de tratamento cruel contra animais. Dada a elevada densidade ou especificidade semântica do texto, trata-se de norma-regra, portanto, de um mandamento definitivo. Esse dado normativo deve ser interpretado em conexão sistemática com o inciso VII do art. 5º da CB: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". Não está no âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade de crença religiosa condutas ou comportamentos que

caracterizam exclusão ou recusa de obrigação jurídica imposta a todos. É um dever de todos absterem-se de praticar atos omissivos e comissivos de maus-tratos ou de tratamento cruel contra animais. Assim, não integra o âmbito de proteção das liberdades de crença e de exercício de culto práticas de maus-tratos e de tratamento cruel contra animais.

Sendo assim, ao considerar a vedação aos maus-tratos e tratamento cruel contra os animais como um mandamento definitivo com caráter de regra e a liberdade de religião e crença como princípio protegido *prima facie*, não é necessário a aplicação de uma ponderação ou sopesamento de direitos (STEINMETZ, 2018, p. 8). Tratando-se o caso de um conflito meramente aparente entre o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e o direito fundamental à liberdade de religião e crença.

Por fim, a respeito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 494.601, o qual ocorreu em março de 2019, houve entendimento, de forma unânime, pela constitucionalidade do sacrifício de animais em ritos religioso, visto a comprovação de que não há crueldade com o animal e são empregados procedimentos e técnicas para que a morte seja rápida e indolor. Nesse sentido, afirmou Luís Roberto Barroso (NOTÍCIAS STF, 2019) que, de acordo com a crença, "somente quando a vida animal é extinta sem sofrimento se estabelece a comunicação entre os mundos sagrado e temporal."

Ademais, o ministro referiu que no abate, normalmente, não há o desperdício do alimento, pois o animal é servido para os orixás e para os devotos, bem como, doado. Ainda, destacou que não se trata de sacrifício para fins de entretenimento, mas para fins de exercício de um direito fundamental que é a liberdade religiosa (NOTÍCIAS STF, 2019).

Igualmente, importantíssimo foi o entendimento das ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia atinente a ressalva específica às religiões de matriz africana, visto que, segundo as ministras, é essencial que se mantenha de forma expressa a referência, a fim de combater a intolerância, preconceito



e estigmatização que essas religiões e seus rituais sofrem diariamente. O que não quer dizer que outras religiões não possam realizar a prática, pois a decisão pela constitucionalidade do ritual abrange todas.

Diante do exposto, resta evidente que não há conflito real entre direitos fundamentais, mas um conflito meramente aparente, em virtude da norma-regra de vedação aos maus-tratos e crueldade contra os animais, a qual restringe o princípio de liberdade religiosa. Bem como, é constitucional o ritual de sacrifício de animais, desde que a mencionada regra seja respeitada pelas religiões.

## 5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, resta evidente que direitos fundamentais podem entrar em conflito em determinados casos, em virtude de sua conceituação de princípios como mandamentos de otimização, os quais exigem que o objeto tutelado seja realizado na maior medida possível, diante das possibilidades existentes, fazendo com que possa ocorrer a restrição por meio de princípios colidentes.

Contudo, no caso estudado dos rituais de sacrifício de animais realizado no Brasil, principalmente, por religiões de matriz africana, o direito fundamental à liberdade religiosa, o qual tutela a prática desses rituais e seria um princípio *prima facie* ilimitado, encontra óbice na norma-regra de proibição dos maus-tratos e de tratamentos cruéis aos animais.

Dessa forma, o conflito entre o direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, ante a proteção da fauna e da sensibilidade animal, e o direito à liberdade de religião e crença não chega a se firmar, posto a já prévia existência de uma regra que limite e solucione a controvérsia. Assim, é lícito e legítimo às religiões a realização da sacralização dos animais, por meio da imolação, desde que esse procedimento seja executado sem sofrimento ao animal, em respeito a sua dignidade e sensibilidade.

Por fim, importante mencionar que coaduna com esse entendimento a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 494.601 julgado em 2019, cuja decisão se deu favoravelmente a constitucionalidade dos rituais de sacrifício de animais das religiões afro-brasileiras e demais religiões.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Fernanda; ZAMBAM, Neuro José. A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da senciência. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, Bahia, v. 11, n. 23, p. 143-171, set./dez. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v11i23.20373>. Acesso em: 25 jun. 2016.

AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (org.). **Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação**. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2011.

BOSELDMANN, Klaus. Direitos humanos, ambiente e sustentabilidade. **Revista CEDOUA**, Coimbra, v. 11, n. 21, 2008. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.14195/2182-2387\\_21\\_1](http://dx.doi.org/10.14195/2182-2387_21_1). Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 8 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.688**, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

BRASIL. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.** Brasília, DF, 5 jan. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm). Acesso em: 1 ago. 2019.

CAMPOLIM, Sílvia. Candomblé no Brasil: orixás, tradições, festas e costumes. **Super Interessante**, jan. 1995. Disponível em: <http://super.abril.com.br/religiao/candomble-brasil-orixas-tradicoes-festas-costumes-441075.shtml>. Acesso em: 25 jul. 2019.

COELHO, Carla J. H.; OLIVEIRA, Liziane P. S.; LIMA, Kellen J. M. de. Sacrifício ritual de animais não-humanos nas liturgias religiosas de matriz africana: “medo do feitiço” e intolerância religiosa na pauta legislativa. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 11, n. 22, 2016. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/17665>. Acesso em: 24 jul. 2019.

FREITAS, Paula H. D. S. A constitucionalidade da permissão do sacrifício de animais nas religiões afrodescendentes: um olhar sobre a lei nº 12.131/04. **Repositório Digital Lume**, Porto Alegre: UFRGS, 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/174851>. Acesso em: 24 jul. 2019.

LEVAI, L. F. **Direito dos Animais**. 2. ed. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

LIMA, Emanuel Fonseca. Refugiados ambientais, identidade étnica e o direito das mudanças climáticas. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 373-397, 2010. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/934/93418042008.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

MARTINS, Giovani. **Umbanda e Meio Ambiente**: ações sustentáveis e novos paradigmas. São Paulo: Ícone, 2014.

MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. **Sobre o sacrifício**. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

NOTÍCIAS STF. **STF declara constitucionalidade de lei gaúcha que permite sacrifício de animais em rituais religiosos**. Brasília, DF, 28 mar. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159>. Acesso em: 1 ago. 2019.

NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PACHECO, Cristiano de S. Lima. A Constituição do Equador e o direito dos animais em um mundo em transformação. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 7, n. 10, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v7i10.8406>. Acesso em: 1 ago. 2019.

PRANDI, Reginaldo. Os orixás e a natureza. In: PRANDI, Reginaldo. **Segredos guardados**: orixás na alma brasileira. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

REGAN, Tom. **Jaulas vazias**: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei n. 11.915**, de 21 de maio de 2003. Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100018.asp?Hid\\_IdNorma=46370](http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100018.asp?Hid_IdNorma=46370). Acesso em: 29 jul. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei n. 12.131**, de 22 de julho de 2004. Acrescenta parágrafo único ao artigo 2º da Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/12.131.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70010129690**. Constitucionalidade do parágrafo único, artigo 2º da Lei 12.131/04 que autoriza o sacrifício de animais em rituais religiosos. Relator: Des. Araken de Assis. 18 de abril de 2005. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7875033/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-70010129690-rs>. Acesso em: 1 ago. 2019.

SALES, Aurelice dos Santos. A importância das religiões de matriz africana, para preservação do meio - ambiente urbano. **Revista Eletrônica Científica Inovação e Tecnologia**, Paraná, v. 1, n. 1, 2010. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/recit/article/view/13/2636>. Acesso em: 15 jul. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito ambiental**: introdução, fundamentos e teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**: o clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais. São Paulo: Editora WMF Martins Fonseca, 2010.

STEINMETZ, Wilson. Deveres estatais de proteção da fauna e direito fundamental de livre exercício de culto: o caso do Recurso Extraordinário 494.601. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 19, n. 3, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.20076>. Acesso em: 29 jul. 2019.

TADVALD, M. Direito Litúrgico, Direito Legal: a polêmica em torno do sacrifício ritual de animais nas religiões afro-gaúchas. **Revista Caminhos**, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 129-147, 2007. Disponível em: <http://seer.ucg.br/index.php/caminhos/article/view/443/368>. Acesso em: 25 jul. 2019.



# O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: UMA POSSIBILIDADE

Jéssica Garcia da Silva Maciel<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Assentado em explanações reflexivas acerca do desenvolvimento sustentável, em que incide uma numerosos regimes jurídicos que perpassam sobretudo os níveis regionais, a delimitação temática deste artigo reside no estudo da (im)possibilidade do status de direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, o problema de pesquisa delineado consiste em analisar em que medida as funções objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais implicam, sob o ponto de vista do Direito Constitucional, a concretização do direito ao desenvolvimento sustentável enquanto direito fundamental?

A partir desse problema de pesquisa, em termos gerais, o objetivo reside na constatação de uma base constitucional e na delimitação das funções objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais enquanto fundamentos para o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Esse objetivo geral se coaduna à preocupação em conceituar de forma acertada os termos que formam o corpus do desenvolvimento sustentável.

Em relação aos objetivos específicos, espelhados na própria estrutura do artigo, são considerados: (a) Estudo do conceito de sustentabilidade; (b) Estudo do conceito de desenvolvimento econômico; (c) Estudo do conceito desenvolvimento sustentável e seus marcos normativos nacionais e internacionais; e (d) Delimitação de fundamentos para constituição de status de direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

<sup>1</sup> Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul; Bolsista Prosuc/Capes; Advogada; jgsmaciel@ucs.br

Delimitados o problema de pesquisa e os objetivos geral e específicos deste artigo científico, a metodologia de pesquisa adotada foi a analítica, a partir de um processo objetivo e sistemático de descrição dos conteúdos e a hermenêutica quanto a compreensão de significados, tendo, como técnica de pesquisa, a exploração bibliográfica, com consulta dogmática, doutrinária e jurisprudencial aos temas da pesquisa.

É justamente nesse aprofundar reflexivo que serão traçadas as linhas gerais do presente artigo científico para melhor desvelar da análise das funções objetiva e subjetiva do desenvolvimento sustentável, estudo necessário para criar-se um argumento com conceituações acertadas sobre a realização deste direito sem que se chegue ao equívoco de que os objetivos do crescimento econômico e da proteção ambiental não podem ser alcançados de forma equânime e equilibrada.

## **2 UMA ARQUEOLOGIA PARA O RESULTADO “DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL”**

O mundo globalizado vive uma crise marcada pela desigualdade social, pela pobreza, pela degradação ambiental e pelo risco de dissipação dos recursos naturais. A sustentabilidade para o desenvolvimento surge como resposta à crise da civilização que atinge atualmente seu ápice. O desenvolvimento sustentável é o principal termo de transição dessa época antropocêntrica para um momento de saber ecológico.

### **2.1 SUSTENTABILIDADE**

Para entendermos o desenvolvimento sustentável, antes se requer uma análise dos conceitos de sustentabilidade e desenvolvimento. Machado (2014, p. 67) ensina que a sustentabilidade se baseia em dois critérios. O primeiro se refere ao estudo da incidência humana e seus efeitos no tempo,



efeitos no presente e no futuro. O segundo se refere a uma estimativa de futuro sobre os efeitos da incidência humana e suas consequências.

Na concepção de Machado (2014, p. 67), os elementos a serem considerados para a sustentabilidade são "o tempo, a duração de efeitos e a consideração do estado do meio ambiente em relação ao presente e ao futuro". Dessa forma, a sustentabilidade é o conjunto indissolúvel desses termos com vistas a assegurar o bem-estar concreto e abstrato no presente e no futuro. Milaré (2014, p. 70) ao definir sustentabilidade, ensina que o conceito possui dois vieses, o político e o ecológico. Do ponto de vista ecológico, em suma, seria a capacidade que tem um ecossistema de atender às necessidades das populações que nele vivem, ainda que sofrendo com o empreendimento sob o local.

Por outro lado, o mesmo autor alerta que o conceito político de sustentabilidade geralmente sofre de uma compreensão econômica. Sobre o conceito político, define que a sustentabilidade "limita o crescimento em função da dotação de recursos naturais, da tecnologia aplicada no uso desses recursos e do nível efetivo de bem-estar da coletividade." (MILARÉ, 2014, p. 70).

Leff (2004, p. 20), ensina que a sustentabilidade surge como conceito capaz de "ecologizar a economia, eliminando a contradição entre crescimento econômico e preservação da natureza." A busca constante por esta *eliminação* discursa por uma luta pelo crescimento sustentado, "sem uma justificação rigorosa da capacidade do sistema econômico de internalizar as condições ecológicas e sociais (de sustentabilidade, equidade, justiça e democracia) deste processo." Neste sentido, a sustentabilidade ecológica constitui tão somente "uma condição da sustentabilidade do processo econômico."

A sustentabilidade, ao que se nota, surge como proteção do meio ambiente para os métodos fatais da crise da globalização, isto é, surge como resposta à crise para, assim, basear a construção de um novo

modelo produtivo com origens em um saber ecológico e novos sentidos de civilização.

## 2.2 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Após a introdução no conceito de sustentabilidade, para maior evolução e entendimento do conceito de desenvolvimento sustentável, se faz necessário conceituar o desenvolvimento econômico, o qual possui sua melhor conceituação no preâmbulo da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, da Assembleia Geral da ONU, de 1986.

No mesmo documento, o artigo 2º em seu parágrafo primeiro determina que “a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento.” Ou seja, designa com esse princípio, que o direito humano ao desenvolvimento possui como destinatário o próprio indivíduo, isto é, se trata de um direito individual.

Machado (2016, p. 68), afirma em sua obra que o termo desenvolvimento pode significar “adiantamento, crescimento, aumento, progresso”, isto é, “o desenvolvimento envolve uma busca de mudança, de alteração, de movimento.” Nesse sentido, se desenvolver tem como objetivo a realização ótima de uma proposta. Porém, se entende que a prosperidade não pode ter um fim em si mesma. A afirmação se aclara ainda mais com a orientação de Machado de que “não basta crescer, é preciso saber se há razão para mudar, se há realmente bases para que esse desenvolvimento signifique uma melhoria.”

Sen (2017, p. 16), pretende ensinar que o desenvolvimento pode, também, ser visto como “um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.” Com isso, o autor aclara que o desenvolvimento não se restringe apenas a dados econômicos como, por exemplo, os “que identificam o desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou

modernização social." Nesse contexto, o autor define que estas visões mais restritivas de desenvolvimento contrastam com o enfoque nas liberdades humanas como principal norte do desenvolvimento.

Veiga (2010, p. 17), demonstra que o a reposta mais simples sobre o que é desenvolvimento é "tratá-lo como crescimento econômico" e a melhor maneira de medi-lo bastaria "considerar a evolução de indicadores bem tradicionais, como, por exemplo, o Produto Interno Bruto *per capita*." Entretanto, o autor alerta que no crescimento a mudança é quantitativa, enquanto no desenvolvimento ela é qualitativa. Os dois estão intimamente ligados, mas não são a mesma coisa (VEIGA, 2010, p. 56).

O desenvolvimento, por ser ligado a muitos sistemas, é um processo complexo. Para definir o desenvolvimento se deve colecionar referenciais de importância dentro de cada sistema e chegar-se um entendimento que forme uma espécie de índice para cada área que se pretende explorar.

### **3 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

Feita a introdução às definições de sustentabilidade e de desenvolvimento, enquanto conceitos necessários ao se abordar o desenvolvimento sustentável, se parte para o conceito do termo em si. O conceito de desenvolvimento sustentável permeia os anos de 1970 e, conforme apontado até o momento, é termo utilizado para referir-se à preocupação com o paradoxo entre a deterioração ambiental e os limites do crescimento.

#### **3.1 CENÁRIO INTERNACIONAL**

Os principais documentos referentes ao tema são: a Declaração de Estocolmo de 1972, a Estratégia Mundial de Conservação de 1980, a Carta Mundial da Natureza de 1982, o Relatório de Brundtland de 1987 e a Agenda

2030 de 2015, com seus 17 objetivos e as 169 metas para desenvolvimento sustentável. A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, conhecida como Conferência de Estocolmo, foi a primeira a trazer a temática em seu Princípio 4.

No mesmo ano, o Clube de Roma, formado discutir assuntos em relação à política, economia internacional, meio ambiente e desenvolvimento sustentável, grupo liderado por Dennis Meadows, elaborou o livro "The Limits of Growth", o qual, em resumo, demonstrou que o crescimento populacional, o padrão de consumo e a atividade empresarial eram incompatíveis com os recursos naturais disponíveis.

Em 1980, a União Internacional para a Conservação da Natureza elaborou o documento "World Conservation Strategy", o qual tratou do conceito, em si, de desenvolvimento sustentável o qual, em suma, reflete a adoção de um "acordo com a realidade da limitação de recursos e das capacidades de sustentação dos ecossistemas." (IUCN, 1980, p. 8).

A Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMAD), resultou no documento intitulado "Nosso Futuro Comum" ou, como também é conhecido, "Relatório Brundtland", de 1987, relatório que firmou a expressão clássica de desenvolvimento sustentável a qual, em suma, determina limites: "não limites absolutos, mas limitações impostas pelo estado atual da tecnologia e organização social dos recursos ambientais e pela capacidade da biosfera de absorver os efeitos das atividades humanas." (IUCN, 1987, p. 16).

Sands (2012, p. 206), ensina que de dentro do Relatório de Brundtland surgiram dois conceitos. O primeiro se refere ao conceito de "necessidades", em particular "as necessidades essenciais dos pobres do mundo, para as quais deve ser dada prioridade absoluta". O segundo conceito se refere à "ideia de limitações impostas, pelo estado da tecnologia e organização social, à capacidade do ambiente de atender às necessidades presentes e futuras."

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também chamada de Rio 92 ou Eco 92, de 1992, resultou na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. O documento aborda em seu Princípio 3, bem como ressaltado no Relatório Brundtland, o conceito intergeracional de desenvolvimento sustentável.

Em 2002, foi realizada a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo, também conhecida como Rio+10. Como resultado dessa conferência, a Declaração de Joanesburgo reconhece a importância das ações voltadas para o desenvolvimento sustentável em sua introdução.

O documento final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Natural, de 2012, também chamada de Rio +20, aborda novamente essa visão tridimensional do desenvolvimento sustentável no seu relatório final "O Futuro que Queremos", em seu parágrafo 4º. O documento aborda, também, a conceito intergeracional de desenvolvimento sustentável em seu parágrafo 6º. Aborda os três pilares do desenvolvimento sustentável, os quais baseiam os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) em seu parágrafo 246, quais sejam, o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento humano – este por meio da inclusão social – e a proteção do meio ambiente. E, ainda, aborda a questão tridimensional do desenvolvimento sustentável em seu parágrafo 247.

O conceito de desenvolvimento sustentável, conforme demonstrado, abrange o desenvolvimento econômico, a inclusão social e a sustentabilidade ambiental. Sachs (2017, p. 17), ensina que "o conceito de desenvolvimento sustentável representa um modelo normativo tridimensional." Além do conceito normativo ético, Sachs (2017, p. 17) ensina que "o desenvolvimento sustentável é também uma ciência de sistemas complexos."

Da mesma forma, Sands (2012, p. 207), avalia que a partir dos acordos internacionais que abordam a temática, surgem quatro elementos jurídicos recorrentes do conceito de desenvolvimento sustentável sendo, o primeiro,

relativo à “necessidade de preservar os recursos naturais em benefício das gerações futuras”, baseado no princípio da equidade intergeracional; o segundo, relativo ao “objetivo de explorar os recursos naturais de uma forma que seja *sustentável, prudente, racional, sensata* ou *apropriada*, baseado no princípio da utilização sustentável; o terceiro, relativo ao “uso *equitativo* dos recursos naturais, o que implica que o uso de um Estado deve levar em conta as necessidades de outros Estados”, baseado no princípio do uso equitativo ou a equidade intergeracional; e, por fim, o elemento relativo à “necessidade de assegurar que as considerações ambientais sejam integradas nos planos, programas e projetos de desenvolvimento econômico e outros, e que as necessidades de desenvolvimento sejam levadas em conta na aplicação dos objetivos ambientais”, baseado no princípio da integração.

O conceito de desenvolvimento sustentável se firmou no *corpus* do Direito Internacional Consuetudinário com o *leading case* “Gabcikovo Nagymaros” (Hungria x Eslováquia), julgado pela International Court of Justice (CIJ). O caso tem origem na execução do projeto Gabcikovo Nagymaros, firmado em um tratado entre os Estados, que se destinava à exploração dos recursos naturais, principalmente os compreendidos no rio Danúbio, o qual possui curso internacional e serve de fronteira aos Estados envolvidos. Previa-se a instalação de usinas hidrelétricas nos territórios eslovaco e húngaro. Após pesadas críticas sobre o projeto e referentes estudos, a Hungria parou com as obras em Nagymaros, informado a terminação do tratado, mas a Eslováquia deu continuidade e instalou a barragem. Entretanto, a barragem levou a uma rápida e significativa redução do nível de água no rio Danúbio e seus braços.

O caso expressa nitidamente o paradoxo entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico. Ficou firmado no caso, sob o viés da sustentabilidade do desenvolvimento, que as partes, juntas, devem reavaliar os impactos ambientais sofridos pela construção e operação da usina e,

especialmente, descobrirem uma forma de manter o *status quo* do antigo leito do Danúbio, o qual sofria de volume de água.

Ao invocar o conceito de desenvolvimento sustentável, a CIJ indicou que o termo tem uma função legal e um aspecto tanto processual quanto temporal – obrigando as partes a “olharem novamente” para as consequências ambientais da operação da usina – e um aspecto substantivo – a obrigação de resultado para assegurar que um “volume satisfatório de água” seja liberado do canal de desvio para o rio principal e seus braços laterais originais (SANDS, 2012, p. 209).

### 3.2 CENÁRIO NACIONAL

No Brasil, a primeira referência ao tema do desenvolvimento sustentável se deu no artigo 1º da Lei de Zoneamento Ambiental, sob nº 6.803/80. Posteriormente, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, sob nº 6.938/81, instrumentalizou o conceito ao eleger, em seu artigo 9º, a avaliação dos impactos ambientais como meio de preservar os processos ecológicos essenciais.

Após esse período, o conceito foi inserido em diversos textos nacionais que de alguma forma abordam a sustentabilidade para o desenvolvimento. No ordenamento constitucional brasileiro, o direito ao desenvolvimento encontra-se expressamente previsto. De início, a Carta Magna traz a matéria em seu Preâmbulo. Em um segundo momento, a matéria é prevista no artigo 3º, inciso II, da Carta Magna.

O tema é também previsto pelo artigo 1º, inciso III, e pelo artigo 170 da Carta Magna. Ambos se referem ao princípio da dignidade da pessoa humana como fator fundamental para realização do desenvolvimento sustentável. O artigo referente a ordem econômica preconiza, por meio da justiça social, fundada no trabalho e livre iniciativa, contribuir para a concretização dos

princípios da dignidade humana, do desenvolvimento sustentável e da defesa do meio ambiente.

Por fim, o tema é previsto no artigo 225 da Carta Magna. Este artigo aborda as questões socioambientais do desenvolvimento sustentável e completa em seu caput o conjunto de normas pragmáticas constitucionais envolvendo a temática. Também, os objetivos da Carta Magna, previstos pelo art. 3º, norteiam a construção da sociedade brasileira.

Todos esses objetivos devem ser observados pelo governo ao instituir políticas públicas uma vez que estes são pressupostos para a realização do princípio da dignidade humana. Desta forma, nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro liga intrinsecamente o princípio do desenvolvimento sustentável ao princípio da dignidade humana, ou seja, “o direito ao desenvolvimento sustentável pressupõe, evidentemente, o direito ao desenvolvimento do ser humano em toda a sua plenitude, respeitando o meio ambiente como valor constitucionalmente tutelado.” (WEDY, 2018, p. 198).

Neste mesmo prisma nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se destacado nas decisões que envolvem o Direito Ambiental, em conjunto com o principal Tribunal atuante de casos ambientais, o STJ. Por ser um tribunal de alçada superior, suas decisões são tidas como referenciais nas justiças ordinárias, na doutrina e na construção de conceitos e normas. Buscando uma aplicação mais equânime e justa, estes Tribunais têm se utilizado de princípios para integrar normas a casos concretos, especialmente no Direito Ambiental.

Nesse sentido, destacam-se, em referência ao tema, os dois casos paradigmas julgados pelo STF que trazem o princípio do desenvolvimento sustentável à jurisprudência brasileira. O primeiro *leading case* se refere ao RE 134.297/SP, o qual teve como recorrente o Estado de São Paulo e como recorridos pessoas físicas. No caso em pauta, analisou-se o dever estatal de



ressarcir prejuízos de ordem patrimonial sofridos por particular em razão de limitação administrativa para proteção de flora e fauna.

O segundo *leading case* se refere ao Mandado de Segurança 22.164/SP, impetrado por pessoa física em desfavor ao Presidente da República. Ambos os julgados de origem da cidade de São Paulo e de relatoria do Ministro Celso de Mello. No caso em pauta, analisou-se o cumprimento do instituto da função social de um imóvel rural que foi classificado como improdutivo e, por conseguinte, teve sua desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, decretada.

Ambos os acórdãos, excluindo-se a análise de outros fundamentos não pertinentes a este trabalho, analisaram as questões ambientais que afetavam os fatos. Como protetor da Constituição Federal, o STF reconheceu o meio ambiente como direito fundamental e bem jurídico merecedor da tutela constitucional. O ministro relator em ambos votos condutores, reconheceu que o direito à integridade do meio ambiente, enquanto direito de terceira geração, é fundado de valores fundamentais indisponíveis importantes ao processo de desenvolvimento. Em um dos votos, afirma o relator:

Os direitos de terceira geração, que materializam os poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. A questão do meio ambiente, hoje, [...] passou a compor um dos tópicos mais expressivos da nova agenda internacional, particularmente no ponto em que se reconheceu ao homem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. (MS 22164). (BRASIL, 1995).

Reconheceu-se, assim, para além de uma nova geração de direitos, a titularidade subjetiva coletiva da tutela do ambiente, o meio ambiente

como bem de valores indisponíveis e a natureza jurídica do bem ambiental, na condição de bem constitucionalmente protegido. Verifica-se, desta forma, que esta tutela se vincula intimamente com os deveres do Estado e da coletividade de protegerem o meio ambiente, ocasionando, assim, sua passividade quanto a pretensões que podem ser invocadas requerendo-se o reconhecimento e efetivação dos direitos ao meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável resta, enfim, amplamente reconhecido como referência à preocupação com o paradoxo entre as deteriorações ambientais, as desigualdades sociais e os limites do crescimento econômico. Busca-se efetivá-lo com ações compatíveis aos propósitos da inclusão social e da proteção ambiental. Esta preocupação emana, ainda, um sinal de alerta: o modelo de desenvolvimento estabelecido até hoje está ultrapassado em vista das complexas consequências das atitudes do ser humano na sociedade e natureza.

Nestes termos, se faz necessário o estabelecimento da base constitucional do direito ao desenvolvimento sustentável, com a delimitação de suas perspectivas subjetivas e objetivas para, assim, chegar-se a devida fundamentação em prol de erigi-lo enquanto direito fundamental.

## **4 O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

A fonte dos direitos fundamentais, no Brasil, encontra-se expressa, deste modo, na própria Constituição Federal, bem como, na maioria dos países democráticos. Os direitos fundamentais são divididos em direitos negativos e positivos. Conforme Wedy (2018, p. 173), os direitos negativos ou direitos de defesa, “visam limitar o poder do Estado para que os direitos fundamentais dos indivíduos não sejam violados”; já os direitos positivos

ou direitos sociais prestacionais “exigem uma posição ativa do Estado, na esfera econômica e social, no sentido da sua concretização.”

Além da distinção dos direitos fundamentais em categorias, estes vêm passando por outras distinções como, por exemplo, de suas funções ou dimensões. Trata-se das funções objetiva e subjetiva. Em uma concepção objetiva, os direitos fundamentais representam as normas jurídicas de um Estado de Direito Democrático, isto é, um poder-dever fazer abstrato. Já em uma concepção subjetiva, os direitos fundamentais conferem ao indivíduo a faculdade de exercício de seus interesses em face de pessoas físicas, jurídicas e o Estado.

Dessa forma, os direitos fundamentais “podem ser considerados, então, sob uma perspectiva objetiva e, também, subjetiva. São subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.” (WEDY, 2018, p. 174). Do ponto de vista do Estado de Direito Ambiental Brasileiro e levando-se em conta a superação do Estado Liberal de Direito pelo Estado do bem-estar social, conforme ensina Leite (2008, p. 131-136), “restou superada a noção restritiva de que os direitos fundamentais serviriam unicamente à defesa do indivíduo contra o Estado.” Reconhecendo-se, assim, que servem, também, à proteção de bens importantes à comunidade como, por exemplo, a inclusão do direito ao meio ambiente pela Constituição Federal como um direito fundamental.

Para melhor análise das funções dos direitos fundamentais, se faz necessário um melhor aprofundar reflexivo sobre suas duas perspectivas: a objetiva e a subjetiva. Os “direitos fundamentais são imutáveis e qualquer emenda constitucional tendente a aboli-los está sujeita a declaração judicial de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.” Da mesma forma, “as normas pretéritas infraconstitucionais” anteriores à promulgação da Constituição Federal de 1988 “podem ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental.” (WEDY, 2018, p. 176). A concepção objetiva traz força às normas de direitos fundamentais, tais normas possuem efeitos

jurídicos autônomos e não necessitam da provocação do indivíduo para sua observação logo, os direitos fundamentais devem ser observados pelo Estado no âmbito dos Três Poderes.

Direitos transindividuais, como o direito ao meio ambiente equilibrado, são direitos fundamentais justamente na sua perspectiva objetiva. Daí, também, o direito ao desenvolvimento sustentável apresentar a sua perspectiva objetiva, a qual limita os direitos subjetivos, impondo-lhes restrições em prol da comunidade. Ainda dentro da perspectiva objetiva e valorativa dos direitos fundamentais, é indubitável que ela demanda o cumprimento de uma obrigação pelo Estado no sentido de realizar e concretizar os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. É um comando generalista que não impede ou afasta a incidência de princípios ou regras de direitos fundamentais de cunho impositivo. (WEDY, 2018, p. 177).

Esta característica autônoma e objetiva dos direitos fundamentais resulta a eles a sua eficácia irradiante ou, como é mais conhecida, eficácia horizontal, que atinge as relações privadas, ou seja, o ordenamento jurídico protege um indivíduo contra o outro em suas relações privadas. Nesse sentido, se entende que os direitos fundamentais podem ser violados não apenas por ação ou omissão do Estado, mas também por ações individuais. Por outro lado, este dever do Estado de concretização dos direitos fundamentais está ligado, não tão somente à ideia de direitos de defesa, mas também, à ideia de deveres de proteção, os quais demandam a adoção de medidas como, por exemplo, legislações de proibição ou de autorização.

Sendo assim, o direito ao desenvolvimento sustentável, como direito fundamental, deve, neste interim, ser analisado sob o seu enfoque jurídico uma vez que, em sua concepção objetiva, a Carta Magna o traz como situação ideal e, neste contexto, trata-se de uma tutela relativamente recente. A análise da concepção objetiva do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável se faz necessária, desta forma, para criar-se um argumento com conceituações acertadas sobre a realização deste direito sem que se chegue

ao equívoco de que os objetivos do crescimento econômico e da proteção ambiental não podem ser alcançados de forma equânime e equilibrada.

O direito ao desenvolvimento sustentável, em sua concepção objetiva, configura-se como um direito difuso, vez que seus destinatários não são grupos determinados ou específicos; como um direito indivisível, em razão de não ser um direito que possa ser apropriado de maneira individualizada; e, como um direito mutável, vez que fatores econômicos, políticos e sociais podem alterar sua viabilidade.

Nesse sentido, conflitos que coloquem em oposição o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável com outros valores constitucionais, demandam uma solução que parta do conceito acertado de desenvolvimento sustentável o qual engloba a expansão das liberdades do ser humano, a igualdade social, o crescimento econômico e a proteção do ambiente – o tríplice vértice ecológico<sup>2</sup> –, isto é, que coloque como ponto de partida para a resolução do conflito a questão da sustentabilidade para o presente e para o futuro.

