

Organizadores

Janaína Reckziegel

Riva Sobrado de Freitas

Matheus Felipe de Castro

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Direitos Fundamentais Civis e
Ativismo Judicial - Tomo V*



Editora Unoesc



Organizadores

Janaína Reckziegel

Riva Sobrado de Freitas

Matheus Felipe de Castro

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Direitos Fundamentais Civis e
Ativismo Judicial - Tomo V*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

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

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

<p>D598 Direitos fundamentais civis e ativismo judicial: Tomo V / organizadores Janaina Reckziegel, Riva Sobrado de Freitas, Matheus Felipe de Castro. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. - (Série Direitos Fundamentais Civis) 200 p. ; il. ; 30 cm.</p> <p>ISBN: 978-85-8422-039-7</p> <p>1. Direitos fundamentais. 2. Poder judiciário e questões políticas. I. Reckziegel, Janaina. II. Freitas, Riva Sobrado de. III. Castro, Matheus Felipe de. IV. Série</p> <p style="text-align: right;">CDD 340.1</p>
--

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

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

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

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

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

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

Organizadores

Janaina Reckziegel
Riva Sobrado de Freitas
Matheus Felipe de Castro

Comissão Científica

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

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

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

CAPÍTULO I - VIDA E GÊNERO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

OS LIMITES À ESCOLHA DA IDENTIDADE DE GÊNERO NAS CIRURGIAS DE MUDANÇA DE SEXO	9
---	---

Janaína Reckziegel, Thays Fortes Borges

MUDANÇA DE SEXO E A AUTONOMIA DECISÓRIA DO TRANSEXUAL	25
---	----

Riva Sobrado de Freitas, Kelly Cristina Presotto

O DIREITO À VIDA HUMANA: UM OLHAR SOBRE A SUA CONSOLIDAÇÃO HISTÓRICA ...	41
--	----

Beatriz Diana Bauermann Coninck

ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO: AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER VERSUS O DIREITO À VIDA DO NASCITURO SOB A ÉGIDE DA DIGNIDADE HUMANA.....	55
--	----

Elaine Julliane Chielle

A AUTONOMIA DA VONTADE E O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE	65
--	----

Daniela Zilio

PROIBIDA OU PERMITIDA? UM MAPEAMENTO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS SOBRE A MEDICINA ORTOMOLECULAR	79
---	----

Letícia de Campos Velho Martel

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO DIREITO COMPARADO	95
--	----

Marina Mendes

A TUTELA DA UNIÃO HOMOAFETIVA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E O SEU IMPACTO NAS RELAÇÕES PRIVADAS	109
--	-----

Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte

CAPÍTULO II - ATIVISMO JUDICIAL NA PROTEÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO, CONSUMO E DO MEIO AMBIENTE

A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA PELA PRÁTICA DO CRIME DE EXPLORAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO E A SUPREMACIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE SOBRE A PROPRIEDADE	125
--	-----

Marcio Cristiano de Gois, Matheus Felipe de Castro

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO
BRASILEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL 141**
Jean Thiago Vilbert Pereira

**A TENDÊNCIA DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS EM DECORRÊNCIA
DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. UMA SOLUÇÃO
PARA A CRISE DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO? 155**
Jeison Francisco de Medeiros

**AS NANOTECNOLOGIAS: POSSÍVEIS RISCOS DA SUA UTILIZAÇÃO, O DIREITO
(FUNDAMENTAL) DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO E A RELAÇÃO COM OS
TRANSGÊNICOS 171**
Wilson Engelmann, Patricia Martins, Raquel Von Hohendorff

**O DIREITO À ÁGUA E SUA AFIRMAÇÃO JURISPRUDENCIAL PARTINDO DO SENTIDO
DE UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL 185**
Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina, Vinicius Almada Mozetic

APRESENTAÇÃO

Estamos vivenciando uma profunda crise. A crise do Estado liberal surgido com a modernidade. Esse é um fato que não assola somente o Brasil, mas que pode ser observado em muitos países, da Europa à América, da Ásia à África e à Oceania. Por toda a parte, aparecem manifestações de profunda contrariedade para com a política e os políticos, contrariedade essa que tem levado a um afastamento ainda maior do povo real das esferas de decisão sobre as escolhas políticas fundamentais que guiam uma nação.