De exemplo prático, se pode referir o RE 769753/SC. O caso reflete um conflito entre valores constitucionais julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), mais especificadamente o conflito entre o direito fundamental à propriedade privada e ao desenvolvimento versus o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. Tratava-se, o caso, da construção de um hotel em área de preservação permanente e terreno de Marinha o qual, em suma, o Tribunal decidiu por sua demolição em razão da não observância da prevalência da dimensão objetiva do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado sobre a pretensão subjetiva do município e do proprietário do hotel.

Em suma, a concepção objetiva do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável emana do art. 225 da Carta Magna, com deveres erga omnes de efeitos horizontais. Ademais, se trata de direito com

<sup>2</sup> Expressão de Mariana Figueiredo.

aplicação mediata previsto pelos art. 5º, §1º e §2º da Carta Magna e se estabelece sendo uma cláusula pétrea, vedado o retrocesso, conforme art. 60, §4º da Carta Magna.

Entretanto, ainda assim, o direito ao desenvolvimento sustentável não pode ser simplesmente anulado pelo direito subjetivo individual de proteção à propriedade ou pelo direito ao crescimento econômico, havendo que sopesar a situação e se ter em conta as máximas da proteção ao meio ambiente e da justiça ambiental.

Por outro lado, os direitos fundamentais, em sua concepção subjetiva, são aqueles em que o titular do direito fundamental possui a possibilidade de pretensão administrativa ou judicial de tê-los observados. Conforme Sarlet (2011, p. 154), quando falamos em direitos fundamentais subjetivos:

Estamos-nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou o ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe forem outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.

Bem como a concepção objetiva, a concepção subjetiva dos direitos fundamentais também possui cunho autônomo e, segundo os ensinamentos de Wedy (2018, p. 189), “garante maior realização e concretização dos direitos de que a perspectiva objetiva”, sendo que esta funciona como elemento de reforço àquela.

Nesse sentido, ao analisar a perspectiva subjetiva do direito ao meio ambiente e conseqüentemente, do direito ao desenvolvimento sustentável, Leite (2008, p. 131-136), refere:

Vislumbra-se um caráter tão somente antropocêntrico, em que o ambiente é protegido não como bem autônomo, mas a serviço do bem-estar do homem. Para tanto, atribui-se a um direito – o de viver em um ambiente saudável – ao indivíduo

(seja individual, seja coletivamente), a que corresponde uma obrigação estatal de concretização.

Previsto pela Carta Magna, a proteção ambiental calcada no desenvolvimento sustentável "é uma garantia do próprio desenvolvimento da personalidade humana" (WEDY, 2018, p. 192) e, para tanto, o art. LXXIII prevê o direito ao acesso à justiça por meio da ação popular para qualquer cidadão questionar a validade de atos que considere lesivos ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, à moralidade administrativa e ao patrimônio público.

De outro lado, o direito ao desenvolvimento sustentável em sua concepção objetiva se trata, de mesmo modo, de um direito que pode ser invocado por seus titulares, ou seja, está presente o instituto da *facultas agendi*. O direito ao desenvolvimento sustentável, enquanto direito fundamental, quando exigido pode conflitar entre interesses individuais e interesses coletivos, uma vez que "na sua perspectiva subjetiva, pode ser perseguido pelo autointeresse de modo utilitário, e não altruísta ou cooperativo." (WEDY, 2018, p. 193).

No âmbito do Direito Internacional, os Estados também foram inseridos<sup>3</sup> no rol como sujeitos passivos de direitos que tutelem o desenvolvimento, uma vez que "são compostos de pessoas que possuem direitos fundamentais e humanos tutelados por Constituições, Tratados e Convenções Internacionais." (WEDY, 2018, p. 194). Sendo assim, danos ao meio ambiente, danos à saúde pública ou violações ao princípio da dignidade humana – em seu sentido estrito ou, ainda, enquanto cariz humano do desenvolvimento – causados por pessoa física ou jurídica, Estados nacionais ou internacionais e, ainda, organismos internacionais, podem ser pleiteadas as devidas reparações invocando-se, para tal, o direito fundamental ao desenvolvimento sustentável.

<sup>3</sup> Declaração e Programa de Ação de Viena (Viena, 14-25 de junho de 1993).

## 5 CONCLUSÃO

Firmado no contexto nacional-constitucional, por meio dos artigos 3º, 170 e 225 o direito fundamental ao desenvolvimento, em seu cariz ecológico, amparado pela sustentabilidade, possui status de direito fundamental que se integra ao ordenamento jurídico ambiental brasileiro. Ainda perpetuado pelo artigo 5º, §2º da CF/1988, o qual não negligencia outros direitos e garantias fundamentais não expressos em seu rol.

Embora não explícito na Constituição, o regime e princípios pela Carta adotados e, além disso, as Convenções Internacionais das quais o Brasil aderiu, emanam o entendimento de que o direito ao desenvolvimento sustentável é fundamental e faz parte do direito positivo brasileiro. Ainda que não positivamente expresso constitucionalmente, o princípio do desenvolvimento sustentável é dotado de valência normativa e sempre vinculado ao respeito ao meio ambiente equilibrado e tutela das gerações em perspectiva intrageracional e intergeracional.

### REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei n. 6.803**, de 2 de julho de 1980. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6803.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6803.htm). Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/publicacoes/biodiversidade/category/142-serie-biodiversidade?download=893:serie-biodiversidade-biodiversidade-2&start=40>. Acesso em: 10 abr. 2019.



BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. Estocolmo, 5-16 de junho de 1972. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc). Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **O Futuro que Queremos**. Rio de Janeiro, 20-22 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 769753/SC. Relator: Min. Herman Benjamin, 8 de setembro de 2009. **Diário de Justiça**, 10 jun. 2011. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Especial n. 134297/SP. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 1995. **Diário de Justiça**, 22 set. 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207731>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. MS 22164/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello, 30 de outubro de 1995. **Diário de Justiça**, 17 nov. 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acesso em: 10 abr. 2019.

INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE – IUCN. **World Conservation Strategy**. 1980. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/WCS-004.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

LEFF, Enrique. **Saber Ambiental**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SACHS, Jeffrey D. **A era do desenvolvimento sustentável**. Lisboa: Conjuntura Actual Editora, 2017.

SANDS, Philippe *et al.* **Principles of International Environmental Law**. 3. ed. Uk: Cambridge University Press, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

UNITED NATIONS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

UNITED NATIONS. **Declaration on the Right to Development**. Done on 4 December 1986. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>. Acesso em: 15 maio 2019.

UNITED NATIONS. **Our Common Future**. 1987. Disponível em: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf><http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

UNITED NATIONS. **Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável**. 2002. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/plano\\_joanesburgo.pdf](http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/plano_joanesburgo.pdf). Acesso em: 15 maio 2019.

UNITED NATIONS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). **Plataforma Agenda 2030**. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/sobre/>. Acesso em: 15 maio 2019.

UNITED NATIONS. **Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: [http://www.agenda2030.com.br/saiba\\_mais/publicacoes](http://www.agenda2030.com.br/saiba_mais/publicacoes). Acesso em: 15 maio 2019.

UNITED NATIONS. **United Nations Conference on the Human Environment**. 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

WEDY, Gabriel. **O desenvolvimento sustentável: governança, meio ambiente, economia e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Prismas, 2017.



# EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE PARTICULARES: ANÁLISE À LUZ DAS TEORIAS E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Ramon da Silva Sandi<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a modernidade, em vista principalmente de assegurar que as relações econômicas pudessem ser feitas de modo mais seguro, a burguesia e, assim, o mundo jurídico associou o contrato à ideia de justiça. Como afirmou Alfred Fouillée, "*qui dit contractuel, dit juste*". Subjacente a essa perspectiva, havia uma compreensão antropológica que presumia uma igualdade formal entre todos os homens.

Após uma maior vinculação da força normativa da constituição, vinculando seus direitos fundamentais, todo o sistema jurídico passa a ser visto e estudado a partir dos preceitos da Lei Fundamental de cada país. Entretanto, essa vinculação não se aplica somente às leis e preceitos normativos advindos do poder público. Com a busca de uma maior justiça constitucional, entre outros fatores, teorias jurídicas surgem afirmando que os particulares acabam por se vincular a preceitos constitucionais e, com base nesse dever, os contratos e as relações jurídicas entre particulares que forem contra esses preceitos podem ser revogados em vista da proteção aos direitos fundamentais de cada pessoa humana.

Isso posto, esse trabalho visa analisar as teorias norte-americanas e alemãs que tratam sobre o tema dessa eficácia entre particulares e também, com a compreensão dessas teorias, explicar sobre a orientação da jurisprudência do STF concernente ao tema. O método utilizado é o analítico

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da PUCRS; Taxista da Capes; Advogado; rsilvasandi@gmail.com

tendo como fundamento o estudo de obras sobre o tema e a pesquisa de jurisprudência do STF sobre a temática aqui versada.

O método desse trabalho é o analítico, escrito a partir de artigos e obras sobre o tema.

## 2 REFLEXÕES INICIAIS

A eficácia dos direitos fundamentais entre particulares se expressa de modo muito peculiar em cada ordem constitucional e em cada momento histórico que essa ordem constitucional se encontra. Para isso, tem-se por pressuposto a lição de Claus-Wilhelm Canaris (1999 apud SARLET, 2017, p. 65), de que, não obstante haver discussões transnacionais sobre o tema, há “[...] a necessidade de que as soluções para os problemas específicos devem levar em conta as circunstâncias e peculiaridades de cada ordem jurídica.” Com essa premissa, busca-se, nesse artigo, analisar o desenvolvimento da compreensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre particulares. As diferentes concepções do tema, entre outros motivos, demonstram o porquê de tal assunto ser recorrente nas discussões acadêmicas.

Enquanto nos Estados Unidos desenvolveu-se a concepção do *state action*, na qual se estabeleceu que se vinculam os particulares aos efeitos dos direitos em voga quando algum desses exercer algum poder de ordem pública, na Alemanha, embora não haja preceito constitucional explícito sobre a eficácia entre particulares, a busca pela irradiação das normas constitucionais corroborou (entre outros motivos) para a criação, entre a doutrina alemã, do “efeito ante terceiros” (*Drittwirkung*), “isto é, vinculação de sujeitos de direito além do estado. [Assim] vinculariam, em determinadas situações, os particulares e poderiam ser invocados perante os tribunais [...]” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 104). Além do *Drittwirkung*, outras teorias foram sendo desenvolvidas, como o *schutzgebotsfunktion der Grundrechte*,

na qual os direitos fundamentais ordenam que os poderes do Estado devam estar numa posição de cuidado com as pessoas (*grundrechtlich geschützten Positionen in Schutz zu nehmen*) (STERN, 1988, p. 1560).

No Brasil, tal como a Lei Fundamental Alemã, não há norma constitucional que ordene explicitamente essa vinculação entre particulares, mas com base no artigo 5º, § 1º na qual exige que haja uma aplicação imediata dos direitos fundamentais, optou-se pela interpretação na qual esses direitos também devem vincular os particulares (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 109). É nítido que numa sociedade tão desigual nas dimensões econômicas e jurídicas, faz-se necessário a intervenção do Estado nas relações privadas.

Feitas as considerações iniciais, analisa-se agora as teorias à luz de seus contextos normativos.

### **3 O DESENVOLVIMENTO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: STATE ACTION E DRITTWIRKUNG**

Nos Estados Unidos, a primazia pela liberdade e independência são características presentes no povo desse país. A Constituição Norte-americana, em vista da liberdade como fundamento do Estado federativo, busca, entre muitas matérias constitucionais, conceder grande margem de proteção à liberdade dos atos individuais da população. Na aplicação da eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares não poderia ser diferente embora, é claro, tenha havido uma certa flexibilização dessa eficácia com o passar do tempo.

O Bill of rights norte americano (e todas emendas subsequentes) é (são) claro(s) ao afirmar que somente os poderes estatais são vinculados à eficácia dos direitos fundamentais. Esse comando normativo, acrescido de uma interpretação literal do seu texto, acabou “[...] imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, [e assim] impede-se

que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, como as de com que pessoas se associar.” (TRIBE, 1988, p. 1691 apud SARMENTO; GOMES, 2011, p. 63). Além disso, como muito bem lembram Sarmento e Gomes (2011, p. 63), além dessa concepção simbólica e social, deve-se levar em conta a competência para se legislar Direito Privado que, nos Estados Unidos, não cabe à União, mas aos Estados Federados.

Esse pressuposto histórico e processual fundamenta muitas decisões na Corte Suprema norte-americana, Corte essa que permitiu haver na relação entre particulares legalidade na restrição e/ou supressão de direitos expressos na Carta Constitucional. Como exemplo clássico desse pensamento, tem-se a declaração de inconstitucionalidade por parte da Corte Suprema do Civil Rights Act, na qual o Congresso Nacional, em 1875, estabeleceu punições civis e penais para com a discriminação racial em locais públicos. Entretanto, a Corte declarou inconstitucional, pois a 14<sup>a</sup> Emenda somente permitia que a União pudesse legislar sobre normas que impedissem discriminações praticadas pelos Estados, e não entre particulares. Nesse entendimento da Corte, em relação ao assunto aqui trabalhado, ficou assentado que “os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição americana vinculam apenas os Poderes Públicos e não os particulares.” (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 64).<sup>2</sup>

Entretanto, houve um desenvolvimento na compreensão da Corte, na qual é denominada *white primary cases*. Nesse episódio, analisou-se a resolução do Partido Democrata de limitar a participação de brancos nas eleições, diferentemente do caso anterior, afirmou

<sup>2</sup> Embora essa tenha sido a decisão da Corte Suprema, como muito bem relembra Pereira (2006, p. 172), “cabe consignar que em outras oportunidades a Suprema Corte houvera reconhecido que a proteção pela Emenda 14 não abrangia apenas condutas de agentes públicos cobertas por estatutos legais, mas devia ser aplicada também nas situações em que indivíduos privados, a pretexto de exercer poderes estatais, atuassem extrapolando os limites da lei, ou, ainda, violando a lei.”



que essa resolução feria a 14<sup>a</sup> Emenda. Aqui, entre outros casos,<sup>3</sup> de certo modo, perfectibiliza-se a compreensão que a corte tem da state action, pois, nessa decisão, "adotou-se o entendimento de que o comitê partidário, ao exercer um poder atribuído pelo estado (state given power), devia ser encarado como uma agência estatal e, portanto, estava sujeito à cláusula constitucional do equal protection." (PEREIRA, 2006, p. 173).<sup>4</sup>

Além desse, um outro caso paradigmático é o famigerado Marsh v. Alabama (1946). Esse caso discutia se uma empresa privada, ao possuir uma porção territorial onde se localizavam residências e estabelecimentos comerciais, teria o poder de coibir ou não a entrada de Testemunhas de Jeová que buscavam pregar sua fé nas residências ali localizadas. Essa proibição foi declarada inválida, "pois ao manter uma 'cidade privada' (private owned town), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1<sup>a</sup> Emenda da Constituição norte americana, que assegura a liberdade de culto." (SARMENTO, 2006, p. 191).

Desse modo, pode-se afirmar com Ubillos (1997, p. 39-40), que a Corte Suprema sustentou que entidades que exerçam virtualmente poderes públicos (government-like powers) ou exerçam poderes que tradicionalmente foram atribuídos aos Estados, podem os particulares sofrer os efeitos da lei como tais fossem. Desse modo, a definição de público se estende para que se evite deixar cidadãos desprotegidos.

Além da extensão da eficácia desses direitos a pessoas privadas que exercem um tipo de função pública, a Corte também decidiu que essa eficácia se estende às pessoas privadas que possuem, em sua conduta,

<sup>3</sup> A Corte também reconheceu essa função pública no caso Evans v. Newton, no qual foi a reconhecida a "ilicitude da negativa de acesso aos negros a um pequeno parque privado, mas aberto ao público em geral." (SARMENTO, 2006, p. 191).

<sup>4</sup> Não obstante haver certo protagonismo do agente particular que age com certas funções públicas, Tribe (1988, p. 1700) relembra que "to the extent that such rights impose restraints on governmental rules and not on governmental actors per se, the state action inquiry must initially focus on the task of identifying the governmental rule implicated in a particular case, and not on the task of determining whether or not a particular actor is a governmental actor". Ou seja, primeiramente, antes de analisar se o particular age ou não com poder estatal, é preciso analisar o quanto determinada norma governamental atinge o particular em sua função pública.

conexão com as entidades governamentais. O caso paradigma é conhecido como *Schelley v. Kraemer*. Nesse caso, uma convenção privada proibia que se alienasse imóveis a minorias raciais. Não obstante essa cláusula, legalmente assinada, o dono de um dos imóveis vendeu sua casa a um negro. Essa venda foi levada a justiça por ter desrespeitado a convenção. A Corte, num voto paradigmático, entendeu que “embora as estipulações contratuais discriminatórias, por si mesmas, não configurem violação a 14<sup>a</sup> Emenda, a intervenção estatal no sentido de promover a execução forçada (enforcement) do ajuste encerra um atentado do princípio da igualdade, ou seja, se a Corte não pode restringir atos discriminatórios entre particulares, a mesma não pode ratificá-los.

As decisões da Corte, em suas idas e vindas - como no caso *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, no qual a corte entendeu que empresa privada pode cortar seu fornecimento de energia por falta de pagamento -, ainda continua com a teoria da *state action*, ou seja, negando a eficácia de direitos fundamentais entre particulares.

Na ordem constitucional europeia do pós-guerra, diferentemente de manter-se atrelado às funções públicas de determinada ação privada, procurou-se, vincular os particulares em vista de uma maior incidência dos direitos constitucionais na sociedade.

Entretanto, não houve uma homogeneidade constitucional nesse sentido, afinal, enquanto a Lei Fundamental alemã não prevê a vinculação entre os particulares, a Constituição da República Portuguesa, por exemplo, prevê em seu art. 18,<sup>5</sup> a vinculação às entidades públicas e privadas; a possibilidade ou não de restrição desses direitos e, de forma categórica,

<sup>5</sup> “Artigo 18.º Força jurídica. 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” (CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA).

a impossibilidade de diminuição do núcleo essencial dos preceitos constitucionais.

Por certo, na Alemanha, após as atrocidades da segunda guerra mundial, é inegável que “a Lei Fundamental de 1949 reagiu contra essas falhas, buscando firmar-se em princípios como o da proteção judicial dos direitos fundamentais e o da aplicação direta e imediata destes, independentemente de tradução jurídica pelo legislador.”<sup>6</sup> (BRANCO, 2018, p. 153). Entretanto, diferentemente da Constituição portuguesa, não se previu a aplicabilidade dos direitos fundamentais entre os particulares. No seu art. 1º, III, lê-se que “constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.”

Desse modo, não obstante haver certo consenso sobre a aplicação imediata dos direitos fundamentais sobre os atos estatais, houve grande dissenso na doutrina alemã sobre a eficácia imediata ou não dos direitos fundamentais entre os particulares.

Essa dificuldade de haver um consenso quanto a essa eficácia entre particulares, resulta do fato de que na relação “vertical” (Estado e sujeito), somente as pessoas são titulares de direitos fundamentais, não o Estado. Já na relação entre os particulares, há dois titulares desse direito que estão investidos “pela própria Constituição em um poder de autodeterminação dos seus interesses privados.” (SARMENTO, 2006, p. 185). Desse modo, com a premissa de que hoje, em grande parte das relações privadas um particular também ameaça a autonomia de muitos e que, nesse embate, ambos lados são titulares de direitos fundamentais, necessita-se de grande cuidado para com o respeito desses direitos em jogo, sendo que se faz necessário a busca “de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a

<sup>6</sup> Como afirma Stern (1988, p. 1515), “die Grundrechtslehre vor dem Zweiten Weltkrieg kannte im Grunde das Problem der Wirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung nur am Rende. Was dort eine Rolle spielte, kann nur als eine gesellschaftliche Programmatik er Grundrechte oder als vom Verfassungsgeber angeordnete Ausnameregulung verstanden werden.”

eles vêm de todos os lados, e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana." (SARMENTO, 2006, p. 186).

Na Alemanha, desenvolveu-se de forma profícua a reflexão sobre a eficácia dos Direitos Fundamentais entre particulares na doutrina e na jurisprudência, ou, ainda antes, já no *Parlamentarische Rat* (processo de preparação da Lei Fundamental alemã).<sup>7</sup> A doutrina alemã, representada por Hans Carl Nipperdey<sup>8</sup> (SARMENTO, 2006, p. 220), sustentou o vínculo horizontal entre terceiros de forma direta, ou seja, "como aplicação imediata de normas constitucionais em conflitos entre particulares." (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 106). Para esse autor, conforme Sarlet (2000, p. 10), caso fosse negada uma vinculação imediata dos direitos fundamentais entre particulares, os mesmos somente seriam de cunho declaratório. Entretanto, essa teoria foi abandonada pelos próprios defensores da vinculação imediata, pois "se reconheceu a existência de uma diferença estrutural entre as relações particular/Estado e dos particulares entre si, já que estes, em regra, são todos igualmente titulares de direitos fundamentais." (SARLET, 2000, p. 10).

Desse modo, com a falta de plausibilidade dos argumentos a favor da eficácia imediata, a doutrina reforça-se sob o argumento da eficácia mediata dos direitos fundamentais entre particulares. Gunter Dürig, em sua magistral obra "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", afirma que é preciso analisar os direitos fundamentais inseridos na ordem do Direito privado, pois

<sup>7</sup> No Bericht des Unterausschusses I (BUCHER, [1948-1949], p. 217-218) havia sido proposta a seguinte redação: „Die öffentliche Gewalt ist in allen ihren Erscheinungsformen verpflichtet, die Würde der menschlichen Persönlichkeit zu achten und zu schützen. Jedes Verhalten von Amtsträgern oder Privatpersonen, das diesen Grundsatz verletzt, wird strafrechtlich geahndet". Entretanto, como demonstram as anotações do PR, essa proposta foi descartada, pois significava somente uma vinculação com o poder público o que estaria deveras equivocado, porque também os particulares estariam vinculados a essa norma (auch die Privatpersonen festgelegt werden).

<sup>8</sup> H. C. Nipperdey foi juiz no Tribunal do Trabalho da Alemanha e trabalhou fortemente sua teoria no que concerne à igualdade de salário entre homens e mulheres (Lohnfreiheit von Mann und Frau). Segundo ao autor, caso não se aplicasse o Art.3 Abs.2 e 3 da lei Fundamental, poderiam esses direitos restar "ohne Rechtswirkung, so hätte er 'in praxi absolut deklamatorischen Charakter"; dies widerspreche aber dem Charakter der Grundrechte als bindender Bestimmungen." (STERN, 1988, p. 1524-1525).

a autonomia privada deve ser respeitada pela ordem constitucional. Por isso, inegavelmente, há um elo entre eles, sendo que a “ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado [...]” (SARMENTO, 2006, p. 211). Nessa linha de entendimento sobre o tema, como se lê no comentário de Münch (1992, p. 40), ao art. 1º, III da Lei Fundamental Alemã - à luz também da jurisprudência alemã -, é mais viável a ideia de aplicação mediata pois os direitos fundamentais, à luz de uma ordem de valores objetiva (objektive Wertordnung),<sup>9, 10</sup> devem permitir que cada instituição seja interpretada à luz de suas atribuições normativas, afinal, os direitos fundamentais não resolvem, concretamente, por si, as disputas jurídicas.

Desse modo, para a teoria da eficácia mediata, as cláusulas gerais do direito civil possuem grande importância. No lastro do ensinamento de Judith Martins-Costa – à luz de um contexto brasileiro, mas que se estende ao estudo aqui discorrido -, as cláusulas gerais representam “a via privilegiada para a contínua construção e reconstrução da positividade dos princípios e das diretivas, desde que a jurisprudência, com responsabilidade, senso ético e sabedoria, saiba retirar todas as consequências que esta técnica enseja.” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 630).

O princípio da boa-fé, por exemplo, desempenha função de cláusula geral em nosso ordenamento, afirmando-se como princípio reitor do universo

<sup>9</sup> Assim como um sistema objetivo de valores, um sistema de valores é: 'Legislação, administração e jurisdição recebem dele diretrizes e impulsos. Claro, esta é também a influência do direito cívico; Nenhuma disposição legal burguesa pode contradizê-lo, cada um deve ser interpretado em sua mente (BVerfGE 7, 198 [205] - Lüth). Assim, as disposições sobre direitos fundamentais não resolvem as disputas civis e jurídicas concretamente, mas se desdobram 'por meio das regras que governam diretamente a respectiva área de direito' (BVerfGE 42, 143 [148] [...]).

<sup>10</sup> Nessa seara de discussões, é mister recordar a lição de Andrade (2001, p. 276-277 apud SARMENTO, 2006, p. 2013), no qual afirma, com base na eficácia mediata, “[...] quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, classificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (Wertschutzlückenschliessung), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.”

das relações obrigacionais e intersubjetivas. Ela possibilita a verificação de compatibilidade e adequação dos contratos, ambas calcadas num standard de conduta leal, condizentes à atuação das partes integrantes. Não obstante, e justamente em virtude de sua caracterização enquanto cláusula geral, tem o condão de irradiar suas influências sobre os demais continentes jurídicos. As cláusulas gerais, assim sendo,

constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 274).

A compreensão da irradiação dos direitos fundamentais foi o entendimento da jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, que viu no famigerado *caso Lüth* a aplicação paradigmática da eficácia mediata dos direitos fundamentais. Nesse julgamento, tratou-se da legitimidade de um boicote dirigido ao cineasta Veit Harlan que fora coligado ao partido nazista. Pela força econômica que demonstrou-se tal boicote, a produtora obteve decisão da Justiça de Hamburgo, determinando que tal boicote cessasse com fundamento no art. 826 do BGB, *in verbis*: "quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano." Não se contentando com a decisão, interpôs queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o *Bundesverfassungsgericht*, que acolheu o recurso, afirmando, nas palavras de Sarmento (2006, p. 215), que as cláusulas gerais, tal como os bons costumes, catalogado no art. 826 do BGB, "têm de ser interpretados ao lume da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo."

Como se percebe, essa decisão é paradigmática, pois mesmo ao respeitar as determinações presentes no direito civil, que, *in casu*, são

os bons costumes, é necessário que os mesmos sejam colmatados e interpretados a partir da liberdade de expressão presente na Lei Fundamental como direito fundamental. Não obstante as críticas que mais adiante serão aqui prolatadas, de modo muito bem fundamentado, buscou o tribunal Constitucional Alemão dar eficácia aos direitos fundamentais e ainda manter o espírito *jusprivatístico*.

Mesmo ao manter seu espírito juscivilístico, há críticas ao uso das cláusulas gerais, pois as mesmas, por mais que busquem conferir segurança jurídica na via jurisdicional, podem ser, muitas vezes, tão indeterminadas quanto o conteúdo dos direitos fundamentais aplicados imediatamente à relação entre os particulares. Assim, “[...] se, de um lado, os enunciados linguísticos que veiculam normas de direitos fundamentais são imprecisos (“vagueza semântica”), de outro, as cláusulas gerais, por definição, também são enunciados legislativos, ou parte deles, com elevado grau de indeterminação.” (STEINMETZ, 2004, p. 162).

Além dessa crítica da indeterminação das cláusulas gerais, elenca-se as seguintes críticas a essa teoria, não a título de conclusão, mas em busca de reflexões já feitas pela comunidade jurídica. Uma das críticas, pois, é que a proteção dos direitos fundamentais torna-se, na esfera privada, refém da vontade incerta do legislador ordinário. A outra crítica que, diga-se de passagem, é de extrema importância que seja levada em conta, refere-se ao aspecto deontológico dos Direitos Fundamentais, afinal quando se diz que os direitos fundamentais são “pontos de irrupção” (Dürig) por meio das cláusulas gerais, são os direitos fundamentais normas jurídicas ou valores? (STEINMETZ, 2004, p. 161).

Essa crítica, dentre outros autores, advém de Claus- Wilhelm Canaris, autor esse que desenvolve a teoria denominada *grundrechtlicher Schutzpflicht*, sendo que a mesma está expressa em seu texto “*Grundrecht und Privatrecht*”, que, segundo didático comentário de Cherednyhenco (2004, p. 8), busca afirmar não haver mais somente uma suposição de defesa contra

o Estado, mas a suposição de que também se deve ser protegido por ele. Por isso, o direito privado, de modo ponderado, deve proteger contra terceiros a ameaça de direitos constitucionais.

Com a sua teoria, Canaris afirma que é exigido do Estado, primeiramente do legislador e subsidiariamente do poder judiciário (SARLET, 2000, p. 13), uma *proibição de insuficiência* de proteção, mas também é defeso uma *proibição de excesso*, de tal modo que entre esses âmbitos haja um *espaço de liberdade da conformação privada*. O legislador deve, portanto, avaliar, por meio das leis, "se a proteção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados." (CANARIS, 1999, p. 123).

É preciso ressaltar que não se trata de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais, e, de fato, o próprio Canaris critica essa modalidade, afirmando que, não obstante ser possível que a própria constituição vincule situações de eficácia imediata, a aplicação dessa doutrina "poderia destruir tanto o direito contratual quanto também o direito de responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo direito constitucional." (CANARIS, 2003, p. 235).<sup>11</sup>

O que se quer afirmar é a necessidade de se conjugar a autonomia privada (relação contratual), mas, ao mesmo tempo, ter-se em conta o dever do Estado de proteger os particulares de ameaças que podem ocorrer entre si. Na verdade, essa teoria busca, ao exigir do Estado um imperativo de tutela, resolver o problema entre a eficácia mediata e imediata.

<sup>11</sup> Como afirma Sarmento (2006, p. 237), Canaris, mesmo ao diferenciar a vinculação entre poderes públicos e particulares aos direitos fundamentais, "caberia ao legislador disciplinar tais comportamentos, de modo a evitar as lesões a direitos fundamentais decorrentes de pessoas não estatais. Sob este prisma, os atos privados não teriam de se conformar aos direitos fundamentais, tal como plasmados na Constituição, mas sim aos parâmetros ditados pelo legislador, no exercício da sua função de proteção daqueles direitos. E o legislador poderia optar pela introdução dos direitos fundamentais na disciplina das relações privadas de modo mais preciso, através de regras dotadas de alto grau de densificação, ou então decidir pela de valoração mais amplo para o judiciário, valendo-se neste caso de cláusulas gerais." (SARMENTO, 2006, p. 237-238).



Realmente, pode-se refletir à luz da teoria de Canaris, o quanto cabe ao legislativo ingressar na esfera das relações privadas e o quanto deve evitar determinada omissão, podendo desproteger a pessoa humana. Ao que parece, o autor alemão traz à tona um problema que é fundamento do próprio Estado de Direito, pois a omissão do Estado faria com que se voltasse às épocas em que somente alguns tinham a proteção pública de seus direitos. Mas a proteção demasiada, torna o poder da proteção algo até arbitrário, retornando a um estágio no qual não se respeita a esfera privada e, por isso, não há segurança jurídica. A eficácia mediata, pois, possui plausíveis argumentos, demonstrando que, um direito civil bem estruturado pode corresponder às necessidades sociais.

Embora o Brasil tenha recebido influências eminentemente europeias, é preciso, agora, investigar, qual a reflexão e compreensão do STF sobre o tema.

## **4 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENTRE OS PARTICULARES NA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Tal como a Lei Fundamental da Alemanha, o Brasil não possui explicitamente uma norma constitucional que afirme haver vinculação entre os particulares. Por isso, nesse campo, há muitas discussões em torno da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais entre os particulares. De certo modo, há uma maioria doutrinária (mas não unânime) que concorda com uma eficácia direta dos direitos fundamentais. Entretanto, há autores como Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis<sup>12</sup> que são contrários à tese da eficácia imediata desses direitos.

<sup>12</sup> “[...] no ordenamento jurídico brasileiro, vale como regra geral que destinatário dos deveres que correspondem aos direitos fundamentais é o estado, tanto no sentido do dever de abstenção como no sentido do dever de ação mediante prestações. Os particulares devem respeitar os direitos fundamentais na exata medida em que estes forem concretizados por leis infraconstitucionais (o direito fundamental à vida corresponde à punição do homicídio etc.). No mais, os direitos fundamentais desenvolvem como aludido um feito de irradiação na interpretação da legislação comum, principalmente das cláusulas gerais.” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 112).

Autores favoráveis à eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares, tal como Ingo Wolfgang Sarlet advogam que, não obstante ser dominante na Alemanha a tese da eficácia mediata, segundo ele, haveria *prima facie*, no Brasil, uma vinculação direta aos particulares, levando-se em conta, entretanto, a crítica de que se faz necessário cuidar para que não se desloque ao "Judiciário a decisão final sobre a ponderação dos direitos esgrimidos entre os sujeitos privados." (SARLET, 2011, p. 382-383). Quanto à defesa da eficácia imediata aos direitos fundamentais (aqui trata-se dos direitos individuais), Wilson Steinmetz, em sua obra "*A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*", afirma que, na ordem constitucional brasileira, há melhores fundamentos, justamente, para a recepção de uma eficácia imediata, pois

(i) é uma construção dogmática que toma a sério os direitos fundamentais, (ii) é consistente e conseqüente com a posição constitucional especial e preferencial desses direitos e com o conceito de uma Constituição como estrutura normativa básica (fundamental) do Estado e da *sociedade*, e (iii) está sintonizada com o projeto – um projeto que não é somente jurídico, mas também ético e político, sobretudo no marco de um marco ético e político [...] (STEINMETZ, 2004, p. 271).

Na jurisprudência do STF, inobstante a falta de uma teoria jurisdicional sobre o tema, podem-se encontrar decisões que primam pela eficácia imediata dos direitos fundamentais.

No que se refere às garantias processuais, o STF decidiu que, apesar de convenção de Associação/Cooperativa negar o direito ao contraditório a algum associado/cooperado, o direito ao contraditório é direito subjetivo que pode ser, como direito fundamental, preterido contra particulares.

No caso da Associação, lê-se na ementa do Recurso Extraordinário nº 158.2015-4, julgado a 07/06/1996, que "na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à

exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.”

No caso da exclusão de um associado da Associação de Músicos Brasileiros, no Recurso Extraordinário 201.819, de relatoria do Acórdão feita pelo Ministro Gilmar Mendes, foi decidido que violava o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a exclusão de membro de uma sociedade sem a devida possibilidade de defesa.<sup>13</sup> Nesse caso, por possuir a associação respaldo e abrangência nacional, torna-se essa vinculação direta dos direitos fundamentais algo ainda mais exigível. Como afirma a Ementa do Acórdão,

o caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. (art. 5º, LIV e LV, CF/88). (BRASIL, 1988).<sup>14</sup>

<sup>13</sup> [...] As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da constituição da república, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório.

<sup>14</sup> Cabe, aqui, registrar a crítica que Dimoulis e Martins (2019, p. 114-115) fazem a essas jurisprudências, ao afirmarem que elas não representam uma consagração do efeito horizontal, pois, para eles, elas se apresentam nessas decisões como obter dictum. Assim, no caso da exclusão do associado, a impossibilidade de ampla defesa e do contraditório foi uma afronta à legislação processual que, nitidamente, asseguram esses direitos. Além disso, continuam os autores, “o STF reconheceu que houve violação do direito, mas considerou que isso ocorreu porque a associação exercia poder público, apesar de ser pessoa jurídica

Além desses julgados elencados que, prioritariamente, demonstraram a eficácia imediata de direitos fundamentais em âmbito processual, o STF também já decidiu com base na eficácia imediata em caso que envolvia relação trabalhista. No Recurso Extraordinário 161.243-I, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgado em 19/12/1997, a Segunda Turma do STF julgou o caso de um empregado da empresa aérea Air France que buscava “fruir as prerrogativas do Estatuto Pessoal da empresa, o qual era aplicado apenas aos empregados franceses.” (PEREIRA, 2006, p. 485). Na decisão, conforme Ementa do Acórdão, a empresa aérea francesa, ao conceder vantagens restritamente a empregados de nacionalidade francesa, ofendeu ao princípio da igualdade. Assim, “a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional” e, assim, estendeu os benefícios dos empregados franceses ao empregado brasileiro.

Não obstante a falta de um teoria jurisdicional sobre o tema, como afirma Sarlet (2012, p. 18), com base em outras decisões do STF, pode-se inferir, “pelo menos de acordo com a tendência ora registrada, a tese de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.” Essa também é a opinião expressa por Sarmento (2006, p. 255) na sua vasta obra sobre o tem. Além dele, Pereira (2006, p. 485) também afirma que o STF vem orientando-se nesse sentido, “sem que o tema, por enquanto, tenha sido objeto de exame mais aprofundado.”

## 5 CONCLUSÃO

Após o estudo do tema da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, nota-se que há argumentos muito bem fundamentados aos que negam e aos que aceitam a possibilidade de uma eficácia mediata ou

---

de direito privado. Em razão disso, a vinculação ao direito fundamental da ampla defesa não decorreria do efeito horizontal, mas da vinculação vertical do poder público aos direitos fundamentais.” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 114-115).

imediatamente. Entretanto, é nítido que as teorias progredem com o mover histórico, aumentando a incidência do campo fático ou admitindo maior moderação em vista de não adentrar em âmbitos do campo privado (como a teoria da eficácia direta). Desse modo, pode-se afirmar que subjacente às teorias há I) a necessidade de adequação social e II) há a busca de não atingir a liberdade privada, seja através de uma omissão dos poderes estatais, seja através de uma interferência demasiada. Nesse caso, tem-se aqui a teoria de Canaris como fundamental para compreender o quanto é importante (ou não) a interferência dos poderes públicos no âmbito privado.

No que se refere à jurisprudência do STF, concorda-se com Leonardo Martins e Felipe Dimoulis, quando afirmam que não há uma teoria jurisprudencial sobre o tema. Entretanto, à luz dos casos trazidos nesse trabalho (e de outros ainda), não se pode negar a recepção da teoria da eficácia imediata na Corte Constitucional no Brasil e, ao que tudo parece, será essa a base da teoria jurisprudencial sobre o tema.

## REFERÊNCIAS

BILBAO UBILLOS, Juan María. **Los derechos fundamentales em la frontera entre lo público y lo privado** – la nocón de *state action* em la jurisprudência norteamericana. Madrid: McGrawHill/Interamericana de España, 1997.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BUCHER, Peter (colab.). **Der Parlamentarische Rat 1948-1949** – Akten und Protokolle: Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee. v. 2. Harald Boldt Verlag. [1948-1949].

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução: Ingo W. Sarlet, Paulo M. Pinto. Berlin: Walter de Gruyter, 1999. Título original: Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz.

CHEREDNYCHENKO, Olha. The constitutionalization of contract law: Something New under the Sun? **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 8.1, mar. 2004. Disponível em: [https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/10544/Cherednychenko\\_04\\_TheConstitutionalization-of-Contract-Law.pdf?sequence=2](https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/10544/Cherednychenko_04_TheConstitutionalization-of-Contract-Law.pdf?sequence=2). Acesso em: 25 abr. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MÜNCH, Ingo von. **Grundgesetz-Kommentar**. 4. ed. München: C.H.Beck, 1992. v. 1.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves Pereira. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: MARTINS-COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Revista Civilística**, [s. l.], n. 1, 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2012/08/Neoconstitucionalismo-civilistica.com-1.-20121.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: Notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [s. l.], v. 12, 2017. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/311/296>. Acesso em: 25 abr. 2019.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO; Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, [s. l.], v. 77, n. 4, out./dez. 2011. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28342/003\\_sarmento\\_gomes.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28342/003_sarmento_gomes.pdf?sequence=3&isAllowed=y). Acesso em: 25 mar. 2019.

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

STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. v. III/1. München: C.H.Beck, 1988.

TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. Nova York: The Foundation Press, 1988.





# O DEVER FUNDAMENTAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A GARANTIA DA EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Guilherme Luiz Guerini<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A discussão que este trabalho irá propor é a respeito da importância que o dever de fundamentação das decisões judiciais tem ao processo, não apenas aos litigantes e as partes envolvidas, mas para a sociedade em si, almejando a efetivação dos direitos fundamentais conexos e a aplicação das garantias constitucionais insculpidas no texto constitucional promulgado no ano de 1988 na sociedade brasileira.

Em um primeiro momento, buscar-se-á uma conceituação da dualidade entre o direito e o dever fundamental das decisões judiciais, garantidas por força do art. 93, IX da Constituição Federal, fazendo um breve apanhado da teoria de deveres fundamentais, que acompanham os direitos fundamentais, como uma contrapartida para a busca pela garantia da efetivação de todos os direitos elencados pelo texto constitucional.

Seguindo, a segunda parte deste texto irá enfrentar o assunto da constitucionalização do processo, tendência brasileira após a promulgação desta nova carta constitucional, influenciado pelo neoconstitucionalismo mundial que se iniciou após a segunda guerra mundial e faz com que as legislações infraconstitucionais respeitem a hierarquia constitucional empregada. Para isso, será analisado o texto do Código de Processo Civil promulgado no ano de 2015 e que, pela análise mais detalhada do artigo 489, será possível visualizar a efetivação do art. 93 IX da Constituição Federal, positivando a necessidade

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Civil pelo IDD (Instituto Damásio de Direito); Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; guilhermeguerini@hotmail.com

de fundamentação das decisões judiciais e estabelecendo parâmetros a serem observados para evitar a falta de fundamentação.

Por fim, o texto buscará apresentar o entendimento exarado por Michelle Taruffo, explanando a dupla função que existe dentro de uma sentença judicial e demonstrando a importância de ambas as funções para que se possa garantir a efetividade e aplicação de garantias fundamentais correlatas com o de fundamentar as decisões judiciais. Para este artigo, será utilizado como método de pesquisa o dedutivo, tendo como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica investigativa, com a leitura de autores que escrevem os temas referentes ao processo civil e direitos fundamentais.

## **2 O DEVER FUNDAMENTAL DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Para dar início ao que se pretende produzir neste trabalho, importante conceituar a definição dicotômica entre dever e direito fundamental de fundamentação das decisões judiciais, exposto no art. 93, IX<sup>2</sup> da Constituição Federal de 1988. O tema referente aos deveres fundamentais é pouco explorado na doutrina constitucional contemporânea, mas passa-se a analisar os poucos que falam sobre o assunto.

A forma de Estado que foi almejada pós regime militar (1964-1985) foi a de um Estado Democrático de Direito, cuja formação se dá com a junção do Estado de Direito e o Estado Democrático, dois Estados que eram visualizados separados antes da Segunda Guerra Mundial e que tiveram sua união pós guerra, sintetizando as nações em Estados Constitucionais (ou

<sup>2</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988). Para confecção deste artigo, o tema deveres fundamentais terá como aporte teórico Sarlet (2015) e Nabais (2012).

Estado Democrático de Direito), mormente para evitar que as atrocidades e barbáries evidenciadas durante a Guerra pudessem voltar à tona, sob pena de dizimar a população. Ainda, deu força a ideia que essa união deveria colocar limites ao Poder Público e demonstrar, sobretudo com a construção doutrinária e sua positivação, do direito a dignidade humana, que o poder decorria dos cidadãos, devendo o poder político obedecer tal premissa.

Além de tais situações, começou a se verificar nos ordenamentos jurídicos que se deu uma importância maior a uma Constituição, dando parâmetros para que sua força normativa tivesse poder frente ao Direito e mais, sedimentando inúmeros direitos fundamentais que haviam sido esquecidos, sobretudo em épocas de barbárie, como a que fora vivida pela Europa na primeira metade do Século XX.

Mas o Estado não concede apenas direitos. É indispensável para o projeto social perfeito almejado pela Carta Magna dos países, principalmente a brasileira, que, além de direitos, existam também deveres. Assim entende Sarlet (2015) explanando a respeito do assunto da seguinte forma:

[...] não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca. Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta a redação do art. 5º, caput, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional.

Nestes deveres, encontra-se o dever fundamental dos magistrados motivarem quaisquer decisões, sejam elas judiciais ou administrativas. Para se galgar que uma sociedade seja fundamentada e baseada no Estado de Bem-Estar Social, torna-se primordial que seja assegurada à concretização dos direitos fundamentais, por intermédio de contrapartidas, sejam elas de particulares ou estatais, sendo, neste caso específico, uma contrapartida

estatal, através do magistrado, que se reveste do Estado-Juiz e, quando provocado, sai da inércia para dirimir eventual lide que foi chamado a se manifestar.

Na Carta Magna brasileira o assunto de direitos fundamentais foi tratado no Título II, da seguinte forma: um capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º) e, logo em seguida, outro, onde foram elencados os direitos sociais (art. 6º e 7º). Fica nítido da leitura dos dispositivos que foram positivados direitos e garantias fundamentais de diversas gerações, porém não há expressamente nenhum dever fundamental exigido, a não ser no título que introduz o capítulo do art. 5º.

Vivendo sob a égide de um Estado Social de Direito, onde estão inseridos no texto constitucional uma série de garantias e direitos fundamentais e sociais a serem colocados em prática através de prestações estatais, não há como exigir a implementação sem que haja uma contrapartida. Se existem direitos a serem garantidos, nasce a contrapartida estatal, ou seja, o dever de garantir que as suas decisões que interferem a esfera privada, sejam devidamente fundamentadas.

O dever fundamental de fundamentar as decisões, sejam elas judiciais ou administrativas, nessa toada, é contrapartida necessária para que o funcionamento estatal ocorra e os direitos fundamentais sejam efetivados, não importando qual o tamanho da sua complexidade para ser posto em prática. Ademais, para que ocorra um processo justo e que a interferência estatal ocorra sem a ofensa ao princípio da dignidade humana, deve se dar razões pelas quais chegou-se a determinada conclusão.

Além disso, de ser um dever estatal para não ocorrer uma violação ao princípio da dignidade humana, supra princípio exposto no art. 1º, III da carta constitucional, é importante salientar que a existência de um dever leva, conforme anteriormente comentado, a um direito fundamental. Fundamentar as decisões, englobando o vocábulo motivação, além de uma

exigência de um Estado Democrático de Direito, é direito fundamental do cidadão (MENDES; STRECK, 2018).

Ao fundamentar qualquer decisão emanada, leia-se fundamentar como além de explicitar as razões e fundamentos legais ao caso, justificar e demonstrar argumentos que levaram a determinada conclusão, serve para impedir qualquer arbitrariedade e uma verdadeira blindagem contra o autoritarismo. Portanto, esse dever/direito fundamental é pilar primordial em um Estado cuja democracia esteja presente, evitando surpresas ao longo do caminho processual e do acesso à justiça do cidadão que desejar ver sua querela solucionada.

Diante desses breves pressupostos, fica evidente que quando o texto constitucional promulgou um dispositivo como o que está disposto no art. 93, IX da CF, entendeu-se que o julgador deverá explicitar as razões que emanou certa decisão, surgindo, dessa forma, a dicotomia dever/direito fundamental. O cidadão ingressa com uma ação, exercendo seu direito fundamental de acesso à justiça, o Estado, saindo de sua inércia deve se manifestar e, quando se manifestar, deve explicitar os motivos que chegaram à conclusão, prestando contas ao cidadão de sua atuação estatal.

### **3 O ART. 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO**

Após breves considerações a respeito do direito e dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais, faz-se necessário destacar a positivação deste preceito constitucional ao ser confeccionado e promulgado o Código de Processo Civil no ano de 2015. O que ocorrera nada mais é do que um fenômeno que vem sendo observado e analisado em doutrinas e jurisprudências nacionais, a constitucionalização do processo.

Tal situação não é exclusivo do art. 93, IX da CF, mas de todo o processo civil em si, que logo em seu artigo inaugural determina que o processo civil

deve ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais que estão estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Vislumbra-se que o legislador deixou clarividente a necessidade de se compreender as normas processuais como garantia em face de qualquer arbítrio estatal e a necessidade de compreensão do processo a partir dos direitos fundamentais.

É nessa toada que surge, para efetivar e compreender de forma mais clara o dever e o direito fundamental de fundamentação das decisões judiciais, insculpido no art. 93 IX da CF, o art. 489 do novo Código de Processo Civil. O artigo 489 do CPC está assim disposto:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;  
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando

as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015).

O artigo acima elenca os elementos essenciais que uma sentença, ou decisão judicial, deve ter. O termo sentença pode ser empregado em dois sentidos: *estricto e lato*. O primeiro diz respeito somente à decisão final, compondo a lide ou apenas extinguindo o processo (art. 487 do CPC), emanada por juízo de primeiro grau de jurisdição. No segundo sentido, o termo sentença engloba o pronunciamento jurídico da administração, concretizado em atos administrativos (DONIZETTE, 2017).

O Código de Processo Civil estabeleceu, por intermédio do poder legislativo, o que entende por sentença, quando no art. 203, parágrafo 1º, positiva que sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim a fase cognitiva do procedimento comum e, também, extingue um processo executório. O artigo 485<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

§ 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado.

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

§ 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

§ 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

são decisões que se referem a sem resolução do mérito, enquanto o artigo 487 elenca decisões em que há resolução do mérito.

Antes de adentrar em uma breve análise a respeito do artigo 489 do Código de Processo Civil, calha destacar que este não é o único artigo por todo o Código de Processo Civil que faz menção a atos decisórios do juiz. Porém, este trabalho irá se ater somente a este artigo por tratar especificamente sobre a forma como deve se estruturar a sentença e situação exemplificativas de quando uma sentença não está fundamentada.

A leitura do artigo 489 se inicia informando que são elementos essenciais da sentença, ou seja, devem estar presentes na peça decisória emanada pelo órgão julgador, o relatório, que deverá conter uma série de requisitos e onde deve se contar uma breve história do que ocorrera até aquele momento no andamento processual. O segundo ponto é a fundamentação, tema deste artigo. E, por fim, o dispositivo, local onde o julgador irá resolver todas as questões principais e expor seu convencimento final a respeito da lide trazida pelas partes.

Seguindo, o parágrafo primeiro do artigo 489 é o ponto nevrálgico deste capítulo, pois é onde o legislador elencou seis incisos, exemplificativos, de quando um pronunciamento judicial, seja ele qual for, não estará fundamentado e, diante disso, sob pena de nulidade conforme prescreve o artigo 93, inciso IX da carta constitucional. Sendo assim, passa-se a analisar cada um dos incisos dispostos no parágrafo primeiro do artigo 489.

§ 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu.

§ 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se (BRASIL, 2015).

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

- I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
- III - homologar:
  - a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
  - b) a transação;
  - c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se (BRASIL, 2015).



O primeiro inciso entende que não se considera fundamentada uma decisão quando o pronunciamento se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. Em outras palavras, não deve se considerar fundamentada uma decisão quando o julgador não realiza a subsunção do fato à norma, simplesmente apontando um texto de lei qualquer, não fazendo os apontamentos necessários para coadunar com o caso concreto.

De forma semelhante ao inciso anterior, o segundo inciso aduz que não há fundamentação em um pronunciamento judicial quando houver o emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem a devida explanação do seu sentido e do porquê estar sendo empregado neste caso específico. O ordenamento jurídico possui enunciados normativos<sup>4</sup> e cláusulas gerais que possuem significados abertos, visto que o texto de lei não consegue abranger todos os casos possíveis de ensejar uma lide. Portanto, o magistrado não empregando de forma correta, ou seja, dando o devido apontamento ao conceito jurídico (enunciado ou cláusula geral) e amoldando ao caso concreto, também é situação que o legislador entende não estar a decisão devidamente fundamentada (DIDIER JÚNIOR, 2015).

O inciso três aponta que quando a decisão invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, deve se considerar não fundamentada, e, portanto, sob pena de ser declarada nula. Quando uma decisão emanada pode ser usada em qualquer outra situação em que não envolva a mesma causa de pedir, deduz-se que não se ateu ao caso

<sup>4</sup> São exemplos de enunciados normativos: "tempo razoável" (art. 6º, CPC), "bem comum" (art. 8º, CPC), "excessivamente onerosa" e "extrema vantagem" (art. 478, Código Civil), "proceder de modo temerário" (art. 8, V, CPC), "interesse público" (art. 178, I, e art. 947, § 2º, ambos do CPC), "preço vil" (art. 891, CPC), "grande repercussão social" (art. 947, CPC), "repercussão geral" (art. 102, §3º, CF) (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Exemplos de cláusulas gerais: o devido processo legal (art 5º, LIV, CF), a cláusula geral executiva (art. 536, §1º, CPC), o poder geral de cautela (art. 301, CPC), a cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 805, CPC), a cláusula geral da boa-fé processual (art. 5º, CPC), a cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 723, p. único, CPC) (DIDIER JÚNIOR, 2015).

concreto e não singularizou a causa que deveria ser resolvida (MARINONI; ARENHART; MITIDERO, 2016).

O quarto inciso considera não fundamentada uma decisão que não enfrentar todos os argumentos que as partes deduzirem no processo que, em tese, devem ser capazes alterar a conclusão que o julgador alcançar. Deve o julgador enfrentar os argumentos relevantes que as partes trazem, posto que o juiz, por força do direito ao contraditório como garantia fundamental, constitui parte neste contraditório e tem o dever de debate entre as partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016).

Por fim, os dois últimos incisos do parágrafo primeiro do artigo 489 são melhor analisados de forma conjunta, pois ambos estão tratando do instituto dos precedentes judiciais. Tanto o inciso cinco, quando o julgador invocar um precedente sem demonstrar razões com o caso, como o inciso seis, se o magistrado não usar do precedente invocado pela parte sem distinguir do caso, podem ser consideradas como decisões não fundamentadas. O julgador deve se ater aos precedentes confeccionados pelas cortes superiores e, sob pena de afronta a outro artigo do Código de Processo Civil, o artigo 926 que determina a manutenção de jurisprudência íntegra e coerente, não se utilizar da forma correta dessa nova técnica proposta pelo legislador.

Encerrado o parágrafo primeiro, breves considerações a respeito dos outros dois parágrafos. O parágrafo segundo traz que, havendo colisão entre normas, o juiz deve justificar os critérios usados para ponderação, enunciando as razões para a interferência na norma afastada e as premissas fática que galgam a sua conclusão. Verifica-se uma clara tentativa de aplicação da teoria da ponderação, criada pelo filósofo Robert Alexy, para dirimir eventuais conflitos principiológicos existentes em uma querela.

Enquanto isso, o parágrafo terceiro enuncia que a decisão judicial, seja ela qual for (interlocutória, sentença ou acórdão), deve ser interpretada a partir de todos os elementos elencados no artigo 489 e demais existentes por todo o Código de Processo Civil e em conformidade com o princípio da

boa-fé. Fica claro aqui, que a decisão emanada pelo Estado Juiz deve estar careada de unicidade e, além, eivada de constitucionalidade para que possa ter sua existência e validade permitidas dentro do ordenamento jurídico.

Portanto, apenas da leitura de um dos 1.072 artigos existentes dentro do Código de Processo Civil a preocupação, dentro da égide da Constituição Federal de 1988, com que todos as novas legislações promulgadas estejam coadunadas com os princípios garantidos dentro do texto constitucional e, além disso, faça com que a Carta Constitucional se torne um texto crível e palpável, deixando de ser algo abstrato e inatingível. Sendo assim, verifica-se a importância da constitucionalização do processo, tornando tangível a efetivação da carta constitucional e de todas as suas garantias elencadas, conforme será comentado no capítulo seguinte.

## **4 A FUNDAMENTAÇÃO E A GARANTIA DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Até este momento, neste artigo, o que se debateu no capítulo inicial foi uma breve construção acerca do dever e, também, direito fundamental de as decisões emanadas pelo judiciário terem que ser fundamentadas e devidamente motivadas por aqueles que as emanam. Seguindo, mostrou-se a constitucionalização do processo, fenômeno iniciado com a promulgação do texto constitucional em 1988 e uma tendência no neoconstitucionalismo que se vive atualmente nos ordenamentos jurídicos da maioria dos países.

Por conseguinte, neste derradeiro capítulo, será dado enfoque na importância da fundamentação das decisões emanadas pelo Estado Juiz, não apenas para garantir que o que está insculpido no art. 93, IX da Constituição Federal seja cumprido, mas também para que outras garantias fundamentais, mormente as relacionadas a processo, também sejam efetivadas para os cidadãos brasileiros. Para tanto, será feita uma breve análise da função que este dever da fundamentação exerce quando aplicado.

Iniciando o propósito deste capítulo, a garantia da motivação das decisões judiciais, como já comentado, possui a natureza de um direito fundamental do cidadão, como também um dever fundamental do Estado Juiz de impor que essa garantia se concretize. O dever de fundamentação possui uma dupla função, segundo o que entende Michelle Taruffo em seu livro *La Motivación de la sentencia civil*.

Em um primeiro momento, a fundamentação das decisões permite que as partes do processo em que a decisão é proferida possam exercer um controle judicial, caso queiram, mediante os recursos possíveis e permitidos dentro dos procedimentos do processo brasileiro. Diante da ciência dos motivos que ensejaram o magistrado a emanar tal decisão de uma forma, ou outra, pode facilitar aos interessados se há algum erro passível de ser impugnado mediante recurso e, ainda, quem analisará em instância superior, possa ter subsídios se irá manter a decisão atacada, ou não. A esta função do dever de fundamentação das decisões, denomina-se a função endoprocessual.

Ingressando um pouco na função endoprocessual, verifica-se a exigência de uma decisão clara, consistente e completa. Sua clareza advém que as palavras sejam veiculadas no texto, de forma precisa, aptas a não suscitarem no intérprete ambiguidades. Quanto ao requisito consistência, observá-lo é a verificação de seu antônimo. É a decisão que não provoca que seus elementos se coadunem, sobretudo fundamentação e dispositivo. E, por fim, a completude é a busca pela inexistência de lacunas, omissões, fazendo com que o magistrado se manifeste a respeito de todas as situações relevantes suscitadas pelas partes.

Por conseguinte, a segunda função, qual seja a função extraprocessual está intimamente ligada com a manutenção dos direitos fundamentais elencados na carta constitucional, que são inerentes ao Estado Democrático de Direito e estão ativos no sistema jurídico e social brasileiro pós constituição de 1988, propiciando um controle externo difuso do exercício

do poder jurisdicional, exercido pelo magistrado, mas pertencente ao povo, por força do artigo inaugural da carta constitucional.

Taruffo (2006) explana que àqueles que se destina motivação, ou fundamentação, das decisões emanadas pelos magistrados, não seriam somente as partes, aos seus procuradores e o juiz da instância superior, para exercer o controle recursal. A fundamentação da decisão tem como destinatário a opinião pública, ou seja, a população que possa ser afetada com a decisão emanada, seja de forma direta ou reflexiva.

Trata-se, portanto, de um valor político fundamental, possibilitando o controle do exercício do poder pela sociedade, como também um valor político instrumental, pois através do controle da motivação da decisão judicial é possível também analisar se outros princípios fundamentais foram realizados. Dentre esses princípios, pode se citar o da dignidade humana, da ampla defesa, da legalidade, acesso à justiça, todos elencados nos incisos do artigo 5º, bem como reproduzidos, pelo fenômeno da constitucionalização do processo, nos artigos iniciais do Código de Processo Civil.

Sendo assim, demonstra-se a importância de observação do direito/dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais, não sendo apenas instrumento assecuratório de garantias fundamentais as partes do processo em que se discute a lide, mas também com efeito sobre a sociedade que circunda o poder judiciário, fazendo com que os sustentáculos de um Estado Democrático de Direito se mantenham, mormente a democracia.

## 4 CONCLUSÃO

Chegando ao final deste artigo, este teve como escopo tentar demonstrar a importância da fundamentação nas decisões judiciais emanadas pelo Estado Juiz para a efetivação das garantias fundamentais promulgadas no texto constitucional de 1988. Para tanto, se iniciou a confecção deste trabalho explicando a relação direito dever fundamental de

fundamentação das decisões judiciais presentes pela força do art. 93, IX da Constituição Federal.

Outro ponto vislumbrado neste artigo foi a constitucionalização do processo, importante fenômeno que vem sendo observado e analisado em doutrinas e jurisprudências nacionais, que se verifica no Código de Processo Civil em seu artigo inaugural, determinando que o processo civil deva ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais que estão estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Denota-se que para o legislador restou evidente a premissa básica de se compreender as normas processuais como garantia em face de qualquer arbítrio estatal e a necessidade de compreensão do processo a partir dos direitos fundamentais.

Refazendo a leitura do artigo 489 do Código de Processo Civil, dispositivo importante, mas não único, que relata como deve ser entendida uma sentença e estabelece parâmetros para verificar a ausência de fundamentação de uma decisão judicial, o que ficou evidente a preocupação que dentro da égide da Constituição Federal de 1988, que todas as novas legislações promulgadas estejam coadunadas com os princípios garantidos dentro do texto constitucional e, além disso, faça com que a Carta Constitucional se torne um texto crível e palpável, deixando de ser algo abstrato e inatingível. Diante desta premissa, verifica-se a importância da constitucionalização do processo, tornando tangível a efetivação da carta constitucional e de todas as suas garantias elencadas.

Portanto, no derradeiro capítulo, demonstrou-se a dupla função da fundamentação das decisões judiciais, tendo uma função endoprocessual e extraprocessual. Essa dupla função se resume que a fundamentação importa tanto para os atores participantes do caso concreto como para toda a sociedade em si. Torna-se um valor político fundamental, que torna possível o controle do exercício do poder pela sociedade, como também um valor político instrumental, pois através do controle da motivação da

decisão judicial é possível também analisar se outros princípios fundamentais foram realizados.

Posto isso, conclui-se que é de suma importância o dever do Estado Juiz em fundamentar suas decisões judiciais, evitando arbitrariedades e situações que apenas se verificariam em ditaduras e estados totalitários. A importância de observação do direito/dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais é basilar, pois não é apenas instrumento assecuratório de garantias fundamentais as partes do processo em que se discute a lide, mas também com efeito sobre a sociedade que circunda o poder judiciário, fazendo com que os sustentáculos de um Estado Democrático de Direito se mantenham, mormente a democracia.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

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

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: volume 1. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: volume 2. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DONIZETTE, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Art. 93. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A Força dos Precedentes**: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

NABAIS, José Casalta. **O Dever fundamental de pagar impostos**: o contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

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

SILVA, Beclaute Oliveira. **A Garantia Fundamental à Motivação da Decisão Judicial**. Salvador: Juspodivm, 2007

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. México: Tribunal Electoral del Poder de la Federación, 2006.



THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.



# A PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, O INTERESSE PÚBLICO E A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Filipe Stechinski<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Os avanços advindos do século XX e a consequente constitucionalização da Administração Pública pautada nos preceitos do Estado Constitucional de Direito implicaram numa nova categorização da função estatal, erigindo-a a provedora dos interesses dos administrados e observância dos direitos fundamentais, de modo a cumprir de forma efetiva com o *múnus* que lhe pesa.

Essa nova formatação implicou na revisitação das relações existentes entre o Estado e os particulares, suprimindo desse conceito aquele modelo antes marcado pelo exercício indeliberado do ente público e sua respectiva supremacia. Assim, o conceito de interesse público vem passando por reconfigurações, cuja análise está cada vez mais dissociada da vontade estatal e dos soberanos, afastando-se cada a dimensão única e a sujeição dos cidadãos aos poderes do Estado. E, por conseguinte, imputando à administração que os atos se atentem à boa administração pública de modo que os direitos dos cidadãos estejam inseridos em sua motivação.

Nessa concepção não mais se toleram atos de império, senão quando atrelados ao atendimento do bem comum, sobretudo em face do viés provedor e das obrigações que competem ao Estado em benefício dos administrados. Logo, os cidadãos são concebidos como titulares de direitos

<sup>1</sup> Especialista em Gestão e Direito Público e Direito Tributário; Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; Assessor Jurídico do Município de Concórdia; [filipe@smfadogados.adv.br](mailto:filipe@smfadogados.adv.br)

em face do arcabouço constitucional vigente, indispensáveis à observância do Estado Moderno.

Nesta trilha, revela-se a relação sinalmática entre Estado e cidadãos, onde pesa aquele o dever de prover e assegurar os direitos instituídos no ordenamento jurídico, cuja sua ação deverá pautar-se na observância ao direito fundamental à boa administração pública, diante do viés provedor.

## 2 A ATUAÇÃO ESTATAL

A administração pública, em todas esferas, impulsiona-se através de atos, os quais recebem características e definições específicas ante a sua finalidade e conteúdo. Trata-se, como é cediço, dos atos administrativos.

Os atos administrativos representam mecanismo essencial ao cumprimento dos encargos que pesam em desfavor da administração pública. De igual sorte, destinam-se a salvaguardar as suas pretensões e exercer os poderes que lhes são atribuídos como forma de atingir as finalidades desejadas, em observância a então consagrada supremacia do interesse público.

Podemos, então, conceituar o ato administrativo como sendo a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 105).

Em face do interesse da administração e da sua posição hierárquica perante os administrados, dispõem os atos administrativos de atributos específicos e que são oponíveis a terceiros como pressuposto coercitivo a sua observância.

Na compreensão clássica do direito administrativo pautada ainda nos acontecimentos ocorridos na França, e que por muitos autores é considerada

a sua gênese, a função estatal era vista com um viés liberal marcada pela atuação unilateral e em sentido de oposição aos interesses dos particulares. Evolutivamente, a partir do século XX, com a superveniência do Estado Moderno, sobrevieram diversos avanços e, sobretudo, a necessidade de estabelecer uma nova padronização da Administração Pública, erigindo-a a provedora dos interesses dos cidadãos.

Nesse tocante, diante desse novo panorama, surge a relevância de analisar até que ponto a imposição desses atributos e a cominação do interesse público não se configuram abusos e violação aos direitos fundamentais dos administrados. E ainda, se os tais atos se coadunam com o direito fundamental à boa administração pública.

Para contextualizar a proposição, inicia-se destacando que os atos da administração pública, em caráter peculiar, gozam de diversas características que os diferenciam dos demais atos, o que se justifica em face da sua essencialidade ante a estrutura jurídica que se insere a administração. Tais características decorrem, inclusive, daquele cenário histórico que foi objeto de evoluções e novas constatações.

Nesta toada, Martins (2014, p. 186) dispõe que os atributos são qualidades próprias das normas administrativas em razão de serem estatais. Ou seja, por serem estabelecidas pelo Estado e encontrarem fundamento na soberania.

Os atributos do ato, qualidades das normas jurídicas editadas pela Administração, são desdobramentos da posição de supremacia. São justamente esses atributos que os distinguem dos atos privados: (a) presunção de legitimidade; (b) imperatividade; (c) executoriedade em sentido amplo; (d) executoriedade em sentido estrito. (MARTINS, 2014, p. 186).

Do que se depreende, são conferidas prerrogativas diferenciadas aos atos administrativos. Pacificamente, a doutrina aponta como pressupostos: a presunção de legitimidade, a imperatividade e a auto-executoriedade.

No presente trabalho, a análise limitar-se-á ao atributo da presunção de legitimidade em face da correlação que mantém com o interesse público e respectiva supremacia que vigora nas relações com os particulares.

### 3 A PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E SEUS EFEITOS

Em apertada abordagem, a presunção de legitimidade traz consigo a lição de que os atos administrativos surtirão seus efeitos de pleno direito, tendo seu objeto e finalidade considerados fidedignos até comprovação inversa, ainda que inicialmente imbuídos de vícios. Em outro viés, significa que o referido atributo autoriza a sua imediata execução.

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos como válidos e operantes, quer para a Administração Pública, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. (MEIRELLES, 2011, p. 163).

Em abordagem mais contemporânea França (2017, p. 56-57), discorre sobre o referido atributo do ato administrativo:

Veracidade é a qualidade do ato que lhe garante que, até concreta demonstração do inverso, seu conteúdo se encontra em plena conformidade com a realidade que exprime. Isto é, manifesta objeto verdadeiro, segundo o teor da situação correspondente, se realizado conforme os valores do Direito. O ato administrativo, nesta condição, presume-se com verossímil ao real cenário e significado exposto em seu conteúdo.

[...]

Já a legitimidade é atributo decorrente da capacidade legal do agente público para a produção do ato. Presume-se legítimo o ato administrativo proveniente de manifestação do Poder Público legalmente competente para tanto, até que se mostre o contrário.

Esse atributo é corolário à regularidade da função do exercício estatal, cuja sua legitimidade se impõe, presumidamente, às relações havidas entre os particulares e a administração pública.

O sistema jurídico presume, até prova em contrário, a regularidade do exercício da função estatal. Trata-se de uma decorrência do princípio da presunção de regularidade das normas jurídicas editadas pelo Estado – as leis são presumidamente constitucionais e legais. Eis uma importante característica do discurso normativo: a inversão do ônus da prova. Por certo, há uma explicação pragmática para a referida presunção. (MARTINS, 2014, p. 188).

É imperioso considerar que essa compreensão decorre diretamente da supremacia do interesse público sobre o privado, já devidamente materializado no âmbito do direito administrativo e que serve como fundamento para legitimar as prerrogativas e privilégios conferidos à administração pública.

Em razão da supremacia do interesse público, é previsto no ordenamento jurídico uma série de prerrogativas ao ente público. Em razão deste mesmo princípio são estabelecidas diversas sujeições e restrições à Administração Pública, que não encontram símile na esfera jurídica dos administrados. (GABARDO, 2017, p. 270).

Fatalmente, referido princípio mantém aplicação direta e imperativa nas relações havidas entre o Estado e os particulares.

Na doutrina, Mello (1997, p. 29), discorre sobre o referido princípio como “verdadeiro axioma reconhecido no moderno Direito Público.” E, adiante, complementa: “Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último (MELLO 1997, p. 29).

Pondera-se que nem mesmo a simples conceituação do princípio em comento é objeto de harmonia na ciência do direito. Seguindo essa linha de

divergência, Gabardo (2017) preceitua que definir o interesse público não é mais fácil que conceituar justiça, eficiência ou mesmo moralidade.

Há ainda quem defende, a exemplo de Ávila (2005), que sequer é possível determinar objetivamente o interesse público.

enterés público existe, todo el mundo habla de él, es un principio conformador del ordenamiento jurídico, sin embargo, es muy rebelde a toda definición. A la hora de definir qué es el interes público, cuál es el contenido real del interes público, la question empieza a complicarse. (MUÑOZ, 2010, p. 23).

Inobstante o entendimento de que “os fins da Administração se consubstanciam na defesa do interesse público” (MEIRELLES, 1991, p. 77), persistem diversas passagens doutrinárias referindo-se à dificuldade de conceituar o interesse público, destacando o entendimento de Muñoz (2010, p. 30) que optou por não defini-lo, limitando-se a dizer que “o interesse público é como o amor”, eis que seria mais fácil sentir do que definir.

*Un poco con el interés público, pasa como con el amor: quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que sus venas han latido a través del amor? Sin embargo cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si perdiera fuerzas, como si perdiera todo. Entonces, es mejor no definirlo. (MUÑOZ, 2010, p. 23).*

Calha salientar que se trata de um princípio de natureza implícita ante a ausência de previsão expressa no texto constitucional, porém com vasto apelo doutrinário. Inobstante a isso, a expressão “interesse público” é utilizada de forma recorrente em toda e qualquer discussão com referência ao Estado.

Não há como se negar que essa concepção remonta às origens do direito, muito antes da subordinação do poder à lei. Ou seja, ainda quando sequer se verificava qualquer relação direta de comprometimento com as garantias individuais e direitos fundamentais, mas sim no período em que



se observava o exercício de determinado poder coercitivo pelo Estado em face dos administrados. Porém, estabelece-se um cenário de extensa vulnerabilidade a partir desse pressuposto.

A indeliberada atribuição de poder enseja transgressões e violação a direitos individuais que nem mesmo o interesse comum se prestaria a legitimar. Por isso que fomentar inadvertidamente a supremacia do interesse público é corroborar com arbitrariedades e cercear a relação democrática que deve envolver os cidadãos e a administração.

O que se sustenta é que no conceito de interesse público cabe qualquer alegação para fundamentar os posicionamentos da administração pública que acabam maculando as decisões e trazendo à baila a existência muito mais do que uma simples supremacia, mas sim um postulado impositivo.

Não é de hoje que a supremacia do interesse público vem sendo desvirtuadamente utilizada para justificar e explicar toda e qualquer aparente vontade do Poder Público, ainda que violadora de premissas fundamentais que, em regra, são lançadas para legitimar transgressões. Contudo, essa problemática vai muito além da aplicabilidade e reconhecimento prático dessa expressão jurídica. Ou seja, inicia-se com a simples problemática conceitual e perpassa pela sua dimensão nas relações existentes.

A propósito disso, Ferraz (1995), sustentou que o interesse público é um “lugar-comum”, complementando que “lugar-comum é algo que em tese e por princípio não admite definição.”

Se ele consiste em um conceito jurídico, é preciso destrinchar a sua essência, como condição necessária para operá-lo. O interesse público constitui ao mesmo tempo fundamento e limite do poder estatal: se de um lado ele permite que as autoridades públicas ampliem o seu poder, outorgando-lhe competências mais alargadas (para a consecução do interesse da coletividade), de outro ele consubstancia um limite a esse poder, uma vez que lhes impede de agir para além da medida exigida pelo interesse público. (HACHEM, 2002, p. 62).

A problemática fática quanto ao alcance da expressão interesse público vem rendendo incansáveis embates municiados por argumentos de amplo calibre e com referência aos primórdios do direito administrativo, engajados nas consequentes evoluções que a função estatal vem sendo alvo.

## 4 AS DIMENSÕES DO INTERESSE PÚBLICO

De maneira mais detida, persiste na doutrina administrativista uma nova corrente que se presta a revistar o conceito de interesse público e a própria função estatal, atribuindo novos contornos a esse preceito e contextualizada no viés constitucional em decorrência da necessidade de garantia dos direitos subjetivos assegurados aos particulares até mesmo quando em colisão com o Poder Público.

Essa corrente impulsiona-se através dos movimentos verificados no século XX que passaram a conferir nova direção não apenas à concepção de Estado, mas também a reconfiguração das suas atribuições.

Justen Filho (2005, p. 37-39) adverte que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, nem com o do governo e sequer com o interesse do agente, da mesma forma que refuta que o seja definido a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica.

Associado a isso sobrevém o Estado Constitucional de Direito que se alia à elevada quantidade de direitos fundamentais consagrados na atual Constituição Federal e correlatos direitos de primeira geração, o que é sustentando como pressuposto para justificar a necessidade de reformulação do referido princípio.

Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração,

constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social. (BAPTISTA, 2003).

Assevera Gabardo que o direito administrativo contemporâneo enfatiza a noção de “poder público”, a partir de novos contornos. E mais, em decorrência da formação desse novo arranjo, há que se observar “a submissão do poder estatal à percepção das necessidades e dos interesses do grupo nacional que lhe dá existência”, conforme bem ponderou Moreira (1992, p. 65).

Essa nova concepção que vem ganhando contornos cada vez mais amplos dá ensejo aquilo que pode ser considerado como administração pública democrática e tem amparo na própria Constituição Federal vigente, que estimula a participação dos administrados no âmbito das decisões da própria administração pública.

Destarte, a simples constatação da existência de um “bem comum” em pauta nem sempre fornece elementos para a decisão administrativa. É trivial decorrer do caso concreto um conflito moral (e jurídico) entre um direito individual e alguma medida legal ou administrativa pautada no interesse público ou no “bem-estar geral” (medida esta que é, portanto, tomada de acordo com as regras majoritárias típicas da democracia representativa – o que exige uma grande cautela hermenêutica). (GABARDO, 2011, p. 35).

Ainda na mesma toada, “o interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado.” (ÁVILA, 1999, p. 111).

O entendimento acima citado é abordado de maneira mais detida por Binenbojm (2005) enfatizando que eventual colisão dos interesses particulares com os interesses públicos não implica em desvio de finalidade

para a Administração justamente em razão de que os interesses particulares são também fins públicos. Partindo dessa linha interpretativa, expõe que “o que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público.”

Recupera-se o argumento de que a observância de determinado interesse particular possibilita em determinadas hipóteses a observância dos interesses públicos ante o arranjo que tais garantias estão inseridas.

Conseqüentemente, o interesse público, num caso específico, pode residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual. Este é o caso, v. g., da manipulação do aparato policial em defesa de um cidadão, situação que prestigia o valor segurança individual. O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. (BINENBOJM, 2005, p. 19-20).

Forçosamente, não há como se refutar a materialização e respetiva necessidade de reconhecer-se a relação de supremacia que dita as regras essenciais nas relações existentes entre a administração pública e os administrados. No entanto, é imperioso que a atuação estatal seja observada a partir dos vieses constitucionais e, sobretudo, à luz das garantias constitucionais.

A inobservância disso viola frontalmente o direito fundamental à boa administração pública que ocupa papel de destaque, cuja observância decorre dos encargos institucionais atribuídos ao Estado Democrático de Direito.

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar,

nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades. (FREITAS, 2014. p. 21).

O direito fundamental à boa administração pública foi objeto de abordagem específica na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada de forma oficial pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em setembro de 2000.

#### Artigo 41º

##### *Direito a uma boa administração*

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e Órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

- o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente,
- o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,
- a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Grifa-se que a Carta dos Direitos Fundamentais veio à lume com a finalidade de reforçar a legitimidade da União Europeia e também ressaltar a importância dos direitos fundamentais. Em 2000 passou a ter força jurídica e vinculativa com o Tratado de Lisboa, oponível aos Estados membros e aos demais que viessem a integrar o pacto. Do seu teor observa-se um vasto rol de direitos fundamentais, então, unificados aos Estados membros, podendo-

se destacadamente listar: liberdade, igualdade, solidariedade, direitos de cidadania e justiça.

O principal realce, ao menos para o presente trabalho, é o viés democrático que embasa o documento, aliando-se ao tratamento singular que enaltece os direitos de cidadania e erige os cidadãos a uma posição de relevância no ordenamento.

Já no âmbito do direito administrativo a noção jurídica de boa administração originou-se das lições do jurista francês Maurice Hauriou, precursor do princípio da moralidade.

Hauriou descreveu a boa administração como pressupostos correlato à boa gestão pública. Abordou o tema ao discorrer sobre a jurisprudência do Conselho Federal francês, salientando a existência de uma moralidade administrativa com o viés de vincular o administrador a um determinado regramento de conduta atinente à disciplina interna da administração. Nessa noção do autor, a boa administração comportaria um emaranhado de condutas éticas oponíveis dos administradores públicos, independente de previsão legal específica. Logo, ser bom administrador público iria muito além do mero cumprimento da lei (OSÓRIO, 2018, p. 46).

Inserido neste conceito está a necessidade de que a administração pública cumpra com os objetivos assegurados pela Constituição, ao mesmo passo que a atuação estatal deve ser norteadada a partir da promoção dos direitos fundamentais, conferindo resultados de interesse da coletividade para além de mera ação autoritária.

Com base na garantia de direitos contida na constituição em favor dos indivíduos advém uma nova noção de *"direito subjetivo público"*. Ou seja, trata-se de um direito que o indivíduo titulariza contra o próprio Estado, repercutindo na majoração daquele conceito antigo de direito subjetivo (SUNDFELD, 2017, p. 48).

Logo, a boa administração pública inicia-se a partir da obrigatoriedade que recai ao Estado de respeitar os direitos fundamentais em suas relações,

na mais ampla acepção. Complementando-se com a incumbência de cumprir com o seu *múnus* de forma otimizada e eficaz, sobretudo na concretização dos direitos fundamentais.

Todos nós sabemos onde esse direito está, principalmente (não exclusivamente), ancorado: no artigo 1º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no artigo 37, onde estão elencados os princípios diretivos da administração pública. Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa idéia de boa administração (SARLET, 2020, p. 1).

Esse ideal coaduna-se com a teoria de elaborada Alexy (2008, p. 254), que concebe o direito fundamental completo como um “feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas” que resultam na criação de determinados direitos na mesma toada que cunham deveres.

Não mais se admite a atuação estatal autoritária e decorrente de um padrão de poder ao qual administração pública estava situada. Ao contrário disso, o que se reclama é uma atuação pautada num padrão sistemático e que vislumbre como destinatário dessas ações um cidadão detentor de direitos fundamentais.

O princípio da supremacia do interesse público, ao contrário do que se afirma, não coloca em risco os direitos fundamentais do homem. Pelo contrário, ele os protege. Veja-se que o direito administrativo nasceu justamente no período do Estado liberal, cuja preocupação era a de proteger os direitos individuais frente aos abusos do poder. (DI PIETRO, 2010, p. 98).

Consequentemente, à administração pesa o ônus de resguardar os direitos previstos na Constituição Federal, sendo latente a condição de provedora e responsabilidade do bem estar social, razão pela qual se impõe o uso ponderado da supremacia do interesse público que deverá ser voltado à observância do bem comum e não propriamente ao interesse da administração. A bem da verdade, a atuação estatal surge com o pressuposto de atender à boa administração pública.

Ademais, impõe-se abordar que a supremacia do interesse público não autoriza a violação aos direitos fundamentais dos administrados, bem como, não possibilita a justificativa para qualquer decisão. Ao contrário, ao mesmo tempo que legitima a atuação estatal, limita o seu alcance, não podendo cogitar-se a existência dessa supremacia estatal senão para atuar em benefício e zelar pelos direitos fundamentais dos cidadãos.

## 4 CONCLUSÃO

Dá análise que se propôs é possível concluir que os conceitos jurídicos pertinentes ao direito administrativo encontram sua principal matriz ainda atrelada aos eventos históricos mais relevantes, como é o caso do interesse público cuja conceituação básica tem pertinência com o exercício da soberania e a condição de submissão dos súditos ao poder estatal.

No entanto, verifica-se que com a superveniência do Estado Moderno e principalmente com os movimentos ocorridos a partir do século XX, a administração pública foi reposicionada no cenário institucional, passando a romper aquela relação de oposição e desvirtuada supremacia que sempre esteve muito nítida. Isso, inclusive, perpassa pelas novas atribuições conferidas ao Estado e a definitiva concepção de que as vontades do Estado não se confundem com as vontades dos administrados e lhe pesa o ônus de assegurar o bem comum e os interesse individuais a partir do rol de direitos fundamentais aos quais suas ações encontram-se vinculadas.



É imperativo que o Estado disponha de mecanismos específicos e privativos para levar a efeito as obrigações que lhes são conferidas em benefício dos administrados, gozando de condição legítimas e estando erigido em posição diversa. Ocorre que não se pode perder de vista que toda essa estrutura é proporcionada com a finalidade de atender aos interesses coletivos, estabelecendo-se um marco divisório no sentido de coibir que as sejam utilizadas para avaliar interesses que não sejam aqueles legítimos do Estado e que se prestam exclusivamente para o cumprimento das suas atribuições.

Há que se enfatizar a gravidade na desvirtuação da supremacia do interesse público que, na prática, vem sendo empregada de maneira errônea e ensejando lesões a direitos dos administrados. Reforça-se que compete ao Estado o encargo de assegurar os direitos previstos na Constituição Federal, eis que ocupa condição de provedora e a supremacia do interesse público presta-se à satisfação do bem comum.

Embora a matéria necessite de maior evolução no cenário fático e desapego daquele estereótipo autoritário que arbitrariamente se consolidou ao longo dos anos, o direito fundamental à boa administração pública é ínsito a própria condição de cidadania, coadunam-se com os pressupostos democráticos que sobrevêm das garantias asseguradas pela Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-n%C3%A3o-Inseridos-nas-Delibera%C3%A7%C3%B5es-da-ONU/carta-dos-direitos-fundamentais.html>  
Acesso em: 6 ago. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionabilidade e controle jurisdicional**. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região**. Centro de Estudos, 1995.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato Administrativo e Interesse Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.

GABARDO, Emerson. **A relação entre interesse público e direitos fundamentais**. Jornadas ítalo-latinoamericanas/argentinas.

GABARDO, Emerson. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público: Estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Administração Pública e os Direitos Fundamentais**. Aula proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região, Curso Permanente, Módulo II, Direito Administrativo. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/ingowolgangersarlet.pdf](https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolgangersarlet.pdf). Acesso em: 4 ago. 2020.

# O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E OS DADOS PESSOAIS DISPONÍVEIS EM CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS

Gelson Oliveira Ferri<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade tem acarretado uma série de mudanças nos paradigmas sociais, nos valores e nas crenças, os quais colocam a ciência jurídica diante de desafios complexos, não resolúveis de modo descomplicado, gerando sensíveis pontos de tensão no que tange à colisão entre princípios fundamentais.

Nesta perspectiva cabe citar a decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal que reconheceu o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental, no referendo à medida cautelar concedida nas ADI n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, que suspendeu a aplicação da Medida Provisória n. 954/2020, a qual dispôs sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de "serviço telefônico fixo comutado" e de "serviço móvel pessoal" com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da Covid-19, de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

A discussão travada nestas ADI provocou o Supremo Tribunal Federal acerca dos limites da proteção constitucional do direito à privacidade (artigo 5º, X) frente aos riscos desencadeados pelo constante avanço tecnológico que caracteriza a nossa sociedade da informação.

Diante disso, será feito um exame do entendimento adotado pela Suprema Corte brasileira, com o objetivo de trazer à reflexão no presente

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

trabalho acerca dos dados pessoais disponíveis nos cartórios extrajudiciais, analisando a possibilidade ou não de ferir o direito fundamental à privacidade (intimidade e vida privada), que aqui serão entendidos como sinônimos, utilizando como parâmetro a decisão referendada na Medida Cautelar formulada nas ADI n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, as quais debatem a proteção constitucional à intimidade.

Para tanto, a abordagem foi dividida em três etapas. Inicialmente, estudou-se o direito fundamental à intimidade. Após, foram analisadas as informações pessoais constantes nos bancos de dados dos cartórios extrajudiciais e a questão constitucional dos dados pessoais disponíveis nestes bancos de dados e, se, a entrega pura e simples dessas informações, pode resultar em violação do direito constitucional à intimidade – vida privada.

O aporte teórico desse artigo se pautou na pesquisa bibliográfica consubstanciada na leitura crítica de obras doutrinárias e na análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, com a utilização do método dedutivo para a execução dos objetivos propostos.

## **2 DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE: BREVES NOÇÕES**

A princípio, convém discorrer acerca dos direitos fundamentais de forma analítica, para, na sequência, adentrar ao cerne da discussão travada no âmbito constitucional, sob a tutela do Supremo Tribunal Federal.

Os direitos fundamentais surgiram da necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais oriundos do iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, em particular com as concepções trazidas nas constituições escritas. É importante compreender que os direitos fundamentais são frutos da evolução de cada sociedade no respeito aos direitos subjetivos, razão pela qual a sua proteção varia muito na intensidade em cada ordenamento jurídico.

Acerca do surgimento dos direitos fundamentais, Moraes (1999, p. 178) leciona que “surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.”

Diversos termos se cunharam com a evolução histórica de direitos e diante da confusão conceitual gerada, Sarlet (2015, p. 30) esclarece que didaticamente é possível determinar que como “direitos do homem” se pode compreender como direitos naturais que ainda não foram positivados nas Constituições; “direitos humanos” referem-se aos direitos positivados na esfera internacional e “direitos fundamentais” são aqueles direitos que dizem respeito a direitos positivados na esfera interna de cada Estado.

A própria Constituição da República de 1988 apresenta diversidade terminológica na abordagem dos direitos fundamentais, utilizando expressões como direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (Título II, art. 5º, par. 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV). Não obstante as diversas terminologias, entende-se que a expressão “direitos fundamentais” é tida como a mais precisa, uma vez que abrange todas as demais espécies de direitos (SCALQUETE, 2004, p. 18).

No Brasil, as expressões “direito à vida privada”, “direito à intimidade”, “direito à privacidade”, “direito ao resguardo” e “direito de estar só” são frequentemente utilizadas como sinônimas, e não há unanimidade quanto à existência de distinção conceitual entre elas (FREGADOLLI, 1997, p. 207). Portanto, neste estudo serão empregadas como sinônimos.

O direito fundamental à privacidade (intimidade, vida privada) encontra guarida no art. 5º, X, da Carta Magna, que assegura a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e imagem das pessoas com a devida possibilidade de se pleitear a indenização por dano material ou moral decorrente de violação perpetrada. O Código Civil, por sua vez, preceitua

que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (CC, art. 21). Ainda, o Brasil trata do direito à privacidade no marco civil da internet e, agora, na Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei n. 13.709/18), cuja entrada em vigor está prevista para o mês de setembro de 2020, e as penalidades foram postergadas para 2021, por meio da Lei n. 14.010/20.

No que tange ao Código Civil, Schreiber (2013, p. 134) analisa o tratamento dado à privacidade como inadequado, tendo em vista o fato de se tratar de um assunto complexo e volátil na sociedade contemporânea, pois dedicou ao tema apenas um artigo e o trouxe com conteúdo genérico, praticamente uma cópia da Constituição Federal, não aproveitando a oportunidade de “oferecer parâmetros para a solução de diversos conflitos concretos ligados à tutela da privacidade.”

Acerca da discussão, pontuou que

[...] empregou a expressão vida privada, revelando certa indiferença à recente evolução do conceito de privacidade, que abandonou uma concepção mais restrita, limitada ao círculo da intimidade da pessoa humana, para abarcar a proteção aos dados e informações pessoais. Sobre esse último aspecto, a codificação não trouxe uma palavra sequer. Não é exagero dizer que o Código Civil ignorou a vasta amplitude do tema, cuja compreensão é essencial para perceber o importante papel reservado à tutela da privacidade no século XXI. (SCHREIBER, 2013, p. 134).

A compreensão histórica do direito à intimidade é comumente vinculada à publicação “*The right to privacy*”, publicada no *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890, pelos advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis.” Partem da premissa de que “a proteção da pessoa e da propriedade é um princípio tão antigo quanto o *Common Law*.” Lecionando que “o direito à intimidade não se trata de um princípio da propriedade privada, mas de



uma personalidade inviolável." Basicamente, era a possibilidade de retirar do domínio público aspectos da vida privada (FARIAS, 2008, p. 124-125).

Dessarte, o direito à privacidade, em abordagem formal, como sendo um direito negativo influenciou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até a década passada, em que limitava o direito à privacidade apenas ao reconhecimento da proteção constitucional ao sigilo (art. 5º, XII).

Contudo, "essa concepção do direito à privacidade como uma garantia individual de abstenção do Estado na esfera privada individual, passou por profundas transformações no decorrer do século XX." A evolução da sociedade tem acarretado uma série de mudanças nos paradigmas sociais, os avanços das tecnologias da área da informação geraram uma "verdadeira mutação jurídica do sentido e do alcance do direito à privacidade." (ADI n. 6389).

E o alcance dado a esse direito, apesar de todas as mudanças significativas trazidas com o passar dos anos, apenas enfatizou que a proteção à privacidade dos dados pessoais, como a outros bens, decorrem daqueles ligados à intimidade da vida privada, ou seja, aqueles afastados da curiosidade pública devem continuar vedados a interferências privadas (BITTAR, 1995, p. 103).

Com base nisso, far-se-á um apanhado sobre o histórico e funcionamento dos cartórios extrajudiciais e a proteção dada aos dados pessoais hodiernamente de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

### **3 CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS E OS DADOS PESSOAIS DOS USUÁRIOS**

As atividades desempenhadas nas serventias extrajudiciais têm, em seu âmago, o intuito de proporcionar segurança jurídica, autenticidade, eficácia e publicidade aos atos praticados, substanciados nas informações gravadas nos livros e disponibilizadas nos documentos entregues aos usuários dos serviços.

A Carta Magna dispõe que os serviços registrares, nas serventias extrajudiciais, serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público e não podem ser oferecidos diretamente por ele, devido a uma análise sistêmica do texto constitucional (art. 236), inclusive sendo fiscalizadas pelo Poder Judiciário (art. 236, §1º) o que, por si só, inviabiliza essa prestação diretamente pelo ente público, por opção do próprio constituinte originário.

Barroso (2003), assevera que o regime constitucional acerca da prestação de serviços públicos "é aquele em que a constituição atribui ao particular, de forma direta, mediante concurso público, e com exclusão do poder público, o desempenho da atividade."

O ordenamento jurídico pátrio apresenta seis categorias de serventias extrajudiciais, cada qual com a sua especialidade na produção e disponibilização de dados pessoais oriundos dos atos praticados.

Inicialmente, tem-se que o Registro Civil de Pessoas Naturais concentra os registros e averbações de nascimentos, casamentos, união estável, óbitos, alterações de nome, sobrenome, emancipações, adoções, tutelas, curatelas, entre outros.

Por sua vez, o tabelionato de Notas lida com escrituras, testamentos, atas notariais, reconhecimentos de firma, autenticações, aconselhamento jurídico durante a lavratura dos atos, divórcios e inventários extrajudiciais.

O Registro de Imóveis é responsável por registros, averbações, transcrições, matrículas, certidões, todas as alterações relativas a eles, usucapião extrajudicial, e ao banco de dados de ordem pessoal, conhecido como "indicador pessoal", livro 05, que concentra a nominata de proprietários de bens imóveis de cada comarca.

A competência por dar publicidade à inadimplência dos títulos de crédito cabe ao Tabelionato de Protestos, o qual possui por atribuição registrar e averbar atos acerca da inadimplência de dívidas oriundas de cheques, notas promissórias e outros títulos de créditos.

O Registro de Títulos e Documentos envolve tudo o que não é de competência das demais serventias, portanto, residual, como notificações extrajudiciais, registros de instrumentos particulares, do penhor, da caução, do contrato de parceria agrícola, do arrendamento, além assegurar a conservação e perpetuidade de qualquer documento.

Por fim, o Registro Civil de Pessoas Jurídicas armazena os atos constitutivos e as alterações e extinções relacionadas a pessoas jurídicas que não exercem atividades mercantis, como sociedades civis, religiosas, morais, científicas ou literárias, fundações, associações de utilidade pública, partidos políticos, jornais, empresas de notícias e radiodifusão.

Nesse contexto, verifica-se a gama de informações pessoais cadastradas nos bancos de dados dessas serventias e sobre as quais é questionado se a publicidade dada a esses documentos pode ferir o direito fundamental à intimidade e à vida privada da pessoa. Diante disso, não se pretende esgotar o tema, mas ainda que de forma preliminar refletir sobre o assunto, sob um viés constitucional.

O exercício da atividade jurídica dos notários e registradores é autônomo, amparado na Lei Federal n. 8.935/94, cujas normas para a atividade registral estão dispostas em diversos outros diplomas normativos, em especial na Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73).

No que tange à gestão privada, cabe exclusivamente ao delegatário o gerenciamento administrativo, financeiro e de pessoal, o que lhe confere a prerrogativa da independência para a elaboração dos atos concernentes à organização interna e destruição das atividades e funções (RIBEIRO, 2009).

Conforme assevera Ribeiro (2009, p. 49) "a elaboração de atos notariais, o aconselhamento das partes, a lavratura de protestos, a celebração de casamentos, os registros de nascimentos e óbitos, a qualificação registral imobiliária", como todos os demais atos que visam "atribuir fé pública e eficácia aos interesses privados, publicidade aos contratos e aos direitos reais, conferir segurança aos particulares, acautelar e prevenir litígios"

fazem parte das atribuições das serventias extrajudiciais. Nesse sentido, “não há colidência ou prevalência de um ofício sobre o outro, todos se complementam.”

De outra parte, cabe frisar que se trata de mera delegação do poder público para o exercício, em caráter privado, de função pública, cuja titularidade é do estado e não do notário ou registrador, pois é o ente que conduz tecnicamente a atuação do particular (MAFFINI, 2018, p. 395).

Portanto, a Constituição Federal atribuiu aos notários e registradores a titularidade da atividade delegada, bem como a responsabilidade pelo armazenamento e conservação das informações notariais e registrais dos usuários dos cartórios e tabelionatos (MIRANDA, 2018, p. 107).

E, com base no exposto, cabe ao registrador civil a coleta, a guarda e a organização de diferentes dados relativos à pessoa natural, não esquecendo que também é atribuição do registrador dar publicidade aos dados que a lei determina que sejam de conhecimento geral, pois se trata de fonte de informações atualizadas, seguras e confiáveis.

Necessário se faz mencionar que a utilização dos termos “dado” e “informação” se apresentam aqui em sentido sobreposto, pois “ambos os termos servem para representar um fato, determinado aspecto de uma realidade”, muito embora cada termo possua uma significação própria a ser considerada. Dados seriam entendidos como uma “pré-informação” enquanto “informação” tem sentido mais completo, compreensível e não se encontra mais na ordem primitiva (DONEDA, 2011, p. 94).

Diante disso, pode-se entender que o significado de banco de dados é um “conjunto de informações estruturado de acordo com uma determinada lógica que procura proporcionar a extração do máximo de proveito possível a partir de um conjunto de informações” que possibilita a sistematização de grandes volumes de informações, que com o advento da informática tornou-se imensurável (DONEDA, 2011, p. 92).

Mas, o que pode ser considerado efetivamente um dado pessoal? Doneda (2011, p. 93) assevera que deve trazer vínculo objetivo com a vida da pessoa, devendo observar alguns requisitos para sua caracterização, “este vínculo significa que a informação se refere às características ou ações desta pessoa, que podem ser atribuídas a ela em conformidade à lei, como no caso do nome civil ou do domicílio”, bem como também podem ser “informações provenientes de seus atos, como os dados referentes ao seu consumo, informações referentes as suas manifestações, como sobre opiniões que manifesta e tantas outras.”

Apesar de ainda não vigorar a Lei Geral de Proteção de Dados LGPD (Lei n. 13.709/18), esta prevê dois tipos de dados que aprofundam ainda mais a discussão sobre o assunto. Diz respeito a dados pessoais, dados sensíveis e dados anonimizados. Dados pessoais correspondem a informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável; dados pessoais sensíveis dispõem sobre informações concernentes a origem racial ou étnica, convicção religiosa, filosófica ou política, dados referentes à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural e por fim, dado anonimizado é aquele relativo ao titular, contudo, não pode ser identificado (art. 5º).

Disso depreende-se que os dados pessoais podem, salvo raras exceções, nos casos de adoção e alteração de nome e gênero, divulgados pelo registrador civil, como sempre o fez por meio das certidões e remessa de relatórios a diversos órgãos públicos, conforme previsto em lei. Mas, não significa que todos os tipos de dados podem seguir o mesmo procedimento, sendo objeto de publicidade, tendo em vista que os dados sensíveis devem ter a publicidade controlada (art. 5º, II, e art. 11, ambos da Lei n. 13.709/18).

Miranda (2018, p. 111) destaca um questionamento acerca do atual sistema de publicidade de registros imobiliários, onde se verifica uma “excessiva saturação de informações nas matrículas de imóveis, muito embora relacionadas ao aspecto das transmissões sucessivas e ônus

cancelados". Indaga-se com base no princípio da necessidade em como o registro de imóveis deve proceder com a quantidade de informações pessoais constantes em sua rotina cartorária e o que fazer diante de informações que podem vir a conflitar com a proteção à privacidade e à intimidade dos usuários desse serviço.

Com base nisso, Jacomino (2018) apresenta o fato de que com a modernização do sistema registral brasileiro ocorreu o que ele chama de "hipersaturação textual da matrícula" que consiste em inquirir acerca da quantidade de páginas constantes em uma matrícula usual e definir o que é variável, o que é eficaz e o que é dinâmico no que tange as informações constantes.

Ou seja, há uma grande gama de informações pessoais sendo processadas e tornadas públicas com o advento da modernização do sistema registral brasileiro e, diante disso, deve-se discutir o princípio da necessidade, o qual dispõe que "em matéria de dados pessoais, só devem ser armazenados e processados os dados que sejam necessários à busca da própria finalidade, a qual direciona o tratamento desses dados." (MIRANDA, 2018, p. 110).

A finalidade, inclusive, é o princípio cerne da LGPD (Lei n. 13.709/18), lei que pretende, em um futuro breve, resolver qualquer tipo de abuso que possa ferir a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e o direito fundamental à privacidade, inclusive dos usuários dos serviços oferecidos pelas serventias extrajudiciais. Dessa forma, abrangendo e disponibilizando apenas os dados pertinentes, necessários, sem excessos.

## **4 AS INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS NOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE – VIDA PRIVADA**

A discussão em análise travadas nas ADI n. 6387, 6388, 6389, 6393, 6390, que suspenderam a aplicação da Medida Provisória n. 954/2020,

“testam as possibilidades e os limites da proteção constitucional do direito à privacidade (art. 5º, X) frente aos riscos desencadeados pelo constante avanço tecnológico que caracteriza a nossa sociedade da informação”. Nesse contexto, “a força normativa da constituição pode e deve ser atualizada e reconceitualizada para preservar garantias individuais que constituem a base da democracia constitucional” e que constantemente são ameaçadas diretamente, pois não há similitude entre “o poder de vigilância e a proteção da intimidade” (ADI n. 6389).

A proteção dos dados pessoais dentro no ordenamento jurídico brasileiro não é estruturado em uma norma única, mas é pautada por meio de garantias constitucionais, tal sejam liberdade de expressão, direito à informação “que deverão eventualmente ser confrontados com a proteção da personalidade e, em especial, com o direito à privacidade.” (DONEDA, 2011, p. 103).

A tutela da privacidade não se restringe somente sobre a proibição de intromissão de terceiros em sua vida íntima, como também não deve ser considerada em cada caso isolado, mas deve ter caráter positivo, que consiste na solicitação de autorização de compartilhamento de dados (SCHREIBER, 2013, p. 137).

O Supremo Tribunal Federal deve reconhecer que “a disciplina jurídica do processamento e da utilização da informação acaba por afetar o sistema de proteção de garantias individuais como um todo” (ADI n. 6389). E diante da evolução social, tecnológica, o direito à privacidade deve se propor a algo além da proteção da vida íntima.

Schreiber (2013, p. 136) assevera que:

O direito à privacidade abrange, hoje, não apenas a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais. Em outras palavras: o direito à privacidade hoje é mais amplo que o simples direito à intimidade. Não se limita ao direito de cada um de ser “deixado só” ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende

essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa. Nesse sentido, a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais.

É direito da pessoa zelar pelo controle dos seus dados pessoais, pois, a “intromissão na vida doméstica de uma pessoa, e a sua exposição ao olhar alheio por meio de dados fornecidos ou coletados de forma aparentemente inofensiva” embora possa não parecer prejudicial, o é (SCHREIBER, 2013, p. 135-136). Diante disso, com o intuito de proteger o indivíduo e em consequência sua dignidade como pessoa humana entende-se de fundamental importância que ela possa manter-se reservada e tenha o direito de optar por compartilhar sua vida (MIRANDA, 2018).

Hodiernamente, “os bancos de dados que contêm dados pessoais proporcionam uma nova definição dos poderes e direitos a respeito das informações pessoais e, conseqüentemente, sobre a própria pessoa.” A partir disso abriu-se a possibilidade de inúmeras pessoas terem acesso “a um conjunto sempre mais detalhado e preciso de informações sobre terceiros”, o que tornou o estatuto jurídico da proteção desses dados de extrema relevância, porquanto a “definir a própria autonomia, identidade e liberdade do cidadão contemporâneo.” (DONEDA, 2011, p. 92).

Contudo, já se iniciava uma evolução na conceituação de privacidade:

A partir da edição de legislações setoriais que garantem a proteção de dados pessoais, tais como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Cadastro Positivo, a Lei de Acesso à Informação, o Marco Civil da Internet – que inclusive assegura aos usuários da internet, entre outros direitos, a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de comunicações e dos dados armazenados (art. 7º, II e III) – e, mais recentemente, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). Este último diploma assenta de maneira clara que “a disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos o respeito à privacidade e



a autodeterminação informativa". (art. 2º, incisos I e II) (ADI, 6389).

O consentimento do interessado é entendido como um dos pontos mais sensíveis no que tange à proteção de dados pessoais. De acordo com Doneda (2006, p. 371):

Através do consentimento que o Código Civil tem a oportunidade de estruturar, a partir da consideração da autonomia da vontade, da circulação de dados e dos direitos fundamentais, uma disciplina que ajuste os efeitos deste consentimento à natureza dos interesses em questão.

E, será, por meio da LGPD (Lei n. 13.709/18), em respeito à autonomia da vontade, que questões relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, como por exemplo: nome, idade, estado civil, documentos de identificação, só poderão ser coletados mediante o consentimento do usuário, entendido como a manifestação livre, informada e inequívoca do seu titular (art. 5º, XII), com específicas exceções (art. 11, II).

A operacionalização do consentimento individual se dá em análise a dois princípios, fundada no direito fundamental à proteção de dados pessoais, de acordo com Miranda (2018, p. 111) "o princípio da *necessidade* faz menção a que todo armazenamento e tratamento de dados pessoais, por cada ente que o realizar, deve restringir-se aos dados essenciais para a realização de sua finalidade." E o princípio da *informação* que se refere a uma completa consciência do interessado acerca do destino dos seus dados pessoais. Essa informação inclui "a quem o dado se destina, para qual finalidade será utilizado, por quanto tempo, quem terá acesso aos seus dados, se esses dados serão transmitidos a terceiros" e quaisquer dados que sejam úteis para fins de consentimento livre e consciente (DONEDA, 2016, p. 383).

No sistema registral brasileiro, assevera Miranda (2018, p. 111), que não há até o momento disposição específica que retrate de maneira assertiva sobre dados pessoais, e com isso se torna possível "o ingresso dos documentos ao acervo", como aliás comumente ocorre, "e caberá aos

Oficiais, ao analisarem solicitações de certidões de documentos arquivados, verificar se há, entre esses, algum documento que extrapole o princípio da necessidade ou possa atingir direitos pessoais."

Contudo, questiona-se se o atual modelo seguido pelas serventias extrajudiciais quanto à preservação e publicidade de dados é efetiva a ponto de não violar o direito fundamental à privacidade (vida privada) dos usuários e disso depreende-se duas situações: (i) que por recomendação de órgãos internacionais, ante à lacuna legislativa interna, foi concebida uma lei com matriz europeia (protetora) com o intuito de proteção aos dados pessoais para tentar, de algum modo, a privacidade da pessoa – como já mencionada: a LGPD (Lei n. 13.709/18).

E (ii) pelo elevado número de fraudes que tinham como elemento base os documentos obtidos com má-fé (certidões e escrituras) em cartórios extrajudiciais, por meio de apresentação de documentos falsos, e gerando, inclusive, a impossibilidade de rastreamento pelas autoridades.

Portanto, pode-se deduzir que, com a entrada em vigor da nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/18), há necessidade de regulamentação, por meio do Poder Judiciário, no sentido de restringir o irrestrito acesso aos dados pessoais das pessoas que possuem os dados gravados nos livros dos registros públicos, porquanto, atualmente, o ordenamento jurídico carece de regulamentação protetora dos direitos subjetivos, haja vista que a Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), salvo raras exceções (adoção, alteração de gênero e nome), obriga os oficiais e encarregados a lavrar certidões do que for requerido (art. 16) e, ainda, que o solicitante sequer precise informar o motivo do pedido (art. 17).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra a proteção à intimidade e privacidade (vida privada). Nesse aspecto, surge uma

importante questão referente aos limites da publicidade dada aos dados pessoais constantes nos bancos de dados das serventias extrajudiciais.

A concepção que anteriormente era tida como um princípio pautado na propriedade privada alcançou o mérito de direito fundamental oriundo da personalidade inviolável do indivíduo, não se tratando mais de direito exclusivamente de ordem pública positivado, passando pela seara do respeito à vida privada, notadamente compreendido como um direito de personalidade reconhecido judicialmente.

O constante avanço tecnológico demanda uma proteção afirmativa no que tange ao direito à privacidade. O processamento de dados tomou uma dimensão imensurável, e a proteção de dados pessoais, elevada ao título de direito fundamental, deve resguardar os indivíduos dos riscos atribuídos ao processamento de dados pessoais por terceiros, não autorizados pelos titulares, conforme vem preconizando a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei n. 13.709/18), definidora dos critérios de armazenamento, tratamento e utilização das informações, cujo uso indiscriminado poderá resultar em responsabilização dos agentes por danos ocorridos em razão do uso indevido dessas informações.

O referendo na medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, (voto conjunto nas ADI n. 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387) que reconheceram o direito à proteção de dados pessoais como um direito fundamental, expôs a importância da proteção constitucional dos dados pessoais de usuários de qualquer sistema público ou privado e que, sem a devida regulamentação e vigilância, continuarão as violações decorrentes do mau emprego de dados subjetivos.

Quanto às serventias extrajudiciais, observa-se que as seis categorias deverão se adequar ao novo regramento, no momento de receber, armazenar e tratar os dados pessoais dos usuários, entregado ao usuário solicitante apenas as informações necessárias ao fim pretendido.

A questão pertinente quanto à documentação recebida, cadastrada, arquivada e publicizada se refere à efetiva necessidade de todos esses dados serem coletados e após disponibilizados, considerando não apenas o interesse público, mas também a esfera privada dos direitos fundamentais, assertivamente a privacidade de cada usuário.

Importante ressaltar que o Brasil é um país de extensão continental com realidades discrepantes quanto à organização e recursos de empresas privadas e repartições públicas, e o novo regramento referente à proteção de dados servirá para dar tratamento uniforme à matéria, o que significa um avanço extremamente positivo na proteção de direitos fundamentais.

Por fim, acredita-se que esta conquista da sociedade brasileira seja implementada de maneira efetiva, iniciando-se pelo fim do adiamento da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/18).

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Lei dos registros públicos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1973.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387 MC-REF/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 maio 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6388 MC-REF/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895166>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6389 MC-REF/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6390 MC-REF /DF. Relatora: Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895176>. Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6393 MC-REF/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5896399>. Acesso em: 29 maio 2020.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FREGADOLLI, Luciana. O direito à intimidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 5, n. 19, p. 196-246, abr./jun. 1997.

JACOMINO, Sérgio. **Digitalização da matrícula**: hiper-saturação textual. Disponível em: <https://cartorios.org/2018/08/23/digitalizacao-da-matricula-hiper-saturacao-textual/>. Acesso em: 25 maio 2020.

MAFFINI, Rafael. Serviços notariais e de registro: a gestão privada de uma função pública. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 85, ano 41, p. 391-404, jul./dez. 2018.

MIRANDA, Caleb Matheus Ribeiro de. O Registro de imóveis e o direito à proteção dos dados pessoais. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 85, ano 41, p. 103-125, jul./dez. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da função pública notarial e de registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises**: os direitos fundamentais face a situações extremas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

# TERCEIRIZAÇÃO EXTERNA: A APLICAÇÃO DIAGONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIÁLOGO DAS FONTES COMO ALTERNATIVA CIVILIZATÓRIA DO FENÔMENO

Vladimir Andrei Ferreira Lima<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

A terceirização é fenômeno que permite a desconexão entre a relação socioeconômico e o vínculo empregatício que lhe seria correspondente (GODINHO, 2017, p. 44). Embora o modelo tenha surgido com o intuito de gerir o uso da mão de obra, no Brasil, em regra, ela é empregada com a finalidade de barateamento da prestação dos serviços,<sup>2</sup> o que implica aviltamento das condições de trabalho.

Estudo do Dieese (2017) revela que, nos serviços tipicamente terceirizados, quando comparados aos tipicamente contratantes, os trabalhadores terceirizados recebem menores salários, estão sujeitos a jornadas maiores, têm maior rotatividade no emprego, bem como sofrem mais acidentes de trabalho.

Em que pese este cenário, o Poder Legislativo autorizou a terceirização de forma ampla através das Leis nº 13.429/17 e 13.467/17.<sup>3</sup>

Já o Judiciário, no julgamento da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, fixou a tese, em sede de repercussão geral, no sentido de que é lícita a terceirização ou

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/MG e em Processo Civil pela FDDJ; Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação strictu sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região; cnvla@yahoo.com.br

<sup>2</sup> "Seja interna ou externa, a terceirização fomenta a criação de pequenas empresas, que ocupam os vazios abandonados pelas grandes. Mas isso não significa que o número de postos de trabalho tenha aumentado ou mesmo se mantido. Ao contrário: terceirizando-se, a grande empresa tende a utilizar o número exato de trabalhadores de que precisa a cada momento, reduzindo a quase zero o seu estoque de mão de obra – tal como faz com as próprias peças e produtos." (VIANA, 2017, p. 35). E sintetizando a lógica do processo Viana (2017, p. 57), explica que "o mesmo trabalhador que ganharia, digamos, R\$ 1.500,00 de uma fábrica de parafusos, é contratado para ganhar R\$ 1.000,00 de uma 'terceira' e em seguida é jogado na mesma fábrica de parafusos. Com isso, deixa de receber R\$ 500,00, que são divididos (não necessariamente meio a meio) entre as duas empresa."

<sup>3</sup> Saliente-se que, a novel legislação sequer garantiu isonomia salarial entre empregados contratados diretamente pela tomadora de serviços e trabalhadores terceirizados.

qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, ratificando, assim, a alteração legislativa.

E em sua vertente externa, na qual delega-se parte do processo produtivo a outras empresas, através de sucessivos contratos comerciais, muitas vezes ocorre a fragmentação das condições de trabalho em toda a cadeia produtiva, explorando-se mão-de-obra em condições precárias em regiões dentro – e fora – do país, em que a fiscalização é frágil ou inexistente, ou a legislação protetiva do local é débil (a exemplo do que ocorre nos países do sudeste asiático). Muitas vezes, na ponta dessas cadeias de produção há trabalho em condições análogas à de escravo e emprego de mão de obra infantil, além de ocasionar o *dumping* social em razão da exploração de trabalho em condições aviltantes.

Neste norte, procura-se sugerir alternativa civilizatória do fenômeno, em sua forma externa, buscando-se a responsabilidade de todos os agentes envolvidos na rede de terceirizadas/subcontratadas, que se beneficiam do trabalho executado em desacordo com o patamar civilizatório mínimo de direitos instituídos pela Constituição. Para tanto, emprega-se a teoria do diálogo das fontes (utilizando-se o Direito do Consumidor) e a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, como forma de subsidiar o protagonismo dos direitos fundamentais nas relações laborais.

Parte-se do método indutivo para alcançar os objetivos propostos. Assim, na primeira parte deste estudo, pretende-se apresentar de forma breve o modelo terceirizante, e, sobretudo a partir do emprego da doutrina de Viana (2017), destacar que o fenômeno se manifesta de forma interna e externa, sendo esta última objeto de exame. No tópico seguinte busca-se analisar a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pautando-se pela exposição de Alexy (2008).

Esclarece-se que o objetivo não é pormenorizar as teorias da eficácia imediata/direta dos direitos fundamentais, em confronto com a teoria de



sua eficácia mediata/indireta,<sup>4</sup> que serão suscintamente contextualizadas. Também não é o foco da análise a teoria da convergência estatista, que imputa toda lesão a direitos fundamentais ao Estado, que em última análise, não a proibiu ou a permitiu (STEINMETZ, 2017, p. 10), ou a teria dos direitos fundamentais como imperativos de tutela.<sup>5</sup> Tampouco irá se adentrar em questões atinentes ao sopesamento, tendo em vista que não são relevantes para atingir o objetivo proposto.

Subsequentemente, adotando-se como marco teórico a doutrina de Gamonal (2018), apresentar-se-á a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais e sua relação com o Direito do Trabalho. E por fim, no último tópico, desponta a aplicação do Direito do Consumidor, a partir da teoria do diálogo das fontes, e do substrato teórico ofertado por Gamonal, como forma de viabilizar a civilização da terceirização externa.

## **2 TERCEIRIZAÇÃO EXTERNA: O VALOR DO TRABALHO QUE SE PERDE NA REDE**

A Terceirização rompe com a lógica clássica do Direito do Trabalho, pela introdução de um “terceiro” na relação clássica bilateral entre empregado e empregador. O vínculo empregatício se forma então com a empresa terceirizada, enquanto o labor do trabalhador é empregado em benefício da empresa contratante.

<sup>4</sup> No caso da eficácia imediata, os direitos fundamentais vinculam diretamente os particulares, de modo que, na relação entre eles, a incidência independe de mediação por meio de normas de direito privado, para eficácia jurídica destes direitos entre sujeitos de direito privado. No que tange a eficácia mediata, a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações interpriadas é indireta, dependendo da competência legislativa para editar a norma e, em sua omissão ou insuficiência, do Poder Judiciário, executando as tarefas de “preenchimento” das cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados (STEINMETZ, 2017, p. 9-10).

<sup>5</sup> Steinmetz (2017, p. 10), em remissão a Canaris, aponta que esta teoria rejeita a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois âmbitos de regulação próprios do direito privado estariam sendo constitucionalizados, o que poderia ferir a autonomia e função do direito privado. Logo, se há eficácia, ela deveria ser indireta ou mediata e justificada dogmaticamente através de um construção convincente.

O modelo terceirizante é bifronte, se manifestando de forma interna e externa. A terceirização interna é capaz de “reunir sem unir”, opondo na mesma empresa trabalhadores terceirizados e não terceirizados (VIANA, 2017, p. 34). A empresa absorve, assim, o trabalho de terceiros.

Na terceirização externa a empresa realiza um movimento inverso, empurrando para fora si, não só os trabalhadores, mas, alguma das (ou todas as) etapas do ciclo produtivo, como se ela se lançasse dentro de outra (VIANA, 2015, p. 15). Deste modo, “fragmenta cada empresa em múltiplas ‘parceiras’, espalhando também os trabalhadores [...] É assim que a empresa consegue ‘produzir sem reunir’.” (VIANA, 2017, p. 34).

A terceirização externa também é denominada por Delgado (2003, p. 121) de “terceirização para fora” ou “de atividade”, em direção a empresas autônomas que se responsabilizam pelo ciclo produtivo. Há autores que parecem tratar este fenômeno dissociado do universo juslaboral, como simples subcontratação empresarial, a exemplo de Delgado (2017, p. 45) e, em sentido contraposto, existem aqueles que defendem que, quando há precarização das condições de trabalho, a terceirização se torna ilícita, com os efeitos daí decorrentes (VIANA, 2017, p. 82).

Esta manifestação do processo terceirizante de maneira externa implica, muitas vezes, vulneração de trabalhadores nas margens do processo produtivo, seja dentro do próprio país, ou outros lugares do mundo em que a proteção trabalhista se mostra mais frágil.

E como consequência deste processo, tem-se o dumping social,<sup>6</sup> o trabalho escravo contemporâneo na ponta do processo produtivo,<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Viana (2017, p. 44) salienta que, quando o comércio globalizou-se, mas as empresas nem tanto, os países tinham a preocupação de reduzir vantagens comparativas em relação a outros em que a mão de obra era menos onerosa, de modo que poderiam oferecer produtos mais baratos. Neste norte, a OIT tinham o papel de propiciar aos trabalhadores de países menos avançados um padrão mínimo de proteção social, e resguardar a indústria dos países centrais do *dumping social*. Todavia, com a mundialização destas grandes corporações, as normas protetivas da OIT já não lhes servem tanto, uma vez que estas indústria são quem praticam o *dumping social*.

<sup>7</sup> Ford (2019, p. 31) relata que “a Foxconn, por exemplo, mantém enormes instalações onde os operários residem, em dormitórios. A fim de acomodar as agressivas programações da

exploração de mão de obra infantil, migração dos postos de emprego para locais onde a fiscalização e a proteção laboral são incipientes,<sup>8</sup> seja dentro do país,<sup>9</sup> ou fora dele e precarização das condições de trabalho como um todo.<sup>10</sup>

Assim, os desafios que a terceirização, em sua faceta externa, suscitam são mais complexos e difíceis de retificar. Todavia, a autonomia da vontade e liberdade de exercício de atividade econômica que pautam essas relações não é absoluta, devendo observar, dentre outras diretrizes, os princípios constitucionais, especialmente os trabalhistas, os quais regem relações assimétricas. Assim, mister se averiguar a eficácia dos direitos fundamentais em relação a agentes privados.

### **3 A EFICÁCIA HORIZONTAL: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES**

O constitucionalismo liberal despontou como necessidade de se estabelecer limites políticos e jurídicos ao poder do Estado absolutista que até então não os conhecia. A única fonte do direito era a vontade do soberano. E os pilares das primeiras Declarações de Direitos e Constituições foram a separação de poderes e o reconhecimento de direitos fundamentais enquanto limitadores do poder estatal. Surgem, então, os Estados de Direito com a finalidade de impedir a arbitrariedade do Estado contra os indivíduos. Outro elemento característico era o princípio da legalidade. Assim, os direitos não tinham eficácia direta, eram diretrizes ou pautas políticas, de maneira que “os

---

produção, milhares de trabalhadores podem ser despertados no meio da noite e obrigados a começar a trabalhar de imediato.”

<sup>8</sup> Siqueira (2019, p. 56), em remissão a matéria publicada no jornal norte-americano New York Times, relata que em conversa do ex-presidente Barack Obama com o executivo da Apple, Steve Jobs, este revelou que os empregos deslocados para a China jamais retornariam aos EUA. Isso porque os chineses cumprem o que os americanos jamais fariam: descer ao nível de precarização das condições de trabalho na luta pelo emprego, trabalhando em condições incomuns.

<sup>9</sup> Cite-se o trabalho de imigrantes bolivianos ou peruanos na indústria de confecção paulista, onde as jornadas chegam a 17 horas diárias (ANTUNES, 2015, p. 245).

<sup>10</sup> Conforme revelam os estudos do DIEESE (2017) já mencionados.

direitos fundamentais produzem eficácia jurídica mediante lei." (STEINMETZ, 2004, p. 65-67, 73).

Surge, assim, uma relação vertical entre o Estado e os cidadãos: "a relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular." (ALEXY, 2008, p. 528).

Nesta relação entre particulares e o Estado, este está vinculado aos direitos fundamentais, sendo vedada sua intervenção nestes (função de defesa), que se combina à proibição de excesso - que pode ser aferida pelo princípio da proporcionalidade (STEINMETZ, 2017, p. 12).

Nesse contexto, pelo princípio da liberdade, a Administração só poderia intervir nos direitos dos particulares quando autorizada pela Lei. E para os particulares vigorava o princípio da autonomia privada, ou seja, tudo que não é proibido é permitido (STEINMETZ, 2004, p. 75-76).

Mas Steinmetz (2004, p. 85, 87, 89) relata que é um equívoco achar que o Estado é o único detentor do poder. Pessoas e grupo privados não só detêm poder político, econômico e ideológico, como promovem lutas por ele. Salienta que "o poder é a capacidade que um sujeito tem de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade de outrem em uma determinada esfera ou âmbito de vida." O Estado não é o único sujeito capaz de fazer isso, e este fato se verifica amplamente, também, nas relações horizontais entre particulares. Assim, "o poder é fenômeno social em sentido amplo, porque se manifesta nas múltiplas relações sociais, sejam elas verticais, sejam elas horizontais."

Enfatiza Steinmetz (2004, p. 91) que os poderes privados, se não limitados e controlados, são uma ameaça à realização do projeto social previsto na Constituição, pois a lógica privada é da realização do auto-interesse e da máxima otimização de vantagens.

Alexy (2008, p. 523-524), neste mesmo norte, ressalta que as normas de direitos fundamentais afetam não só a relação jurídica entre o Estado e cidadãos - na medida que oferecem direitos subjetivos a estes em face dos Poderes constituídos-, mas influenciam o sistema jurídico também na relação

entre cidadãos, denominando este último de *efeitos perante terceiros* ou *efeito horizontal*.

Neste caso, ambos são titulares de direitos fundamentais. E Alexy esclarece a existência de três teorias acerca da questão de como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação entre cidadãos, que diz respeito a um problema de construção: a dos *efeitos indiretos* perante terceiros, a dos *efeitos diretos* e a dos *efeitos mediados por direitos em face do Estado* (ALEXY, 2008, p. 528).

Segundo a teoria dos *efeitos indiretos*, os direitos fundamentais, enquanto princípios objetivos, influenciam a interpretação do direito privado, sobretudo na concretização de suas cláusulas gerais. Pode manifestar-se, também, em toda e qualquer interpretação de uma norma de direito privado, podendo, inclusive, fundamentar julgamentos contra o teor literal da lei (ALEXY, 2008, p. 529).

Já a teoria dos *efeitos diretos perante terceiros*, fundamenta-se na concepção clássica de direitos fundamentais, enquanto direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado. Nipperdey, citado por Alexy como seu principal representante, pontua que a influência dos direitos fundamentais, enquanto normas constitucionais, no direito privado, decorre de seu caráter objetivo e vinculante. Dos princípios objetivos fluem direitos subjetivos privados para os indivíduos, tendo os direitos fundamentais um caráter absoluto, não influenciando somente a interpretação das normas de direito privado. Assim, o efeito jurídico tem característica normativa direta, modificando ou criando normas de direito privado (ALEXY, 2008, p. 530).

E, no que tange a teoria dos *efeitos mediados por direitos em face do Estado*, estes são consequências, na relação cidadão/cidadão, da vinculação do Estado aos direitos fundamentais, na condição de direitos públicos subjetivos. Schwabe, defensor desta teoria, pondera que o Estado, ao regular sistematicamente o direito privado, participaria de possíveis violações dos direitos fundamentais de um cidadão em relação ao outro. Assim, "essas

violações, ainda que realizadas por particulares, teriam que ser consideradas como intervenções estatais." Logo, a concepção de direitos de status negativo direcionados ao Estado, seria suficiente para solução dos efeitos perante terceiros. E essa construção poderia utilizar também de direitos de status positivo que objetivem uma proteção constitucional adequada no âmbito das relações entre cidadãos (ALEXY, 2008, p. 530-531).

Neste norte, quanto ao resultado, as três construções têm aspectos semelhantes, já que têm como destinatário o Judiciário. Ressalve-se que a última tese é dirigida, também, ao Legislativo (ALEXY, 2008, p. 531).

Ademais, cada uma dela destaca alguns pontos das complexas relações jurídicas no que diz respeito aos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros, de maneira que apenas um modelo que congregue todos esses elementos poderia oferecer uma solução adequada. E esse modelo é edificado, por Robert Alexy, em torno de três níveis, a partir de uma relação de mútua implicação: "o do dever estatal, o dos direitos e face do Estado e o das relações jurídicas entre sujeitos privados." (ALEXY, 2008, p. 533).

Segundo Alexy (2008, p. 533), a teoria dos efeitos indiretos situa-se no nível do dever estatal. Em razão das normas de direito fundamentais terem valor de princípios objetivos, implicam no dever do Estado de levá-las em conta tanto na legislação civil como na atividade judicial.

O nível subsequente corresponde aos direitos em face do Estado. Dele decorre a obrigação do juiz levar em consideração os direitos fundamentais, na qualidade de princípios objetivos, quando interpretar e aplicar as normas de direito civil. Assim, são direitos de defesa (status negativo) dos cidadãos contra o Estado, em razão do conteúdo da decisão judicial. (ALEXY, 2008, p. 534-535).

O último nível do modelo aborda os efeitos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Para Alexy (2008, p. 539), "por razões ligadas aos direitos fundamentais, há determinados direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades e competências e não-competências na relação

cidadão/cidadão, os quais não existiriam sem essas razões." E definido, assim, os efeitos diretos, menciona que tais efeitos decorreriam, também, tanto da teoria dos efeitos indiretos quanto da tese dos efeitos mediados pelo Estado.

Alexy (2008, p. 539-540) registra, através da análise do caso *Blinkfuer*, que tanto a teoria dos efeitos indiretos, como a dos efeitos perante terceiros mediados pelo Estado, implicam, necessariamente, efeitos diretos. A título ilustrativo, no caso da tese dos efeitos perante terceiros mediados pelo Estado, o órgão jurisdicional pode violar direitos fundamentais caso não leve em conta, na medida do exigível, em sua decisão, determinada proteção a uma posição favorável enquanto direito fundamental de um particular.

Importante esclarecer que não existe somente o nível dos efeitos diretos. Existem todos os três níveis e nenhum tem primazia sobre o outro, pois cada um abarca um ponto da mesma questão. Logo, "decidir qual deles será escolhido na fundamentação jurídica é uma questão de conveniência." (ALEXY, 2008, p. 540).

Ao tratar das objeções a essa manifestação de efeitos, Alexy (2008, p. 540) pondera que o único argumento plausível de ser levantado seria o que rejeita completamente qualquer forma de efeitos em relação a terceiros.

Steinmetz (2004, p. 36) salienta o receio, daqueles que se opõe à teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, da eliminação da autonomia privada, bem como da colonização constitucional do direito privado, o que lhe faria perder sua identidade e autonomia. Nesse giro Alexy (2008, p. 540) pontua que "é fácil refutar a objeção segundo a qual todo efeito direto conduziria a uma eliminação ou a uma restrição não aceitáveis da autonomia privada", uma vez que "a própria autonomia privada, e não apenas sua restrição, é objeto de garantias constitucionais e, com isso, de efeitos perante terceiros." Crítica assim, os debates prestigiarem a questão de sua restrição, mas não ponderarem a mesma importância à sua proteção.

Destaque-se que a maneira através da qual são instituídas restrições às competências de direito privado é uma questão substancial e, por consequência,

de sopesamento, que não é prejudicada pela definição apresentada a respeito dos efeitos diretos dos direitos fundamentais perante terceiros (ALEXY, 2008, p. 540-541).

A objeção de que os efeitos diretos seriam incompatíveis com o papel do direito civil, ou que, inclusive, poderia torná-lo supérfluo (em uma visão mais radical), ampara-se no argumento de que, já que os juízes poderiam decidir diretamente relações entre particulares por intermédio dos direitos fundamentais, não teria razões para ele se ater às normas do direito civil. Mas Alexy sublinha, em resposta, que essa oposição negligencia que os princípios fundamentais não determinam uma única solução para cada caso. Ou seja, em uma determinada situação concreta pode haver mais de uma solução adequada, amparada nos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 541).

Lembra Alexy (2008, p. 541) que, ante a necessidade de se observar a segurança jurídica e o tratamento isonômico, o juiz está vinculado ao direito civil vigente – seja na forma de lei, precedentes, ou dogmática consolidada – e para se afastar dela em razão da adoção dos princípios de direitos fundamentais, deve fundamentar através de uma argumentação racional sua decisão.

Feita essa breve análise da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, impende analisar sua manifestação nas relações entre particulares não isonômicas.

## 4 EFICÁCIA DIAGONAL: RETIFICAÇÃO DE RELAÇÕES ASSIMÉTRICAS DE PODER

O chileno Gamonal (2018) constatou que determinadas relações privadas, são marcadas por assimetria de seus agentes, como as relações de trabalho, de modo que a incidência dos direitos fundamentais nela se daria de forma diagonal.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> *“a diferencia de los problemas que desafían al derecho privado, en el sentido de que la textura abierta de los derechos fundamentales ampliaría más allá de lo razonable la discrecionalidad judicial, en materia laboral es al revés, la eventual discrecionalidad judicial limita directamente*



Para contextualizar sua teoria, Gamonal (2018, p. 3-4) explicita que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais seria uma consequência da consolidação do Direito do Trabalho no início do século XX. Em sua concepção, apesar do destaque do caso *Luth* para esta teoria, suas raízes estariam no constitucionalismo social, balizado pelo pioneirismo da Constituição do México de 1917, e de Weimar em 1919, aliada ao avanço da proteção internacional do Direito do Trabalho com a criação da OIT em 1919 e o surgimento do Estado de Bem-estar Social.

Isso porque, diferentemente de outros, os direitos trabalhistas devem ser velados não só pelo Estado, mas também pelo empregador. Assim, das relações verticais entre Estado e cidadãos, passa-se a relações trilaterais entre Estado, empregadores e trabalhadores. Neste giro, quem deve respeitar o direito ao descanso dominical, é, por exemplo, o empregador de forma direta, sem prejuízo da regulação estatal. Deste modo, os direitos trabalhistas constitucionalizados impõem obrigações ao Estado e ao empregador.<sup>12</sup> (GAMONAL, 2018, p. 5).

Deste modo a origem da aplicação horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares estaria nas Constituições sociais do México e de Weimar, pois os direitos fundamentais trabalhistas constitucionalizados são empregados para neutralizar as assimetrias de poder presentes na relação de trabalho entre empregado ou empregador. Sublinha, a título ilustrativo, que qualquer Constituição que proíba a escravidão, de certa forma reconhece direitos fundamentais na relação entre particulares, no caso, entre donos de escravos e escravos (GAMONAL, 2018, p. 6).

Gamonal (2018, p. 7) realça, assim, que o constitucionalismo social na segunda década do século XX, implicou um movimento bilateral entre Direito

---

*la discrecionalidad del empleador y por ello resulta más pertinente hablar de una eficacia o aplicabilidad diagonal en vez de una horizontal.*" (GAMONAL, 2018, p. 3).

<sup>12</sup> "[...] en materia de derechos fundamentales laborales el empleador, aunque sea un particular, tendrá la obligación de respeto (del descanso, de las vacaciones, del salario mínimo, etc.), de prevención (de afectaciones a la dignidad como el mobbing o acoso sexual), de garantía (higiene y seguridad en la empresa) y de promoción (respeto de la dignidad en el trabajo)." (GAMONAL, 2018, p. 5).

do Trabalho e Direito Constitucional, de mútuo enriquecimento. Houve uma constitucionalização do Direito do Trabalho e uma "laborização do Direito Constitucional".

Ainda, segundo Gamonal (2018, p. 13), haveria uma fragilidade sindical na América Latina, o que potencializa a tutela individual por meio da Lei, tornando mais relevante a teoria da aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Isso porque, sindicatos independentes, fortes e (cor) ordenados, tem maior poder de gerência das assimetrias entre capital e trabalho nas relações de emprego.<sup>13</sup>

O paralelo que determina a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho decorre das peculiaridades deste ramo em relação a outras relações privadas. Assim, enquanto o Direito Civil se orienta pela isonomia de condições negociais, autonomia da vontade e pela intervenção mínima estatal (como em caso da nulidades e vícios da vontade), o Direito do Trabalho pauta-se pela assimetria de poder entre empregado e empregador, relaciona-se a sujeitos não iguais e centra-se na submissão da vontade e sujeição da liberdade do trabalhador (GAMONAL, 2018, p. 14-15).

Esta característica do Direito Laboral decorre do que se denomina subordinação jurídica, através da qual o empregado assumi o compromisso de acolher o poder de direção empresarial no que diz respeito ao modo de prestação dos serviços (DELGADO, 2019, p. 349). Destarte, a aplicação dos direitos fundamentais dentro do contrato de trabalho não constitui em "ameaça" como ocorre em relação ao Direito Civil, embora não esteja suprimida a prática argumentativa (GAMONAL, 2018, p. 15).

<sup>13</sup> Acerca da relação entre regulação legal e a força do sindicalismo Gamonal (2018, p. 16) pontua que: *"en los sistemas laborales sofisticados el rol de la ley ha sido menor, ya que el grueso de la regulación del trabajo es generada por los sindicatos y empleadores, y los sindicatos negocian de igual a igual con los empleadores, ya que tienen el poder que confiere el derecho de huelga. Pero los sistemas sindicales poderosos son cada vez más escasos y el rol de la ley y de los jueces es cada vez más importante em materia laboral. Y en América Latina, con un sindicalismo centenariamente débil, la importancia de la ley y los jueces ha sido siempre relevante."*

Nesse contexto, o papel que a Lei pode assumir nas relações de trabalho é o de suprimir o poder – o que seria inviável – ou limitá-lo. E a única forma de regular um poder privado, ou neutralizar parte dele, é se estatuidando regras e *strandarts* a serem apreciados pelo juiz (GAMONAL, 2018, p. 16-17). Assim, regras como as que estabelecem o salário mínimo, o pagamento de horas extras e o descanso aos domingos, limitam o poder empresarial. Já as normas que trazem limites ao *jus variandi* e as possibilidades de despedida por justa causa, balizam a conduta empresarial (GAMONAL, 2018, p. 17).

E justificando o emprego do termo eficácia diagonal dos direitos fundamentais, Gamonal (2018, p. 17-18) menciona que

Como vemos, en el contrato de trabajo, a diferencia del derecho privado, nada hay que se parezca a una relación "horizontal" o de coordinación entre iguales. Y por ello consideramos más adecuado hablar de "eficacia diagonal", porque el empleador es un detentador de poder y el trabajador está sometido a ese poder [...]. Por tanto, no sería propio hablar de eficacia vertical respecto del empleador, como tampoco lo es eficacia horizontal. El poder del empleador se encuentra en una zona intermedia y por eso es más pertinente hablar de "eficacia diagonal".

Gamonal (2018, p. 18) enfatiza que não há que se falar, também, em argumento contra majoritário no sentido de que a eficácia diagonal limitaria o poder da regra da maioria pois, em última instância, o juiz não está valorando a Lei em face da Constituição, mas os poderes do empregador, dentro do contrato de trabalho, que não é representante da vontade popular. Soma-se a isso o fato do juiz ter maior legitimidade e imparcialidade que o empregador.

Assim, o emprego do epíteto eficácia diagonal, não seria em si uma mudança de paradigma, mas permite colocar em evidência os particularismos do Direito do Trabalho. (GAMONAL, 2018, p. 19). Por fim, Gamonal (2018, p. 19-20) registra que para a doutrina trabalhista a melhor forma de tutelar o trabalhador é através de um sindicalismo fortalecido e autônomo, que

empodera a classe. E, enquanto ele não é alcançado, a aplicação diagonal dos direitos fundamentais nas relações e trabalho é empregada de forma complementar.

## **5 DIÁLOGO DAS FONTES: ALTERNATIVA CIVILIZATÓRIA DA TERCEIRIZAÇÃO EXTERNA A PARTIR DO CDC**

A teoria do diálogo das fontes, originada do direito alemão, objetiva a aplicação de forma conjunta, coerente e coordenada de diversas fontes legislativas, interpretando-se de forma unitária o ordenamento jurídico, buscando, assim, sua harmonia. O próprio Direito do Trabalho tem cláusula de abertura, neste sentido, no art. 8º, caput, e inciso I da CLT.

Tendo em vista que o novo regulamento da terceirização ignora as possíveis mazelas decorrentes da terceirização externa, sugere-se a integração do Direito do Trabalho pelo Direito do Consumidor, na construção de alternativa apta a buscar a responsabilidade das empresas que compõe a cadeia de subcontratadas, seja qual for a roupagem contratual que for dada aos acordos interempresariais, quando há precarização das condições de trabalho - representada, sobretudo, pela violação sistemática dos direitos trabalhistas de índole constitucional, como a limitação da jornada de trabalho, o salário mínimo, a proteção ao trabalho do menor e a manutenção de um meio ambiente de trabalho hígido (aplicação diagonal dos direitos fundamentais).

E, assim como o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor regula relações entre particulares que estão em condições não isonômicas, ou seja, em relação assimétrica de poder. Ademais, alguns dispositivos do CDC tiveram sua aplicabilidade amplamente recepcionada na jurisprudência trabalhista ao longo dos anos, em especial, antes da reforma trabalhista, que acabou suprimindo lacunas que haviam na CLT. Assim ocorreu com aplicação dos institutos da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC) e

da desconsideração da personalidade jurídica (art. 28, §5º, CDC), ambos no campo processual e ainda, na seara coletiva, o art. 81 do CDC que trata da defesa coletiva de direitos.

A proximidade entre os ramos pode ser percebida, máxime, por sua carga principiológica. Dentre alguns princípios que regem as relações de consumo, que estariam presentes também no Direito Laboral (no que tange os princípios específicos desse ramo) de forma bem assemelhada, poderia se citar a irrenunciabilidade de direitos (art. 51, I, II, III, IV, VII, XV, XVI CDC), interpretação favorável ao consumidor (art. 47, CDC) e o princípio da proteção (art. 6º). Mas, talvez o aspecto mais relevante do Direito Consumerista em relação ao tema da terceirização no Direito do Trabalho, é o que diz respeito à responsabilidade. A regra no Direito do Consumidor, é a responsabilidade solidária (art. 7º, parágrafo único, e art. 25, §1º, ambos do CDC).

E esta responsabilidade solidária, encontra-se fragmentada por todo o CDC, a exemplo dos arts. 12, 14, 18, 19, 20 do CDC, confirmando a regra dessa legislação. Tendo em vista a inteligência destes artigos, o STJ tem reconhecido a responsabilidade solidária passiva de todos os integrantes da cadeia de consumo, ainda que não tenham participado da relação jurídica base. Neste sentido:

[...] Os integrantes da cadeia de consumo, em ação indenizatória consumerista, também são responsáveis pelos danos gerados ao consumidor, não cabendo a alegação de que o dano foi gerado por culpa exclusiva de um dos seus integrantes. Precedentes. (AgRg no AREsp 207708 SP 2012/0153280-5). (BRASIL, 2013).

O art. 7º, parágrafo único, do CDC prevê a responsabilidade solidária entre os integrantes da cadeia de consumo. (AgRg no AgRg no Ag 1259681 PE 2009/0236559-0). (BRASIL, 2012).

Todos os que integram a cadeia de fornecedores do serviço de cartão de crédito respondem solidariamente em caso de fato ou vício do serviço. Assim, cabe às administradoras do cartão, aos estabelecimentos comerciais, às instituições financeiras

emitentes do cartão e até mesmo às proprietárias das bandeiras, verificar a idoneidade das compras realizadas com cartões magnéticos, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes. Precedentes. (PET no AgRg no REsp 1391029 SP 2013/0202357-3). (BRASIL, 2014).

Verifica-se que, com amparo no CDC, pode-se buscar a responsabilidade solidária de toda rede de empresas beneficiária do labor dos trabalhadores situados na ponta do processo produtivo, que o exploraram em condições aviltantes, em desrespeitos aos direitos fundamentais laborais presentes na Constituição.

A violação do patamar civilizatório mínimo estatuído pela Constituição atrai a aplicação diagonal dos direitos fundamentais como forma de reequilibrar as relações assimétricas de poder, bem como permite a aplicação de legislação que se pauta pela mesma lógica do Direito do Trabalho.

## 6 CONCLUSÃO

A terceirização externa é manifestação complexa do modelo terceirizante, capaz de, por intermédio de uma rede de empresas, precarizar as condições de trabalho nas margens do processo produtivo.

A partir da releitura da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a partir da concepção trazida por Gamonal, que percebe uma eficácia diagonal destes direitos nas relações de trabalho, uma vez que estas são pautas por assimetrias de poder entre empregado e empregador, buscou-se construir o substrato teórico de alternativa que viabilize a civilização da terceirização externa.

Conjugando-se a teoria da eficácia diagonal dos direitos fundamentais, com a teoria do diálogo das fontes, encontra-se, no CDC, embasamento legal a justificar a responsabilização solidária de todas as empresas beneficiárias

do trabalho obreiro, submetido a condições precária, em que não lhe é assegurado o patamar civilizatório mínimo estabelecido pela Constituição.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Quarta). PET no AgRg no REsp 1391029 SP 2013/0202357-3. Relator: Min. Sidnei Beneti, 4 de fevereiro de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Quarta). AgRg no AgRg no Ag 1259681 PE 2009/0236559-0. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 16 de outubro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Quarta). AgRg no AREsp 207708 SP 2012/0153280-5. Relator: Min. Marco Buzzi, 24 de setembro de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**, 3 out. 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização – paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIEESE. **Terceirização e precarização das condições de trabalho. Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes**. NT 172. 2017. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.html>. Acesso em: 27 jul. 2020.

FORD, Martin. **Os robôs e o futuro do emprego**. Rio de Janeiro: Best Business, 2019.

GAMONAL, Sergio C. De la eficacia horizontal a la diagonal de derechos fundamentales en el contrato de trabajo: Una perspectiva latinoamericana. **Latin American Legal Studies**, [s. l.], v. 3, p. 1-28, 2018.

SIQUEIRA, Germano. Terceirização: o mito dos 14 benefícios. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto (coord.). **Resistência III: o direito do trabalho diz não à terceirização**. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

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

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Direitos fundamentais: estudos jurídico-dogmáticos**. Joaçaba, SC: Editora Unoesc, 2017. (Série Direitos Fundamentais Civis). Disponível em: <http://pergamum.unoesc.edu.br/pergamumweb/vinculos/00002b/00002bf7.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

VIANA, Márcio Túlio. **Para Entender a Terceirização**. São Paulo: LTr, 2017.



# POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Renan Eduardo da Silva<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a política pública de assistência estudantil e os argumentos em favor de sua perspectiva como meio para a efetivação de outros direitos fundamentais.

Assim, tal pretensão demanda uma compreensão inicial sobre o entendimento do que são políticas públicas, de forma a entender que o desenvolvimento destas ações governamentais visam possibilitar uma melhor fruição de direitos assegurados abstratamente pela Constituição.

Logo, ressalta-se o caráter organizacional e procedimental das políticas públicas como programas estatais destinados a articular medidas para se realizar objetivos e se alcançar resultados eficazes e transformadores para o exercício de direitos que demandam a necessidade de ação por parte do Estado.

Em seguida, o enfoque passa a ser sobre a trajetória histórica da assistência estudantil, logo se expõe que a assistência a estudantes não é prática recente, com sua origem datando nos anos de 1930 com as primeiras ações pontuais do governo como a criação das primeiras Casas do Estudante na Europa e no Brasil, de forma que o processo de construção e afirmação da importância da assistência estudantil leva até sua mais recente regulamentação como uma política pública de caráter nacional.

Na sequência, oportuniza-se uma compreensão de como a assistência a discentes é uma política voltada à efetivação do acesso igualitário ao

<sup>1</sup> Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp; Mestrando no Programa de Pós-graduação stricto sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista Uniedu/Fumdes; Advogado; Servidor Público Federal do Instituto Federal Catarinense-Campus Concórdia; Coordenador de Pessoal e Relações Jurídicas do Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica, Profissional e Tecnológica (SINASEFE) - Seção de Concórdia, SC; [renan.silva@ifc.edu.br](mailto:renan.silva@ifc.edu.br)

direito fundamental de educação, por meio de suas ações vinculadas ao direito fundamental de assistência social.

Por fim, delimita-se que estas ações da assistência estudantil são desenvolvidas em áreas estratégicas com foco em estudantes como vulneráveis, possibilitando a estes outros direitos fundamentais em caráter mínimo, para sua manutenção, desenvolvimento e permanência no sistema de ensino.

## 2 REFLEXÕES PONTUAIS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA DIREITOS SOCIAIS

A existência da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito fundado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e pluralismo político, pressupõe mais que o respeito a uma Constituição<sup>2</sup> e a positivação<sup>3</sup> de direitos individuais e sociais.

Incumbe aos agentes governamentais buscar meios para se estabelecer diretrizes e assegurar compromissos básicos para com a efetividade desses direitos, por meio de tarefas e programas a ser implantados para se buscar a promoção da justiça social.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Mitidiero et al. (2018, p. 26) destacam que a Constituição de 1988 cuida-se de documento acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, um caráter fortemente dirigente, pelo menos quando se toma como critério o conjunto de normas impositivas de objetivos e tarefas em matéria econômica, social, cultural e ambiental contidos no texto constitucional [...] Tanto o Preâmbulo quanto o título dos Princípios Fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi expressamente guindada (art. 1.º, III, da CF) à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado e consagrado no texto constitucional.

<sup>3</sup> De acordo com Bobbio (2004, p. 17) o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

<sup>4</sup> Para Hahn e Tramontina (2013, p. 14) a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) trata do tema da justiça social, de forma direta nos Art. 170 e 193, e indiretamente, no Preâmbulo e no Art.3. [...] Desse modo, da análise da Carta Magna, depreende-se de forma sintética, em relação à justiça social que: a) ela é um valor basilar; b) é pedra angular da ordem econômica e c) é um fim para a ordem social e para o Estado brasileiro.

Desta forma, com o dever de seguir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, cabe ao Estado brasileiro a criação e implementação de políticas públicas como elementos para se assegurar o justo exercício de direitos fundamentais, em especial os direitos fundamentais sociais.<sup>5</sup> Alexy (2001, p. 433) quanto à classificação dos direitos fundamentais leciona que:

Direitos fundamentais “são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra as intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado”. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. [...] Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito.

Portanto, as políticas públicas são ações positivas do Estado que buscam meios para se assegurar direitos já expressos em nível de legislação, de forma progressiva e não retroativa. Logo, a caracterização e conceituação de política pública não é uniforme, em vista de sua multidisciplinaridade de suas ações.

Para Bucci (2002, p. 241-243) políticas públicas “são programas de ação governamental [...] voltados ao atendimento das necessidades socialmente relevantes e politicamente determinadas.”

Segundo Arzabe (2006, p. 63) políticas públicas compreendem “um conjunto de programas de ação governamental [...] dirigidos à realização de direitos e de objetivo social que buscam concretizar oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos.”

<sup>5</sup> Port (2005, p. 164) ressalta que já foram editadas diversas leis instituindo políticas públicas em relação a direitos sociais, de caráter impositivo para a Administração Pública. A título exemplificativo, podemos citar as leis que regulamentam o custeio e os benefícios referentes à Previdência Social (Leis n.8212/91 e n.8213/91), a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n. 8742/93), as leis que instituíram o Sistema Único de Saúde – SUS (Leis n. 8080/90 e n. 8142/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9394/96).

Por sua vez, Souza (2007, p. 69) pontua que “a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio que governos democráticos traduzem seus propósitos [...] em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.”

Assim, da compreensão de um sentido para as políticas públicas observa-se o caráter intervencionista do Estado, o qual procura agir não mais de forma pontual, mas sim de maneira planejada e organizada, para assegurar os direitos<sup>6</sup> preconizados na Constituição, logo compete destacar a importância da atuação conjunta dos poderes da República<sup>7</sup> e da sociedade<sup>8</sup> na questão das políticas públicas.

Deste modo, ao Legislativo cabe o dever de formular, analisar e revisar leis sobre políticas públicas as quais o Estado pretende atuar, trazendo também os anseios e demandas populares por meio de seus representantes eleitos. Ao Executivo, precipuamente, deve procurar os meios de condução e gestão adequada da realização das políticas públicas, além de exercer a prerrogativa de sanção ou veto de políticas ineficientes e ineficazes. E o Poder Judiciário tem a função do controle judicial das políticas públicas sobre o aspecto de sua legalidade perante as normas constitucionais, além de poder requerer a implementação<sup>9</sup> das políticas públicas em caso de omissão do Executivo.

<sup>6</sup> Grau (2001, p. 191) destaca que o direito –a norma jurídica –passa a ser dinamizada como instrumento do governo e deixa de ser única e exclusivamente, a de ordenação. Enquanto instrumento de governo, então, o direito passa a ser atuado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos.

<sup>7</sup> Nesse aspecto cabe destacar a proposição da PEC 26/2017 que acrescenta o artigo 75-A à Constituição. Art. 75-A. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de avaliação de políticas públicas, com o objetivo de promover o aperfeiçoamento da gestão pública, na forma da lei. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5377314&ts=1562280109363&disposition=inline>

<sup>8</sup> A Lei Complementar 131/2009 (Lei da Transparência) por meio do artigo 48, parágrafo único, inciso I e III assegura a participação popular na gestão fiscal de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; assim como assegura a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/LCP/Lcp131.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/LCP/Lcp131.htm).

<sup>9</sup> Ver RE 592.581/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>.

Portanto, a eficaz implementação<sup>10</sup> de políticas públicas está condicionada ao crescente amadurecimento da participação da sociedade no processo de criação, discussão e deliberação sobre programas estatais (de maneira a expressar os anseios e interesses da sociedade) e da percepção do dever constitucional do Estado na concretização dos direitos fundamentais sociais, de forma a se buscar a igualdade material, redistribuição de renda e diminuição das desigualdades sociais, sob pena de descumprimento de dever constitucional.

### **3 TRAJETÓRIA DA ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (DAS PRIMEIRAS AÇÕES AO RECONHECIMENTO COMO POLÍTICA PÚBLICA)**

Com a delimitação de um entendimento mínimo sobre o que é política pública e com a abordagem da importância deste instituto para se buscar efetividade a direitos que necessitam um dever de ação do Estado (notadamente os direitos sociais presentes no artigo 6 da Constituição), passa-se ao estudo da assistência estudantil no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se assim sua evolução, de suas primeiras ações pontuais até a mais recente regulamentação como uma política pública nacional nos tempos atuais.

Logo, para entender a assistência estudantil é relevante destacar que é inerente a natureza humana necessitar de alguma forma de assistência. Nussbaum (2013, p. 197) ressalta este aspecto dizendo que “[...] somos

<sup>10</sup> Conforme da Silva (2012, p. 66) o sucesso de uma política pública relaciona-se ao grau de conhecimento que se detém sobre o seu objeto, o que tende a maximizar a viabilidade de implantação de programa de ação governamental, ao mesmo tempo em que sua eficácia está vinculada ao grau de articulação de seus atores (poderes e agentes públicos). Decorre daí que, para que as escolhas públicas se revelem eficientes e sejam aptas a alcançar os resultados pretendidos, não apenas pela administração, mas por toda a sociedade, é indispensável que a alocação de vontades se dê mediante a participação de seus legítimos interessados, principalmente no que toca à discussão e à definição das finalidades que cada política se dispõe a atender.

seres animais necessitados e temporários, que começamos como bebês e terminamos, muitas vezes, em outras formas de dependência."

Assim, a assistência<sup>11</sup> como forma de ajuda aos mais necessitados traveste-se de várias formas, seja por amparo a famílias, a pessoas com deficiência ou pessoas idosas. Uma dessas formas (ainda não muito conhecida) é a assistência a alunos, a qual se chama no âmbito das políticas públicas como assistência estudantil.

Em vista disto, no contexto brasileiro a assistência a estudantes encontra-se ainda em construção,<sup>12</sup> desta forma quanto a sua origem observa-se que as primeiras ações são datadas do ano de 1928 quando através do Decreto n. 5.612 de 26/12/1928<sup>13</sup> o presidente Washington Luís autoriza a construção da Casa do Estudante em Paris, visando fornecer ajuda aos filhos universitários das elites brasileiras que iam estudar na capital francesa.

No âmbito nacional, esta ação se repete quando em 1930 foi fundada a Casa do Estudante do Brasil no Rio de Janeiro, como um meio de auxiliar estudantes carentes, sendo mantida por doações do governo brasileiro conforme disposto no Decreto n. 20.559 de 23 de novembro de 1931.<sup>14</sup> Quanto à criação da Casa do Estudante do Brasil, Poerner (2004, p. 12, 120) destaca que:

<sup>11</sup> Para Sposati (1998, p. 40) a assistência ao outro é prática antiga na humanidade. [...] A solidariedade social diante dos pobres, viajantes, dos doentes, dos incapazes, dos mais frágeis, se inscreve sob diversas formas nas normas morais de diferentes sociedades. [...] Esta ajuda se guiou pela compreensão de que na humanidade haverá sempre os [...] que não conseguirão reverter sua condição, carecendo de ajuda. O homem é naturalmente um ser dependente, pleno de necessidades e carecimentos.

<sup>12</sup> Assis (2013, p. 13) aponta que anteriormente, a assistência estudantil era considerada como um "favor", uma ajuda concedida aos discentes que dela necessitavam. Essa modalidade evoluiu ao longo do tempo até que pudesse [...] se estruturar em bases legais e se caracterizar como um dever do Estado.

<sup>13</sup> Decreto n. 5.612/1928.

Art. 1º Fica o Governo autorizado a criar em Paris a Casa do Estudante Brasileiro.

Art. 2º A Casa do Estudante Brasileiro tem por fim facilitar a vida material dos estudantes patricios na capital francesa.

Art. 3º O Governo abrirá o crédito de mil contos papel (1.000:000\$000), para a construção do edifício na Cité Universitaire, situada em Paris. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/norma/599054/publicacao/15623862>

<sup>14</sup> Decreto nº 20.559/1931. Expõem que: a "Casa do Estudante do Brasil" é a iniciativa de filantropia privada que mais de perto consulta aos interesses da nacionalidade de vez que os seus fins abrangem as mais justas reivindicações da classe acadêmica, e concorrem de

Nasceu a UNE na Casa do Estudante do Brasil [...] onde o Conselho Nacional de Estudantes, depois de instalado, solenemente, pelo Ministro da Educação, efetuou em 12 de agosto de 1937 a sua primeira sessão ordinária. Fruto de uma tomada de consciência, quanto à necessidade da organização em caráter permanente e nacional da participação política estudantil, a UNE representa, sem qualquer dúvida, o mais importante marco divisor dessa participação ao longo da nossa história.

Na década de 1930, percebe-se a primeira tentativa de tornar a assistência estudantil como uma política pública, primeiramente pelo Decreto n. 19.851 de 11 de abril de 1931,<sup>15</sup> no entanto a assistência estudantil começa a ganhar importância com a Constituição de 1934<sup>16</sup> que foi o primeiro ordenamento constitucional a trazer uma norma genérica sobre o assunto.

Em seguida, com o tratamento da educação como um direito de todos pelo artigo 166 da Constituição de 1946 está também elenca normas sobre assistência estudantil como meio de permanência escolar<sup>17</sup> para alunos carentes.

Em 1961, a assistência estudantil ganha importância como uma das ações da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional sendo

---

modo preponderante para a solução de um dos fundamentais problemas do país, cada vez mais confiante na formação das gerações vindouras; Considerando, finalmente, que a aplicação de tais valores na criação e na manutenção de tão elevada e patriótica instuição traduzirá, da parte do Governo Provisorio, o agradecimento a que fez jús cada um daqueles que, para ela concorreram. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20559-23-outubro-1931-511711-publicacaooriginal-1-pe.html>.

<sup>15</sup> Decreto n. 19.851/1931. Art. 108. Para effectivar medidas de providencia e beneficencia, em relação aos corpos discentes dos institutos de ensino superior, inclusive para a concessão de bolsas de estudos, deverá haver entendimento entre a Sociedade dos Professores Universitarios e o Centro Universitario de Estudantes, afim de que naquellas medidas seja obedecido rigoroso criterio de justiça e de oportunidade. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19851-11-abril-1931-505837publicacaooriginal-1-pe.html>.

<sup>16</sup> Constituição de 1934. Art. 157 - A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação. § 2º - Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílios a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm).

<sup>17</sup> Constituição de 1946. Art. 172 - Cada sistema de ensino terá obrigatoriamente serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)

caracterizada como assistência escolar no título XI da Lei n. 4.024 de 20 de dezembro de 1961.<sup>18</sup>

Seguindo na década de 1960, a Constituição de 1967 expõe a importância da assistência estudantil como forma de propiciar igualdade de oportunidade a todos os estudantes por meio de bolsas de estudo,<sup>19</sup> em seguida a Emenda Constitucional n. 01/1969 que modificou a o texto da Constituição de 1967 retoma a previsão da Constituição de 1946 tratando a assistência estudantil agora como assistência escolar<sup>20</sup> para o sucesso escolar de alunos necessitados.

Nos anos de 1970, Imperatori (2017, p. 287) destaca que “foi criado o Departamento de Assistência ao Estudante (DAE), vinculado ao Ministério da Educação e Cultura, que implantou programas de assistência a estudantes, como Bolsas de Trabalho<sup>21</sup> [...] e Bolsas de Estudo.” Ainda no plano normativo, a Lei n. 5692 de 11 de agosto de 1971, que fixava diretrizes e bases para o

<sup>18</sup> Lei n. 4.024/1961.

Art. 90. Em cooperação com outros órgãos ou não, incumbe aos sistemas de ensino, técnica e administrativamente, prover, bem como orientar, fiscalizar e estimular os serviços de assistência social, médico-odontológico e de enfermagem aos alunos.

Art. 91. A assistência social escolar será prestada nas escolas, sob a orientação dos respectivos diretores, através de serviços que atendam ao tratamento dos casos individuais, à aplicação de técnicas de grupo e à organização social da comunidade. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4024.htm)

<sup>19</sup> Constituição de 1967. Art 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. § 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)

<sup>20</sup> Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Art. 177. Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, que terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais. § 2º Cada sistema de ensino terá, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional, que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm).

<sup>21</sup> Decreto nº 69.927/1972 (Institui em caráter nacional, o Programa “Bolsa de Trabalho”). Considerando a necessidade de dar organicidade aos diversos tipos de assistência outorgadas pelo Governo no plano geral de amparo ao estudante; [...] Art. 5º. A distribuição de Bolsa de Trabalho a estudantes deverá aplicar-se prioritariamente àqueles carentes de recursos financeiros, mediante investigação sumária de suas declarações, podendo ser estabelecida pelo Conselho Diretor uma escala preferencial por área de estudos, segundo a sua importância para o desenvolvimento nacional. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-69927-13-janeiro-1972-418292-publicacaooriginal-1-pe.html>.



ensino de 1º e 2º graus, reproduziu a legislação presente na EC. 01/1969 ressaltando a obrigatoriedade da assistência estudantil em cada sistema de ensino e estimulando a organização de organizações de assistência estudantil.<sup>22</sup>

Assim, após um longo período de ditadura militar e com início da redemocratização brasileira, a chegada da Constituição Federal de 1988 conhecida também como a Constituição Cidadã, trouxe grandes avanços sociais em vista do reconhecimento da assistência social e da educação, como direitos sociais e fundamentais.

Portanto, com o reconhecimento da importância da assistência e da educação como um direito do cidadão, a assistência estudantil ganha cada vez mais relevância, sendo que a Lei n. 9.394 de 1996 reconheceu a assistência estudantil como uma política de Diretriz e Base da Educação Nacional.<sup>23</sup>

Deste modo, com o reconhecimento da importância da assistência a alunos, a Lei 10.172 de 9 de janeiro de 2001 que aprovou o Plano Nacional de Educação, trouxe a assistência estudantil<sup>24</sup> como um dos objetivos e metas

<sup>22</sup> Lei nº 5.692/1971. Art. 62. Cada sistema de ensino compreenderá obrigatoriamente, além de serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar entidades que congreguem professores e pais de alunos, com o objetivo de colaborar para o eficiente funcionamento dos estabelecimentos de ensino. § 1º Os serviços de assistência educacional de que trata este artigo destinar-se-ão, de preferência, a garantir o cumprimento da obrigatoriedade escolar e incluirão auxílios para a aquisição de material escolar, transporte, vestuário, alimentação, tratamento médico e dentário e outras formas de assistência familiar. § 2º O Poder Público estimulará a organização de entidades locais de assistência educacional, constituídas de pessoas de comprovada idoneidade, devotadas aos problemas sócio-educacionais que, em colaboração com a comunidade, possam incumbir-se da execução total ou parcial dos serviços de que trata este artigo, assim como da adjudicação de bolsas de estudo. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5692-11-agosto-1971-357752-publicacaooriginal-1-pl.html>.

<sup>23</sup> Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: VIII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)

<sup>24</sup> Lei n. 10.172, de 9 de janeiro de 2001. 4.3 Objetivos e Metas. 34. Estimular a adoção, pelas instituições públicas, de programas de assistência estudantil, tais como bolsa-trabalho ou outros destinados a apoiar os estudantes carentes que demonstrem bom desempenho acadêmico. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm).

para progressiva implementação nos próximos 10 anos para todos os entes federativos.<sup>25</sup>

Logo, buscando-se a implementação da assistência estudantil conforme os objetivos/metas do Plano Nacional de Educação, é importante destacar a atuação do FONAPRACE (Fórum Nacional de Pró-Reitores de Assuntos Comunitários e Estudantis):

Após a inclusão da Assistência Estudantil no PNE, caminhou-se para a elaboração de um documento mais amplo. Este trabalho materializou uma minuta do Plano Nacional de Assistência Estudantil [...] Em 2007, o Plano Nacional de Assistência Estudantil foi atualizado e tornou-se meta prioritária para o FONAPRACE, sendo aprovado pela ANDIFES em julho, na cidade de Belém/PA. Este fato deu início a um processo de discussão junto ao MEC no sentido da implantação do Programa Nacional de Assistência Estudantil. (FONAPRACE, 2012, p. 25, 31).

Desta forma, com a consideração da importância da assistência estudantil para a promoção da ampliação e democratização das condições de acesso e permanência dos estudantes nas escolas e como meio de minoração das desigualdades sociais e regionais, o Ministério da Educação (MEC) no dia 12 de dezembro de 2007 por meio da portaria normativa n. 39/2007<sup>26</sup> instituiu o Programa Nacional de Assistência Estudantil-PNAES, sendo que no mesmo ano ainda a assistência estudantil ganha força como uma política pública voltada ao ensino superior pelo Plano Nacional de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI).<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Lei n. 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Art. 1º Fica aprovado o Plano Nacional de Educação, constante do documento anexo, com duração de dez anos. Art. 2º A partir da vigência desta Lei, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão, com base no Plano Nacional de Educação, elaborar planos decenais correspondentes. Art. 3º A União, em articulação com os Estados, o Distrito Federal, os municípios e a sociedade civil, procederá a avaliações periódicas da implementação do Plano Nacional de Educação.

<sup>26</sup> Portaria normativa n.39/2007. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/portaria\\_pnaes.pdf](http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/portaria_pnaes.pdf)

<sup>27</sup> Decreto nº 6.096, de 24 de abril de 2007. Art. 2. O Programa terá as seguintes diretrizes: V- ampliação de políticas de inclusão e assistência estudantil; Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6096.htm)

Assim, com o reconhecimento crescente de sua importância para a expansão da educação superior pública, no ano de 2010 o PNAES é referendado como uma política de governo por meio do Decreto n. 7.234/2010.<sup>28</sup>

Diante do exposto, é inegável a evolução presenciada pela assistência estudantil no decurso do tempo, de ações pontuais focadas a certos grupos até seu reconhecimento recente como meta/objetivo do plano nacional de educação e como uma política pública de caráter nacional voltada a estudantes carentes.

No entanto, este aspecto não encerra a questão sobre a assistência estudantil, o objetivo agora é a busca por formas ou meios de consolidá-la, expandindo suas ações e conferindo mais eficácia e eficiência a sua atuação. Quanto a esta preocupação, já observa-se projetos de lei<sup>29</sup> que visam tornar a assistência estudantil uma política de Estado,<sup>30</sup> conferindo a esta status de diploma legal superior (de decreto para lei) visando evitar sua descontinuidade ou mesmo a diminuição de suas ações por decisão política do Poder Executivo.

## 4 ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL COMO MEIO PARA A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No contexto atual, com a política de expansão das universidades federais propiciada pelo REUNI houve aumento no número de matrículas

<sup>28</sup> Decreto n. 7.234 de 19de julho de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm)

<sup>29</sup> PL 1434/2011 (Institui o Fundo Nacional de Assistência ao Estudante de Nível Superior – FUNAES).

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503670&ord=1>

PL 1270/2015 (apensados a este projeto estão o PL 3474/2015, PL 6086/2016; PL 6164/2016; PL 8739/2017; PL 9612/2018; PL 10612/2018).

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1215522>.

<sup>30</sup> Lima e Magalhães (2012, p. 12) ressaltam que sublima-se, por exemplo, uma diferença nas políticas públicas entre aquelas denominadas Política de Estado e Política de Governo. As primeiras possuem um horizonte temporal maior, geralmente são políticas constitucionalizadas e envolvem a burocracia de mais de uma agência do Estado, já as segundas se realizam como parte de um programa maior, de duração mais curta e simples composição [...] ficando geralmente na competência dos próprios ministérios setoriais.

no ensino superior,<sup>31</sup> vinculado a este aumento sobreveio também um incremento no número de alunos em vulnerabilidade socioeconômica, sobretudo em razão da Lei n. 12.711/2012.<sup>32</sup>

Em razão disso, a assistência estudantil foi instituída com a finalidade prioritária de atender esse grupo,<sup>33</sup> procurando assim ampliar e democratizar o acesso e permanência destes estudantes na educação superior, reduzindo assim as taxas de retenção e evasão escolar, de forma a contribuir para a promoção pela inclusão social pela educação.

Logo, ao se ater a estes objetivos da assistência estudantil, é possível se chegar ao entendimento que a política de assistência estudantil desenvolve suas ações como meio para se efetivar o acesso ao direito fundamental

<sup>31</sup> Segundo dados do Censo da Educação Superior de 2014 (p. 19), em 2014 foi apurado mais de 7,8 milhões de matrículas no ensino superior. Isso significa um aumento de 96, 5% de 2003 a 2014, quando as matrículas eram 3.936.933 em 2003. Ver: [http://download.inep.gov.br/download/superior/censo/2014/resumo\\_tecnico\\_censo\\_educacao\\_superior\\_2014.pdf](http://download.inep.gov.br/download/superior/censo/2014/resumo_tecnico_censo_educacao_superior_2014.pdf).

<sup>32</sup> Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012.

Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016).

Art. 4º As instituições federais de ensino técnico de nível médio reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso em cada curso, por turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm).

<sup>33</sup> Portaria n. 39/2007. Art. 4º As ações do PNAES atenderão a estudantes matriculados em cursos presenciais de graduação, prioritariamente, selecionados por critérios socioeconômicos, sem prejuízo de demais requisitos fixados pelas instituições de educação superior em ato próprio.

Lei n. 7.234/2010. Art. 5º Serão atendidos no âmbito do PNAES prioritariamente estudantes oriundos da rede pública de educação básica ou com renda familiar per capita de até um salário mínimo e meio, sem prejuízo de demais requisitos fixados pelas instituições federais de ensino superior.

de educação,<sup>34</sup> previsto no artigo 205 da Constituição Federal, buscando especificamente o cumprimento da norma do artigo 206 em seu inciso I.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

Assim, cabe destacar que além de sua vinculação ao direito fundamental de educação, a assistência estudantil é também uma política ligada ao direito fundamental de assistência social em relação a estudantes. Quanto a esta característica, Imperatori (2017, p. 298-299) faz a seguinte menção:

Trata-se de uma política que se situa na interseção da assistência social com a educação e representa um avanço no reconhecimento da assistência estudantil como um direito social. [...] A assistência estudantil, enquanto desmembramento da assistência social no contexto da educação, considera os estudantes em processo de formação para o trabalho. De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 205, uma das finalidades da educação é a "a qualificação para o mercado de trabalho". Se for considerada a educação superior, esse princípio é ainda mais forte, tendo em vista a formação especializada dos cursos. Nesse sentido, seria legítimo que os estudantes desfrutassem de assistência enquanto estivessem no seu processo de formação acadêmica.

Portanto, a assistência estudantil como expressão do direito fundamental de assistência social, primeiramente pode ser verificada

<sup>34</sup> Recentemente o MPF na AC 59.1307-CE, argumentou que a suspensão das bolsas do Programa Nacional de Assistência Estudantil (PNAES) fere o direito fundamental de educação. No parecer enviado ao TRF-5, o MPF ressalta o caráter assistencial do benefício, concedido a pessoas de baixa renda e que necessitam do auxílio para a concretização do direito fundamental à educação. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/regiao5/sala-de-imprensa/docs/2016\\_11\\_23\\_parecer\\_corte\\_bolsas\\_unilab\\_ce.pdf](http://www.mpf.mp.br/regiao5/sala-de-imprensa/docs/2016_11_23_parecer_corte_bolsas_unilab_ce.pdf).

do entendimento que o foco de desenvolvimento de suas ações é ligado prioritariamente a pessoas carentes economicamente, que muitas vezes não apresentam condições de renda para custear suas necessidades mais básicas (necessidades habitacionais, educacionais, sanitárias, de transporte e de bens de consumo) e manter-se estudando.

Em segundo lugar, a assistência estudantil como política de assistência social, desenvolve suas ações em áreas estratégicas como a permanência e desempenho acadêmico para as necessidades básicas, além de ações com atuação na cultura, lazer e esporte e assuntos da juventude.

Quadro 1 – Plano Nacional de Assistência a Estudantes- Áreas Estratégicas

ÁREA	LINHA TEMÁTICA
<b>Permanência</b>	-Moradia, alimentação, saúde (física e mental), transporte, creche, condições básicas para atender os portadores de necessidades especiais.
<b>Desempenho Acadêmico</b>	- Bolsas, estágios e remunerados, ensino de línguas, inclusão digital e fomento à participação político- acadêmica, acompanhamento psicopedagógico.
<b>Cultura, Lazer e Esporte</b>	- Acesso à informação e difusão das manifestações artísticas e culturais, acesso a ações de educação, esportiva, recreativa e de lazer.
<b>Assuntos da Juventude</b>	-Orientação profissional, sobre mercado de trabalho, prevenção a fatores de risco, meio ambiente, política, ética e cidadania, saúde, sexualidade e dependência química.

Fonte: Fonaprace (2012, p. 69).

Assim, segundo as diretrizes do plano nacional de assistência estudantil, o programa nacional de assistência estudantil -PNAES em seu artigo 3º, § 1º, repete a redação do artigo 2, p. único da portaria normativa n. 39/2007, listando as áreas em que serão desenvolvidas as ações de assistência ao estudante:

Art. 3º. [...]

§ 1º As ações de assistência estudantil do PNAES deverão ser desenvolvidas nas seguintes áreas:

I - moradia estudantil; II - alimentação; III - transporte; IV - atenção à saúde; V - inclusão digital; VI - cultura; VII - esporte; VIII - creche; IX - apoio pedagógico; e X - acesso, participação e aprendizagem de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades e superdotação. (BRASIL, 2007).

Logo, da leitura do artigo 3º, §1º da lei 7.234/2010, é possível se compreender que o eixo de atuação das ações de assistência estudantil como um direito fundamental de assistência social, visam propiciar ao estudante o acesso e a possibilidade de fruição de outros direitos fundamentais como por exemplo o direito a moradia (por meio de programas de moradia estudantil),<sup>35</sup> direito à alimentação,<sup>36</sup> direito à transporte,<sup>37</sup> direito à saúde,<sup>38</sup> todos estes tratados no artigo 6 da Constituição Federal de 1988.

Portanto, ao observarem-se as áreas estratégicas de desenvolvimento da assistência estudantil com suas linhas temáticas de atuação, nota-se a tentativa de construção de um sistema de proteção social<sup>39</sup> na área da educação com vistas ao acesso e permanência do estudante de baixa renda no ensino superior.

Assim, o Estado brasileiro ao adotar políticas públicas de assistência ao estudante carente está buscando maneiras de se tentar assegurar a igualdade material no tratamento que é devido ao estudante vulnerável, de

<sup>35</sup> Fonaprace (2012, p. 154) o Programa de Moradia Estudantil [...] se estrutura no sentido de oferecer condições de permanência nas instituições de ensino superior público aos estudantes provenientes do interior do estado da sede da IFES ou de outros estados, através da convivência nas Casas de Estudantes, ou seja, através do acesso à moradia.

<sup>36</sup> O Fonaprace (2012, p. 71) elenca como um dos principais desafios da assistência estudantil o fortalecimento da Política de alimentação com construção de restaurantes universitários nos novos campi, nas novas Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) e nas IFES que não têm esse serviço, para garantir uma alimentação adequada nutricionalmente aos estudantes.

<sup>37</sup> O Fonaprace (2012, p. 72) destaca a implementação de ações de assistência estudantil para atender aos estudantes em mobilidade no território nacional e implantação de ações de apoio aos estudantes para participarem de convênios no exterior;

<sup>38</sup> O Fonaprace (2012, p. 41) expõem que se a desenvolva uma política nacional de atendimento de saúde do estudante universitário, respeitando os princípios do SUS e desenvolvendo ações no campo da atenção primária à saúde;

<sup>39</sup> O Fonaprace (2012, p. 188) aduz que é perceptível que no contexto da assistência estudantil, a preocupação se situa no campo do fomento à permanência do estudante na instituição, principalmente via bolsas (auxílio alimentação, transporte, moradia, dentre outras).

forma a propiciar a concretização de um mínimo de direitos sociais atrelado a dignidade da pessoa humana.<sup>40</sup> Quanto a esta característica, o Fonaprace (2012, p. 147-148) traz a seguinte reflexão:

O entendimento da assistência estudantil como sendo extensão das ações da Política de Assistência Social, leva as instituições de ensino a tentarem definir as ações de assistência ao estudante sob as bases da assistência social, enquanto política específica. A restrição do conceito de necessidades, quando se trata das necessidades estudantis (sua redução ao plano das necessidades de sobrevivência), justifica o tripé histórico da assistência estudantil— alimentação, moradia e bolsas estudantis.

Diante de todo o exposto, é possível se compreender que a assistência estudantil possui grande relevância, pois se trata de política pública ligada ao direito fundamental de educação e de assistência social que possibilita a integração, desenvolvimento e oportunidades<sup>41</sup> a estudantes carentes, por meio ações que propiciam o acesso a outros direitos fundamentais.

Logo, como já mencionado anteriormente, a tentativa de uma maior de legitimação do PNAES por meio de seu reconhecimento como uma lei federal pelos projetos em tramitação no Congresso Nacional, busca conferir força a assistência estudantil, visando a ampliação de recursos a novas áreas estratégicas de atuação, em vista da complexidade das necessidades humanas.

Portanto, a construção de uma política de assistência estudantil eficiente é responsabilidade conjunta do Estado (com a viabilização de recursos suficientes ao PNAES), das instituições de ensino superior que devem executar, acompanhar e avaliar o PNAES (art. 3 da lei n. 7.234/2010

<sup>40</sup> Para Steinmetz (2004, p. 112-113) a dignidade da pessoa humana é tida como fundamento da República Federativa do Brasil. É um princípio constitucional fundamental independente. Lança-se sobre o anexo das normas constitucionais e infraconstitucionais, gerando vinculações ordenadas e irradia normas de obrigação e normas de proibição em âmbitos concretos específicos.

<sup>41</sup> Fonaprace (2012, p. 137) destaca que a AE contribui para formação técnica e profissional em vista da demanda por maiores e melhores competências para enfrentar o mercado de trabalho e as características da sociedade do conhecimento e de uma economia que demonstra a dependência crescente do conhecimento científico e tecnológico, dentre outros fatores, têm contribuído para a crescente valorização da educação.



e art. 2 da portaria normativa n. 39/2007) e dos próprios estudantes, que devem ser assegurados meios para ouvir suas reivindicações para ajudar no planejamento e formulação de novas ações estratégicas.

Por fim, com o desenvolvimento de um planejamento conjunto para o Programa Nacional de Assistência Estudantil focado na ampliação do programa, o próximo passo a ser dado deve ser em relação a conferir caráter universal a suas ações, levando estas não apenas a grupos em vulnerabilidade socioeconômica, mas também a todo e qualquer discente, buscando assim a sua efetivação como um direito do estudante.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Possibilitar uma reflexão sobre a atual política pública de assistência a estudantes, como meio para o acesso e a efetivação de direitos fundamentais foi o objetivo do presente trabalho.

Inicialmente, delimitou-se que mesmo com a positivação de um direito no texto constitucional, o reconhecimento deste direito, não é expressão de garantia de sua fruição ou exercício por parte do cidadão. Logo, é necessário a intervenção do Estado por meio da execução de políticas públicas aptas a conferir efetividade aos direitos sociais do artigo 6 da Constituição Federal.

Portanto, com a compreensão de uma noção de política pública como um pressuposto para efetivação material concreta de direitos, passou-se a abordagem da assistência estudantil no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, conforme este estudo procurou demonstrar a assistência a estudantes ganhou cada vez mais normatividade no decurso do tempo, de forma que suas ações evoluíram muito desde sua origem na década de 1930 até seu recente reconhecimento como um programa nacional ligado a educação pelo MEC e pelo governo federal.

No entanto, ressalta-se que a assistência a estudantes ainda não é uma questão fechada, sob o aspecto legal, a assistência estudantil busca

agora maior consolidação como uma política de Estado, visando ampliar sua proteção social a um número cada vez maior de estudantes.

Desta forma, com a devida compreensão da importância da política pública de assistência a discentes, argumentou-se a favor da perspectiva da assistência estudantil como uma política de efetivação de outros direitos fundamentais.

Esta característica foi defendida pelo entendimento que no âmbito do PNAES, o atendimento prioritário a estudantes em vulnerabilidade socioeconômica visa possibilitar o acesso igualitário ao direito fundamental de educação, para a permanência e melhoria acadêmica do estudante vulnerável no sistema de ensino.

Logo, sendo uma política do direito fundamental de educação, a assistência de alunos é também vinculada ao direito fundamental de assistência social, já que em suas áreas estratégicas são desenvolvidas ações de assistência ao estudante que propiciam acesso a direitos fundamentais como direito ao transporte, à alimentação, à saúde e à moradia.

Por fim, este trabalho tentou demonstrar que a assistência estudantil é uma política nacional de grande importância para a educação, servindo como instrumento de justiça social, de modo que suas ações ao serem pautadas em direitos, trazem não somente a melhoria no acesso, permanência e no combate da retenção-evasão escolar, mas também operam grandes mudanças ao se oportunizar condições igualitárias de ensino a todo estudante.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ARZABE, Patrícia Helena Massa. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSIS, Anna Carolina Lili de. **Desafios e Possibilidades da Política de Assistência Estudantil da UFJF**. 2013. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão e Avaliação da Educação Pública) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Juiz de Fora, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 5.612**, de 26 de dezembro de 1928. Autoriza o Governo a criar, em Paris, a Casa do Estudante Brasileiro, abrindo o crédito necessário para a sua construção. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/norma/599054/publicacao/15623862>. Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 6.096**, de 24 de abril de 2007. Institui o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais - REUNI. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6096.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 7.234**, de 19 de julho de 2010. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil - PNAES. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 19.851**, de 11 de abril de 1931. Dispõe que o ensino superior no Brasil obedecerá, de preferência, ao systema universitario, podendo ainda ser ministrado em institutos isolados, e que a organização tecnica e administrativa das universidades é instituida no presente Decreto, regendo-se os institutos isolados pelos respectivos regulamentos, observados os dispositivos do seguinte Estatuto das Universidades Brasileiras. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19851-11-abril-1931-505837-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 20.559**, de 23 de outubro de 1931. Dispõe sobre a aplicação dos valores oferecidos pelo povo, com o intuito de auxiliar o resgate da dívida externa. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20559-23-outubro-1931-511711-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24/07/2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 69.927**, de 13 de janeiro de 1972. Institui em caráter nacional, o Programa "Bolsa de Trabalho". Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-69927-13-janeiro-1972-418292-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 24/07/2019.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 01**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar 131**, de 27 de maio de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/LCP/Lcp131.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/LCP/Lcp131.htm). Acesso em: 7 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 4.024**, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4024.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.692**, de 11 de agosto de 1971. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º grau, e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5692-11-agosto-1971-357752-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.172**, de 9 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.711**, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Portaria Normativa n. 39**, de 12 de dezembro de 2007. Institui o Programa Nacional de Assistência Estudantil - PNAES. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/portaria\\_pnaes.pdf](http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/portaria_pnaes.pdf). Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n.1270/2015 (apensados a este projeto estão o PL 3474/2015, PL 6086/2016 ; PL 6164/2016 ; PL 8739/2017 ; PL 9612/2018 ; PL 10612/2018)**. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil - PNAES. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1215522>. Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n.1434/2011. (Institui o Fundo Nacional de Assistência ao Estudante de Nível Superior – FUNAES)**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503670&ord=1>. Acesso em: 24 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Proposta de Emenda à Constituição 26/2017**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5377314&t-s=1562280109363&disposition=inline>. Acesso em: 7 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. **Recurso Extraordinário 591/RS**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONAPRACE. **Revista Comemorativa 25 anos: histórias, memórias e múltiplos olhares**. FONAPRACE (org.). [S. l.]: UFU, PROEX, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HAHN, Paulo; TRAMONTINA, Robison. A Justiça Social, instrumento de realização dos Direitos Fundamentais, é uma questão de (re)distribuição ou reconhecimento? **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 13, p. 13-29, jan./jun. 2013.

IMPERATORI, Thaís Kristoch. A trajetória da assistência estudantil na educação Superior Brasileira. **Serv. Soc. Soc.**, [s. l.], n. 129, p. 285-303, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n129/0101-6628-ss-soc-129-0285.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS E ESTUDOS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA – INEP. **Censo da Educação Superior de 2014**. Disponível em: [http://download.inep.gov.br/download/superior/censo/2014/resumo\\_tecnico\\_censo\\_educacao\\_superior\\_2014.pdf](http://download.inep.gov.br/download/superior/censo/2014/resumo_tecnico_censo_educacao_superior_2014.pdf). Acesso em: 7 ago. 2019.

LIMA, Eric Santos; MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Direitos Humanos e Políticas Públicas: As Duas Faces de Janus. *In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, 21., 2012, Uberlândia. **Anais [...]**. Uberlândia, 2012.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PERNAMBUCO. Ministério Público Federal. Procuradoria Regional da República (5. Região). **Ação Civil Pública 59.1307-CE**. Relator: Des. Edílson Pereira Nobre Júnior. Recife, 7 nov. 2016. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/regiao5/sala-de-imprensa/docs/2016\\_11\\_23\\_parecer\\_corte\\_bolsas\\_unilab\\_ce.pdf](http://www.mpf.mp.br/regiao5/sala-de-imprensa/docs/2016_11_23_parecer_corte_bolsas_unilab_ce.pdf). Acesso em: 7 ago. 2019.

POERNER, Arthur José. **O Poder Jovem**: história da participação política dos estudantes brasileiros desde o Brasil-Colônia até o governo Lula. 5. ed. Rio de Janeiro: Bookling, 2004.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas Públicas e Administração Democrática. **Revista Sequência**, Florianópolis: UFSC, n. 64, p. 57-84, jul. 2012.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. *In: HOCHMAN, Gilberto. Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 2007.

SPOSATI, Aldaíza de Oliveira *et al.* **Assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

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





# FELICIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: APROXIMAÇÕES CONSTITUCIONAIS ATUAIS

Gil Nogueira Gil<sup>1</sup>

## 1 INTRODUÇÃO

Existe alguma relação entre Felicidade e Direito? O interesse em estudar o bem-estar e a vida satisfatória remonta à filosofia grega clássica, a qual nos trouxe as acepções de felicidade. Depois de Sócrates, no século V a. C, promover a chamada *Eudaimonia*, introduzindo a associação de felicidade à reflexão e à sabedoria; quem faria, alguns anos depois, de modo mais destacada, a relação entre felicidade e Direito seria Platão na obra *O Banquete*, na qual faz um debate entre felicidade e justiça.

Nesse sentido, Aristóteles inicia a obra *Ética à Nicômaco* com uma reflexão de que a felicidade é algo absoluto e autossuficiente, sendo também a finalidade da ação. E, ainda, faz uma diferenciação entre os fins individuais e coletivos. Ele entendia que os fins do Estado parecem ser mais nobres e completos do que os dos indivíduos (ARISTÓTELES, 1991).

No final do século XX, a ciência da Psicologia Positiva desenvolve pesquisas e orientações para o que Aristóteles chamou de “vida boa”, demonstrando que, independentemente da cultura, as pessoas querem mais do que viver, querem vida com significado, com bem-estar. Dentre essas pesquisas, validou-se que o bem-estar das pessoas traz benefícios a médio prazo, sob a forma de estabilidade e satisfação familiar, satisfação nas relações interpessoais, desempenho no trabalho, boa saúde e maior longevidade (LYUBOMIRSKY; KING; DIENER, 2005). Portanto, não é uma

<sup>1</sup> Mestrando em Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduando em Psicologia Positiva & Coaching no IBC; Mentor, Coach & Counselor; Oficial de Justiça Avaliador Federal no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

questão puramente subjetiva, mas o bem-estar das pessoas contribui, e muito, para o bom funcionamento social e comunitário (HERVÁS, 2009).

Se compreendermos a felicidade como finalidade das nossas ações e o maior impacto dos fins do Estado, não deveria este mesmo Estado colocar a felicidade coletiva como fim de suas ações legislativas e de políticas públicas? Será que, antes de definir pautas de direitos fundamentais, a felicidade não deverá estar como finalidade destes direitos, agindo com um efeito inclusive expansivo sobre eles? Quanto adiantaria promovê-los se no fim o cidadão não conquista a vida plena? O Estado serve ao povo ou o contrário? Não deveria o Estado ter a felicidade como principal escopo? Não seria ela uma reconstrução da dignidade humana?

Por que não a felicidade ser um direito fundamental? A felicidade se faz elementar pois tangencia demais direitos - quiçá seja o fim último deles - como a ter saúde, educação, bem-estar, desenvolvimento etc. Para Alexy, não é vedado nem à Ciência do Direito, nem à jurisprudência, fundamentar as normas concretas historicamente desenvolvidas em normas mais gerais. Pelo contrário, essa é uma tarefa essencial da Ciência do Direito, e para a jurisprudência esse procedimento é, no mínimo, útil (LEAL, 2015).

Salienta-se que não se está a falar em direito subjetivo passível de se exigir felicidade do Estado, mas de garantir a liberdade e instrumentos para se buscar a felicidade, bem como para esta ser um dos fins e modo de atuação daquele. Constituições como a da Coreia do Sul, do Japão e do Reino do Butão na Ásia trazem explicitamente o direito à busca da felicidade. Inúmeras nações africanas como as das Repúblicas: do Gana, da Libéria, da Namíbia, do Níger, da Nigéria; e até mesmo do Egito e do Reino de Essuatíni também fazem referência expressa à felicidade.

O objetivo desse artigo é apresentar o Direito à felicidade na conjuntura contemporânea brasileira a fim de que não se ache inusitado colocá-la no debate jurídico e dar maior concretude ao conceito para que mais tarde desenvolvamos aprofundadas reflexões sobre uma outra perspectiva de

felicidade como direito fundamental com sua aplicação nos fins Estatais e entre particulares.

Para atingir esse objetivo, inicialmente, um breve extrato histórico da perspectiva filosófica grega e do desenvolvimento por Aristóteles nos ambientará com o assunto. Após, uma síntese da origem política da felicidade e sua expressão dogmática pré-constitucionalismo atual se faz relevante para já verificarmos o quanto ela já vinha sendo associada ao Direito e aplicada nas jurisdições constitucionais internacionais. Na sequência, exploraremos a conjuntura constitucional brasileira, apontaremos vieses doutrinários e apresentaremos alguns julgados com utilização da temática do Direito à Felicidade.

Investigaram-se bibliografias, teses e trabalhos envolvendo o tema onde, no Brasil, pareceu pouco explorado. Contudo, a referência inicial para ambientação com o debate sobre o Direito à Felicidade no País foi a tese de doutorado de Saul Tourinho Leal. Examinemos, então, como o Direito à felicidade vem sendo abordado no Brasil legislativa e jurisprudencialmente e verifiquemos que a felicidade, embora um conceito indeterminado, pode ser ponderada como um direito fundamental.

## **2 FELICIDADE NO PRÉ-CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO**

Aristóteles, na obra *A Política*, apresenta elementos que constituíram os debates sobre felicidade e repercutiram desde então no Direito, abrindo espaço para teorias baseadas na jurisdição constitucional. Esses debates e associações à política e ao Direito não abandonaram mais o debate social. Poderíamos dizer que a cláusula de busca da felicidade tem suas raízes na ideia do direito natural da Inglaterra no século XVIII, que poderia ser representada por John Locke (1623-1704), embora o princípio da felicidade possa remontar tanto quanto à filosofia grega (LIM, 2001).

Portanto, a expressão *Pursuit of happiness* (busca da felicidade) dos escritos filosóficos de John Locke (influenciado pelo epicurismo) teria inspirado os responsáveis pela Constituição Americana, incluindo George Mason na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia e Thomas Jefferson, principal autor da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 a qual é apontada como onde o direito à felicidade apareceu pela primeira vez, passando da utopia política para dogmática jurídica:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança (tradução nossa).<sup>2</sup>

[...]

III Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.<sup>3</sup> (Declaração de Direitos da Virgínia, 1776) (tradução nossa).

Consideramos estas verdades como autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes são vida, liberdade e busca da felicidade (Declaração da Independência, 1776) (tradução nossa).<sup>4</sup>

<sup>2</sup> *Virginia Declaration of Rights [...] Section 1. That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.*

<sup>3</sup> *Section 3. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation or community; of all the various modes and forms of government that is best, which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration; and that, whenever any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, unalienable, and indefeasible right to reform, alter or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal.*

<sup>4</sup> *Declaration of Independence, July 4, 1776 We hold these truths to be self-evident: That all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights;*

Este direito ao *pursuit of happiness* não se repete na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, todavia encontra-se na Constituição de 33 dos 50 Estados norte-americanos influenciados pela Declaração de Independência. Alguns anos após, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apontada como marco da felicidade política, fruto da Revolução Francesa em 1789, acabou se tornando preâmbulo da Constituição francesa de 1793, também conhecida como a Constituição do Ano I ou a Constituição Montagnard; e traz o termo felicidade geral.

O Brasil constitui a sua própria forma de encarar a felicidade e também de correlacioná-la à dignidade da pessoa humana. Foquemos, agora, na análise brasileira.

As ideias iluministas, utilitaristas e dos movimentos nos Estados Unidos da América e na França repercutiram no Brasil. Correspondências de um estudante brasileiro na França sob pseudônimo Vendek, José Joaquim Maia e Barbalho, endereçadas a Thomas Jefferson, então embaixador americano na França, narravam a situação brasileira e solicitavam apoio para promover a independência abaixo de um discurso envolvendo a felicidade pública.

Inúmeras outras cartas, correspondências e manifestos utilizando a felicidade em seu texto ocorreram no início do século XIX. José Bonifácio foi um desses redatores e personagens. Não poderia deixar de ser citado dentre aqueles manifestos o famoso edital (e marco histórico) do dia do fico atribuída a D. Pedro I: "Como é para bem de todos e felicidade geral da nação, estou pronto: diga ao povo que fico!" (grifo nosso). Até que a nossa Constituição Imperial de 1824 incluiu um artigo que reproduziria a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, trazendo a expressão Felicidade Geral em seu texto:

---

*that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness; that, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness.*

DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil : Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição, que haviamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e d'elle esperarem a sua individual, e geral felicidade Politica : Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte: (BRASIL, 1824, grifo nosso).

Em acordo bilateral firmado em 29 de agosto de 1825 entre o Império do Brasil e o Reino de Portugal que reconheceu a Independência do Brasil e formalmente pôs fim à Guerra da Independência, o chamado Tratado de Paz, Amizade e Aliança, entendeu-se que:

para conseguir tão importantes fins, promover a prosperidade geral, e segurar a existência política, e os destinos futuros de Portugal, assim como os do Brasil, e querendo de uma vez remover todos os obstáculos, que possam impedir a dita aliança, concórdia e felicidade de um e outro estado [...] (BRASIL, 1825).

Por conseguinte, a felicidade pública utilizada nos debates da filosofia política da Revolução Francesa e da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América já está na origem do constitucionalismo brasileiro.

### **3 A BUSCA DA FELICIDADE: APROXIMAÇÕES CONSTITUCIONAIS ATUAIS**

Nossa atual Constituição não traz o termo felicidade como um direito fundamental expressamente. Apesar disso, verificam-se, na doutrina, posicionamentos no sentido da ausência de necessidade de norma

constitucional expressa sobre felicidade em razão da cláusula de abertura de direitos e garantias fundamentais prevista no § 2º do artigo 5º da Carta de Direitos. Por outro lado, Erick Winer Resende Silva considera:

Embora haja esse dissenso sobre o direito à busca da felicidade estar implicitamente consagrado na Constituição Federal, melhor opção claramente se mostra em admitir que ele não existe implicitamente, pelo menos não de forma significativa a ser considerado como direito subjetivo exigível contra o Estado que baste por si só para garantir a pretensão de alguma pessoa. Deve ser observado que ainda que se admitisse que já é um direito implícito, necessário se faz que ele seja expressamente previsto na carta magna, pois um direito de tamanha importância não deve estar implícito em uma Constituição, mas expresso, pois se sabe que um direito implícito jamais terá a mesma carga de eficácia constitucional que um direito expresso, pois aquele muitas vezes dependerá da prudência do julgador. (SILVA, 2013).

Outros, embora entendam a importância de ser positivado o direito à busca da felicidade na Constituição, reconhecem que a própria Carta Magna possui um sistema estruturado direcionado à felicidade quando analisadas algumas acepções, até mesmo em termos como “bem-estar”, “pluralismo”, “dignidade da pessoa humana”. O artigo 219 da Constituição Federal, por exemplo, faz uma associação entre economia e felicidade, dispondo que “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o **bem-estar** da população [...]”

### 3.1 DIMENSÕES DA FELICIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Saul Tourinho Leal desenvolve, em sua Tese de Doutorado e no livro *Direito à Felicidade*, um raciocínio não mais de uma visão política, mas dogmática, uma interpretação racional e jurídica de que o Direito à

Felicidade na Constituição Federal se apresenta de múltiplas formas como um subsistema constitucional da felicidade formado por elementos centrais que dão estrutura e organicidade de forma metodológica à proteção do bem-estar. Segundo ele, o Direito à felicidade, embora não expresso na Constituição Federal se apresentaria por pelo menos seis vieses dentro de cinco dimensões da felicidade: a) felicidade pública (participação popular); b) direito à busca da felicidade (liberdade); c) direito ao bem-estar objetivo (direitos sociais) e subjetivo (felicidade); d) vedação a prazeres sádicos (dignidade da pessoa humana); e) ampliação da felicidade coletiva como consequência da decisão estatal (método utilitarista).

A primeira dimensão traz o viés da felicidade geral ou pública através da participação popular. O ideal de John Locke, que inspirou a Jefferson e Mason nos EUA segundo dissemos anteriormente, se dirigia para o direito do cidadão ser visto em ação, de poder participar na esfera pública e ter voz nas decisões coletivas. Leal referencia Hannah Arendt, entendendo que ela interpreta essas origens, dizendo que está a se tratar de felicidade pública, de engajamento cívico, de sociedade civil organizada em prol de uma transformação sempre do processo de tomada de decisões e no seu incremento.

A felicidade pública é a satisfação sentida pelo ser humano ao se perceber como parte de uma comunidade política, notadamente, quando ele participa das decisões de impacto coletivo. A partir do momento em que esse senso cívico é desenvolvido, estabelece-se uma forte conexão entre a causa pública e o ser humano. (LEAL, 2015).

A própria Constituição do Império que referenciei acima já falava em felicidade geral. Neste caminho, o artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal informa, como fundamento da República, o pluralismo político; e, no seu parágrafo único, determina que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente [...]” (grifo nosso). Teríamos, ainda, na Constituição, capítulos destinados ao exercício da democracia direta.



Uma análise econométrica de uma função de felicidade, com base em uma pesquisa de 6.000 pessoas na Suíça, indica que: quanto mais o cidadão participa da esfera pública e de tomada de decisão que afeta a comunidade, maior é o ganho da felicidade coletiva; quanto mais desenvolvidas as instituições da democracia direta, mais felizes os indivíduos são. Além disso, a análise sugere que o nível mais alto de felicidade associado a uma democracia mais ampla se deve em parte à utilidade produzida pelo próprio processo político e não apenas aos resultados políticos favoráveis. Os cidadãos valorizam a possibilidade de se envolverem diretamente com questões politicamente relevantes, independentemente do resultado (FREY; STUTZER, 2000).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.650, julgou improcedente a Ação Direta por entender que quando do “desmembramento de um ente-federado, deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do Estado-membro ou do município, e não apenas a população da área a ser desmembrada”, no caminho da ampliação do exercício da liberdade política, que constitui, segundo Leal, *prima facie* do direito à felicidade.

A segunda dimensão seria a do direito à busca da felicidade e sua conexão a uma interpretação liberal; ao direito fundamental do particular a dedicar-se num propósito que não prejudique terceiros e de construir sua própria história. Seja por um viés negativo vertical do Estado não colocar obstáculos, seja num viés horizontal para que terceiros não coloquem embaraços à sua pretensão. Manifestações disso seriam a liberdade trazida no caput do artigo 5º da Constituição Federal e as demais nos seus incisos que tratam da liberdade de expressão, de manifestação de pensamento, de locomoção, liberdade religiosa etc.

Uma das decisões do plenário do Supremo Tribunal Federal que o autor aponta que concretizou essa dimensão do direito à busca da felicidade foi a da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187 de Relatoria

do Ministro Celso de Mello que tratou da chamada "Marcha da Maconha". A decisão foi favorável à marcha com base na liberdade de reunião e de livre expressão do pensamento atendidas algumas condições: de que seja uma reunião pacífica, sem armas, noticiada às autoridades públicas, sem incitação à violência nem consumo ou incentivo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público; e não haja a participação ativa de crianças, adolescentes na sua realização. Para Leal, tal decisão vai na esteira da teoria da felicidade nessa dimensão.

Já a terceira dimensão, a do Direito ao bem-estar, se desdobra em dois vieses: o objetivo e o subjetivo. Com relação ao viés objetivo, estaria ele diretamente ligado aos direitos sociais. Quando o art. 7º, IV da Constituição Federal se refere a salário mínimo capaz de atender a necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene; está dizendo que não há liberdade nem felicidade sem recursos materiais mínimos. Trata-se de um perspectiva tangível e material do bem-estar, de que o Estado deve se empenhar em auxiliar os cidadãos na obtenção do mínimo existencial para que os mais pobres alcancem também a felicidade.<sup>5</sup>

Neste sentido prestacional do Estado, para fruição do direito fundamental à felicidade, a doutrina faz referência ao custeio do tratamento dos soropositivos pela rede pública; bem como ao alerta do Min. Marco Aurélio no Agravo de Instrumento n. 232.469/RS: "É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem."

No tocante ao bem-estar subjetivo, ele estaria ligado ao aspecto emocional do ser humano, imaterial, não tangível. A felicidade no sentido da qualidade de vida. Leal estabelece um raciocínio conectando o bem-estar

<sup>5</sup> Sobre o assunto, dediquei maiores informações sobre o entendimento aristotélico e pesquisas como a do paradoxo de Easterlin em artigos submetidos nas disciplinas de Filosofia da Justiça e de Desenvolvimento Humano e Intercultural.

subjetivo presente no Preâmbulo de nossa Constituição com uma leitura abrangente do artigo 225 que trata do meio ambiente “essencial à sadia qualidade de vida”. Este meio ambiente não seria somente no sentido ecológico, mas também urbano conectado ao bem-estar dos habitantes conforme o art. 182 e ao bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores no art. 186, IV.

O STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF quando permitiu a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos ou células tronco-embrionárias asseverou que vida é batimento cardíaco e impulso cerebral. O raciocínio que ele faz a partir daí é que não basta apenas estar vivo, mas tem que se viver com qualidade para se ter vida e não apenas com recursos materiais ou número de anos de vida.

Deduz-se também que, quando a Constituição fala em uma sociedade justa, ela convoca a uma interpretação para inserir as angústias e emoções do cidadão no bem-estar subjetivo. Um exemplo seria: em vez de haver uma destinação de recursos para comprar medicamentos, também se destine a ambientes de lazer e convivência da população para prevenção de adoecimentos.

A quarta dimensão trazida pelo jurista trata da vedação aos prazeres sádicos. Fazendo referência às origens do totalitarismo, ao nazismo e outros autoritarismos, explica que é necessário estabelecer uma distinção dos prazeres tal qual fizeram Aristóteles e John Stuart Mill. Os raciocínios de Aristóteles expostos no início desse artigo tiveram força para que John Stuart Mill séculos depois qualificasse também a felicidade e defendesse que há prazeres que não podem ser estimulados – como por exemplo a violência doméstica ou assédio moral no trabalho -, pois é preciso um caráter ético da ação. Essa distinção foi trazida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.856/RJ, a qual tratava sobre a briga de galos, em que num trecho da fundamentação menciona que “Uma das concepções sobre a crueldade mostra-a como a insensibilidade que enseja ter indiferença ou até prazer com o sofrimento alheio.”

Existe, portanto, um compromisso com o outro. Felicidade, para os canadenses, está ligada à fraternidade; para os africanos é Ubuntu (alguns significados ou traduções dadas ao termo são Humanidade, "eu sou pelo que somos", "Eu sou alguém por meio dos outros"). Esse valor tipicamente africano está atrelado à dignidade da pessoa humana, base do constitucionalismo contemporâneo.

Ela seria a vedação ao prazer sádico, contribuindo reflexamente, também, para a proteção às minorias. Dentro da lógica prevista no art. 1º, III da Constituição Federal, o ser humano não é um meio, é um fim. Desse modo, deve haver um agente limitador do sadismo, do prazer na dor do outro. Uma manifestação desse pensamento pode ser verificada também no art. 5º da Constituição quando determina que ninguém será submetido a tratamento desumano e degradante. Esse degradante possui, inclusive, uma dimensão imaterial.

A quinta e última dimensão seria dirigida aos poderes, às decisões públicas com viés utilitarista. Com uma finalidade de felicidade coletiva, busca-se enxergar a longo prazo as consequências mais úteis para esse objeto, verificando-se qual das decisões será a mais ética. As próprias argumentações sobre a política de cotas étnicas ocorridas na ADPF 186, independentemente de concordância ou discordância quanto ao tema, foram analisadas sob a perspectiva da utilidade da felicidade coletiva no longo prazo, sobre os impactos na redução do preconceito na sociedade e na redução de desigualdade.

### 3.2 A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Em razão da ausência de referência expressa da felicidade na Constituição Federal, houve debates políticos sobre o tema no Congresso Nacional. Daí surgiram duas Propostas de Emendas à Constituição (PEC), quais sejam as de número 19/2010, de autoria do então Senador Cristovam

Buarque; e 513/2010 proposta pela Deputada, à época, Manuela d'Ávila. A Ementa da PEC 513/2010 menciona que ela "Inclui o direito à busca da felicidade como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e direito inerente a cada indivíduo e à sociedade, mediante a dotação, pelo Estado e pela própria sociedade, das adequadas condições de exercício desse direito." (BRASIL, 2020b).

Com redações semelhantes, embora com justificativas expostas com alguns dados diferentes, ambas tentaram incluir o termo "busca da felicidade" no caput do artigo 6º, indicando a sua essencialidade. O texto da PEC nº 19/2010, a qual obteve maior repercussão, foi o seguinte: "São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, 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." (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Dentre as justificativas do Senador, talvez por estímulo do que ocorreu no Reino do Butão,<sup>6</sup> estava a de que:

não faz sentido medir o desempenho do Brasil com base no aumento do PIB, sem considerar o fato de sermos campeões em homicídios e mortes no trânsito, sem levar em conta o vergonhoso estado de nossa educação, saúde, moradia. Estaremos dando um passo também na direção apontada hoje em dia pelos órgãos da ONU no sentido de estimar o índice de felicidade, o FIB e não apenas o PIB. (BUARQUE, 2012).

As justificativas da PEC 513/2010, além de fazer referência ao ocorrido no Reino do Butão, traçou panoramas históricos, fez alusão a outras nações que trazem a felicidade no texto de suas Constituições e fundamentou com outros conteúdos a fim de demonstrar a essencialidade da Felicidade.

<sup>6</sup> O Reino do Butão não somente incluiu o direito à felicidade em sua Constituição, mas constituiu um indicador em substituição ao Produto Interno Bruto (PIB), qual seja o indicador da Felicidade Nacional Bruta (FIB) ou Índice Nacional da Felicidade (INF). O governo central se organizou visando garantir que todas as políticas públicas fossem pensadas e executadas visando cerca de 73 indicadores que mais contribuem para a meta de atingir o bem-estar e a satisfação com a vida.

Não obstante o apoio de parcela da sociedade, as críticas e argumentos de ausência de utilidade e de relevância prática prevaleceram e ambas as propostas foram arquivadas em 2015.

### 3.3 JULGADOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal fez referência sobre a felicidade e/ou direito à sua busca em decisões tanto em sede de controle difuso quanto concentrado de constitucionalidade. Vale trazer algumas. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF utilizou-se “o postulado constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o princípio da dignidade da pessoa humana” para confirmar a constitucionalidade da Lei nº 12.990, de 06/06/2014 que “reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.”

Em controle difuso, por exemplo, a busca pela felicidade fundamentou, no Recurso Extraordinário (RE) 1.058.333 Paraná, publicado recentemente, em 27/07/2020, o direito de “remarcação do teste de aptidão física para a candidata gestante”. Segundo o relator Ministro Luiz Fux “descortina-se, então, como direito subjetivo que promove a igualdade de gênero, a busca pela felicidade, e, a liberdade reprodutiva e outros valores encartados pelo constituinte como ideário da nação brasileira.” (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Talvez mais destacada, foi a presença no RE 898.060 SC, em caso que envolvia pluriparentalidade com conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Por ocasião do Acórdão, fixou-se a tese de que “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. A decisão, nos termos

do relator Ministro Luiz Fux, salientou o Direito à busca da felicidade como sobreprincípio e/ou princípio implícito:

3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade.

6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26/08/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 14/10/2011

7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei.

13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos. (BRASIL, 2016).

Por outro lado, em outro Acórdão publicado neste ano de 2020, no RE 670.422 RS, relatoria do Min. Dias Tofoli, fundamentou-se com ampla doutrina e jurisprudência, tanto da própria Corte quanto internacionais, o Direito à busca da felicidade para que o Tribunal fixasse a tese de que “O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo”, isto é, sem necessidade de cirurgia, “o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente

pela via administrativa" e de que "essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'." Este debate havia sido aprofundado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275/DF de relatoria do Min. Marco Aurélio em que restou decidido pela inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes para o registro referido.

O caso que não poderia deixar de ser pronunciado, em razão de sua grande repercussão, foi o do RE 477554 AgR MG, envolvendo a União Estável Homoafetiva. No recurso, a agravante alegou que "a tese do direito à felicidade não pode se sobrepor à lei vigente na medida em que cada um tem uma visão do que é esse subjetivo estado de euforia que está na metafísica". Contudo, prevaleceu a relatoria do Ministro Celso de Mello:

União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2011a).

No mesmo ano, o tema também estava sendo debatido, na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ. Em ambas, o Min. Luiz Fux teceu o seguinte comentário:

Mas a Suprema Corte concederá aos homoafetivos mais do que um projeto de vida. Tenho certeza de que, a partir do voto de Vossa Excelência, que acompanharei na sua integralidade, nós daremos a esse segmento de nobres brasileiros mais do que um projeto de vida, um projeto de felicidade. (BRASIL, 2011b, 2011c).



Por outra perspectiva, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291/DF associou-se o Direito à felicidade à “liberdade de orientação sexual para declarar não recepcionadas pela Constituição Federal a expressão ‘pederastia ou outro’, mencionada na rubrica enunciativa referente ao art. 235 do Código Penal Militar, e a expressão ‘homossexual ou não’”, contida no referido dispositivo (BRASIL, 2015).

Anteriormente, na ADI 3510/DF, relatoria Min. Ayres Britto, declarou-se a constitucionalidade da realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, expondo que:

Permitirá a esses milhões de brasileiros, que sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado. (BRASIL, 2008).

Ressalto que o meu objetivo não é, neste momento, analisar a justiça da decisão nem vantagens ou desvantagens da inserção do direito à felicidade, mas chegar a uma observação de que, em ambas espécies de controle de constitucionalidade, houve uma transição de um simples argumento de fortalecimento nas decisões do STF para um fundamento autossuficiente e concluir que isto favorece a concretização do Direito à busca da felicidade como um direito fundamental.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate social sobre bem-estar é intenso desde a antiguidade até chegarmos nas pesquisas científicas envolvendo a psicologia positiva a fim de compreender como podemos obter uma felicidade crônica. O Direito não pode estar distante dos anseios do povo. Ao apresentarmos o Direito à felicidade na perspectiva histórica e na conjuntura contemporânea brasileira, verificamos que não é inédito colocá-la no debate jurídico. Independente

das acepções da felicidade como direito de participar da vida pública, dever do Estado de propiciar os meios, entre outros, faz-se relevante tanto o oferecimento de maior concretude ao conceito quanto a análise da inclusão da felicidade com consequência expansiva dos direitos fundamentais; seja como finalidade legislativa, executiva ou jurisprudencial, algo já realizado na perspectiva internacional.

Foram muitas as personalidades e nações com forte lastro filosófico, jurídico e político se esforçando para a construção de uma principiologia baseada na felicidade de modo que não se pode acreditar que estamos tratando de algo abstrato ou lançado no vazio. Existindo o dever do Estado de propiciar os meios, se este focar em cuidados não só circunstâncias, ambientais, mas com ensino focado em comportamentos e pensamentos que geram felicidade, teremos uma sociedade mais autorresponsável, mais cooperadora e efetivamente atendida pelo Estado.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ARISTÓTELES. **The Politics**. Oxford Press, 1905. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/mc000010.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2020.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret. 2002.

AUTHENTIC HAPPINESS. **About us**. Disponível em: <https://www.authentic-happiness.sas.upenn.edu/zh-hant/content/about-us>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. 2011. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635). Acesso em: 6 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal**. 2008. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723). Acesso em: 6 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 477.554 Minas Gerais**. 2011. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719). Acesso em: 6 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Rio de Janeiro**. 2011. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633). Acesso em: 6 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291 Distrito Federal**. 2015. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627). Acesso em: 6 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 513**, de 2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=484478>. Acesso em: 06 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Império do Brasil**. 1824. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html> Acesso em: 14 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 19**, de 2010. Pec da Felicidade. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em: 14 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898.060/SC**. 2016. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919). Acesso em: 6 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.058.333/PR**. 2018. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753327328](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753327328). Acesso em: 6 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Paz, Amizade e Aliança**. 1825. Disponível em: [https://web.archive.org/web/20170623195152/http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1825/b\\_2/](https://web.archive.org/web/20170623195152/http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1825/b_2/). Acesso em: 7 ago. 2020.

BUARQUE, C. **PEC da Felicidade**. 2012. Disponível em: [www.senado.gov.br/senadores/senador/cristovambuarque/arquivos/PEC%20da%20Felicidade.pdf](http://www.senado.gov.br/senadores/senador/cristovambuarque/arquivos/PEC%20da%20Felicidade.pdf). Acesso: 10 ago. 2020.

CAZELOTO, E. Ubuntu e a felicidade técnica. **Galáxia - Revista do Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Semiótica**, [s. l.], n. 21, jul. 2011. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/galaxia/article/view/6264>. Acesso em: 18 jul. 2020.

FREY, B. S.; STUTZER, A. Happiness Prospers in Democracy. **Journal of Happiness Studies**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 79-102, 2000. Springer Science and Business Media LLC. DOI: <http://dx.doi.org/10.1023/a:1010028211269>.

HERVÁS, G. Psicología positiva: una introducción. **Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado**, Madrid (España), v. 23, n. 3, p. 23-41, 1 jun. 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/274/27419066003.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2020.

LEAL, S. T. **Direito à felicidade: história, teoria, positavação e jurisdição**. 2013. 357 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6202/1/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf>. Acesso em: 14 maio 2020.

LEAL, S. T. O direito à felicidade no Brasil e na África do Sul. **Publicum**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 229-256, jul. 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/download/20025/14567>. Acesso em: 19 jul. 2020.

LEGIFRANCE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 16 jul. 2020.

LIM, J. Pursuit of Happiness Clause in the Korean Constitution. **Journal of Korean Law**, [s. l.], v.1, n. 2, 2001. Disponível em: <http://s-space.snu.ac.kr/bitstream/10371/85041/1/4.%20Pursuit%20of%20Happiness%20Clause%20in%20the%20Korean%20Constitution.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2020.

LYUBOMIRSKY, S.; KING, L.; DIENER, E. The Benefits of Frequent Positive Affect: does happiness lead to success? **Psychological Bulletin**, [s. l.], v. 131, n. 6, p. 803-855, 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1037/0033-2909.131.6.803>. Acesso em: 19 jul. 2020.

SELIGMAN, M. E. P. **Felicidade autêntica**: use a psicologia positiva para alcançar todo seu potencial. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

SELIGMAN, M. E. P. **Florescer**: uma nova compreensão da felicidade e do bem-estar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

SHELDON, K. M.; KING, L. Why positive psychology is necessary. **American Psychologist**, [s. l.], v. 56, n. 3, p. 216-217, 2001. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1037/0003-066x.56.3.216>. Acesso em: 17 jul. 2020.

SILVA, E. W. R. **O direito à busca da felicidade**: contribuição à hermenêutica à luz do pensamento de Aristóteles. Juiz de Fora, 2013. Dissertação (Hermenêutica e Direitos Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, Juiz de Fora, 2013.

VOVELLE, M. **A Revolução Francesa 1789-1799**. Tradução: Mariana Echalar. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2019.

YALE LAW SCHOOL. **Virginia Declaration of Rights**. Lillian Goldman Law Library. Disponível em: [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/virginia.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/virginia.asp). Acesso em: 15 jun. 2020.

## INCIDENT OF COMPETENCE DISPLACEMENT: LINEAMENTS OF A GUARANTEE AGAINST SERIOUS VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS (SHORT NOTES)

Wilson Steinmetz<sup>1</sup>

1. The Constitution of the Federative Republic of Brazil is emphatic in affirming the primacy of human rights. It prescribes the dignity of the human being as the foundation of the Republic and obliges the Republic, in international relations, to be guided by the prevalence of the human rights. In the original text, there is not reference to the concept of serious violation of the human rights. However, the Constitution expressly repudiates racism and terrorism, which are the two forms of serious human rights violations, and authorizes the legislature to qualify for certain heinous crimes.

2. It is with the constitutional amendment 45/2004 which introduces the concept of serious violation of human rights and a new specific instrument for addressing them. The instrument is called the Incident of Competence Displacement (IDC). According to the paragraph 5 in the art. 109, added by the amendment/45, "In cases of serious violation of the human rights, the General-Prosecutor of the Republic, with the purpose of ensuring the compliance of the obligations under international human rights treaties of which Brazil is a member, will be able to raise any Incident of Competence Displacement to the Federal Court, before the Superior Court of Justice, at any stage of the investigation or process."

3. Since then, the Superior Court of Justice (STJ) judged four competence shift incidents raised by the General-Prosecutor of the Republic (IDC No. 1, n. 2, n. 3 and n. 5). In those judgments, the Superior Court defined the most important features of the Incident of Competence Displacement.

4. Under the principle of natural judge and the federative principle, the Incident of Competence Displacement must have exceptional character. The

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela UFPR; Professor do Programa de Pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina e do Programa de Pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade de Caxias do Sul.

massive use of Incident of Competence Displacement would relativize the fundamental guarantee of the natural judge (CF, art. 5, XXXVII) and constitute undue interference of the Union (by Federal Justice) on the autonomy of the states of the Federation, responsible for the common justice. According to the Superior Court of Justice, at this point, we should also note the principles of proportionality and reasonableness. Here, the Superior Court of Justice's argumentation has not been detailed. It is unclear whether the court identifies a collision of principles and proposes a weighting according to the relevant circumstances of the case. Without explaining and justifying, the Superior Court of Justice has only stated that reasonableness and proportionality must be observed. This argument has been repeated in all judgments.

**5.** Incident of Competence Displacement can be raised at any time during the investigation, prosecution and trial. This is a correct interpretation because the inefficiency of state action may occur at any phase of the criminal prosecution of the offenses with serious human rights violations. In other words, failure or inefficiency is not only possible at the stage of police investigations, but also of denunciation by the prosecution and trial by the Judiciary.

**6.** There are three requirements which support the Incident of Competence Displacement: the existence of serious violation of human rights; the risk of international liability arising from non-compliance of legal obligations under international treaties; and the inability of authorities and local authorities to provide effective responses. The first two requirements are expressly provided in the Constitution.

**6.1** Since the judgment of the first Incident of Competence Displacement (n. 1), the Superior Court of Justice adopted the interpretation that "Given the scope and magnitude of the expression 'human rights', it is likely that the derived constituent power has chosen not to define the list of crimes that would go to the Jurisdiction of the Federal Court, without restricting the cases of Incident of Competence Displacement".

Moreover, such definitions are not typical of a constitutional text." Therefore, the Superior Court of Justice gave a broad sense the term "human



rights', understanding that the Incident of Competence Displacement is not limited to serious violations against some human rights (e.g., right to life or right to physical integrity), but it is limited to any human rights for which Brazil has assumed international obligations under treaties.

**6.2** In none of the Incident of Competence Displacement judged, the Superior Court of Justice has produced or adopted a definition of "serious violation". However, there is something in common in all Incident of Competence Displacement: homicide crime. This indicates a trend: the Incident of Competence Displacement will be raised especially in cases of crimes against life (murder) and physical (e.g., torture). For the risk of international liability arising from non-compliance with legal obligations under international treaties, it is certain the American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica) is particularly relevant. This is mentioned in the Supreme Court's judgments.

**6.3** The third and final requirement – which is not expressly provided in the Constitution - is more complex and thus more difficult to check, to analyze and to evaluate in each case submitted to the court. In the Incident of Competence Displacement n. 1, the court refers to the requirement this way: "inertia, neglect, lack of political will or real conditions of the State-Member, by its institutions, to undertake the appropriate criminal prosecution" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2005, p. 2). In the Incident of Competence Displacement n. 2: "[...] **the inability of authorities and local authorities to provide effective responses**, recognize the limitations and precariousness of resources [...]" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, p. 2). We can observe that in both judgments the Superior Court of Justice refers to the subjective aspects (will of the state and local authorities) and to the objective aspects (availability of means) of the ineffectiveness in fighting serious violation.

In Incident of Competence Displacement n. 3, the Superior Court of Justice pronounces more details about this third requirement: "*The incident requires a clear demonstration of the utter inability of the local authorities to provide answers to the serious violation of human rights.*"

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 2). That is, the inability has to be clear and complete. The court also makes a distinction between incapacity or ineffectiveness and inefficiency: "You can not confuse failure or ineffectiveness of the authorities and local authorities with inefficiency. While the inability or ineffectiveness derived from complete ignorance in the exercise of state activities, aimed at the responsibility of the authors of the indicated offenses, inefficiency is the absence of obtaining useful results and capable of generating legal consequences, regardless of the set of measures adopted." (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 2). It is not inefficiency, but the ineffectiveness authorizing the granting of powers of displacement: "[...] is the ineffectiveness of the state, revealed by the total lack of ability to move and thus to fulfill structuring role of their own organizational existence, the triggering factor of federalization." (p. 2).

No doubt, this third requirement is necessary and should be evaluated carefully, otherwise it can run the risk to trivialize the Incident of Competence Displacement and relativize the principle of natural judge and the federative principle. However, it seems to be too strict condition the granting to the total ineffectiveness. Police authorities of the Public Ministry and the Judiciary can always claim that some action has been taken or is being taking.

It is also debatable the Superior Court of Justice's argument that judicial slowness is not a reason to accept the Incident of Competence Displacement (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015, n. 3, p. 3 and 36-37). The inefficiency can not be restricted to the police and public prosecutors. It is clear that one of the causes of the ineffectiveness of fundamental rights in Brazil are the delays, it is the judicial assistance in unreasonable time.

7. As settled by the Superior Court of Justice, these three conditions are cumulative. The absence of one of the requirements is sufficient to justify the rejection of the Incident of Competence Displacement.

8. Based on the four cases judged by the Superior Court of Justice, it can be concluded: (a) it is correct the interpretation of not restricting the concept of "serious violation of human rights" to only a few human rights, because there is a wide range of human rights in relation to which Brazil has assumed international obligations through treaties; (b) despite this, the tendency is that the Incident of Competence Displacement has as object a serious violation of the right to life and physical integrity, because, in these cases, given the failure and inefficiency of state authorities, there is no way to end the serious violation unless through the use of federalization; (c) it is correct the interpretation that the criteria should be cumulative, because the serious violation of human rights by itself is not sufficient for the removal of the principle of natural justice and the federal principle; the demonstration of the ineffectiveness of the state authorities (police, prosecution and judiciary) is required; (d) however, the graduation of inefficiency is still necessary; perhaps it is too much to condition the granting of powers to the total ineffectiveness displacement, because it will always be possible to the authorities of the State-Members to show that something has been or is being done.

## REFERENCES

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 1 PA (2005/0029378-4)**. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 8 de junho de 2005. Brasília, DF, 10 out. 2005. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=556348&num\\_registro=200500293784&data=20051010&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=556348&num_registro=200500293784&data=20051010&formato=PDF). Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 2 - DF (2009/0121262-6)**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 27 de outubro de 2010. Brasília, DF, 22 nov. 2010. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=985923&num\\_registro=200901212626&data=20101122&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=985923&num_registro=200901212626&data=20101122&formato=PDF). Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 3 – GO (2013/0138069-0)**. Relator: Min. Jorge Mussi, 10 de dezembro de 2014. Brasília, DF, 2 fev. 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1374933&num\\_registro=201301380690&data=20150202&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1374933&num_registro=201301380690&data=20150202&formato=PDF). Acesso em: 15 ago. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Deslocamento de Competência n. 5 – PE (2014/0101401-7)**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 13 de agosto de 2014. Brasília, DF, 1 set. 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338428&num\\_registro=201401014017&data=20140901&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338428&num_registro=201401014017&data=20140901&formato=PDF). Acesso em: 15 ago. 2016.