Essa aversão arrastou consigo as duas esferas de Estado mais “políticas”: o Legislativo e o Executivo. A primeira, concebida por Montesquieu como a esfera preponderante da soberania popular, responsável pela inovação do Ordenamento Jurídico e pela mediação das transformações sociais e o Estado. A segunda, responsável pela gestão dos recursos públicos, pelo manuseio da economia política na difícil tarefa de equilibrar serviços e o aparelho de Estado com o desenvolvimento econômico e social.

Aqui e ali, onde surgiu essa contestação, Legislativo e Executivo perderam credibilidade. O que é uma lástima. Porque não vemos saída para as crises fora da política. E a contestação dessas esferas institucionais revela somente a aparência do problema. Estaríamos realizando, hoje, no século XXI, a programação máxima do liberalismo político Lockeano, que trazia inscrito no DNA do seu pensamento um profundo desprezo e desconfiança pelo Estado e pelas instituições, pela esfera da política e pelos políticos em comparação com as esferas de mercado?

O fato é que os fenômenos políticos, sociais e econômicos quase nunca se guiam pelas nossas vontades. O ideal seria o reestabelecimento do equilíbrio dos poderes da República. Mas o homem e a mulher práticos não se guiam por ideais, mas pelo estado real das coisas. A “coruja de Minerva somente alça voo ao amanhecer”, dizia Hegel, referindo-se à necessidade de olhar para a realidade positivada na vida. E o grande fato de nosso tempo é que diante dessa profunda crise do Estado liberal, o Poder Judiciário vem assumindo cada vez mais tarefas políticas na estrutura social e de Estado e, muitas vezes, substituindo-se às outras esferas.

Não se trata de fazer julgamentos sobre o “bem” ou o “mal” desse fenômeno. O fato é que o Ativismo Judicial e a Judicialização da Política se tornaram fatos que demandam uma atitude reflexiva tanto por parte dos juristas práticos quanto dos pensadores do direito que estão preocupados com o futuro do Ordenamento Jurídico e da democracia. O primeiro, marcado por uma atitude mais proativa por parte do Judiciário (instituição) e dos juízes quanto à interpretação/aplicação de uma Constituição principiológica de texturas abertas, que permite grande flexibilidade, e o segundo, marcado pela sobreposição do Judiciário sobre decisões que na teoria clássica da separação de Poderes seriam próprias às outras esferas de Estado.

Assim, já não se pode fechar os olhos para uma realidade: o Judiciário mudou. E como a história não se repete, a não ser como tragédia ou farsa, dizia velho pensador, nada voltará a ser como antes. De nada adiantaria sonhar com um “retorno às origens” do velho Estado liberal, com seus esquemas rígidos de separação de funções. Olhar para a frente, para o futuro, e compreender

o Judiciário real, como o temos hoje e buscar refletir sobre o Judiciário que poderemos ter no amanhã, parece ser a tarefa mais sensata para os juristas pragmáticos, realistas.

Por isso, é com muito orgulho que apresentamos o presente livro. Composto por um conjunto de artigos de importantes pesquisadores e pesquisadoras brasileiros, analisa aspectos críticos, cruciais do ativismo judicial no Brasil e no Mundo. O primeiro capítulo, intitulado *Vida e Gênero como Direitos Fundamentais*, trabalha questões ligadas intrinsecamente ao que chamamos de Biopolítica, Biopoder e Biodireito. Questão das mais tormentosas hoje para uma sociedade que vem sofrendo profundas transformações em matéria de costumes. O capítulo segundo, intitulado *Ativismo Judicial na Proteção das Relações de Trabalho, Consumo e Meio Ambiente*, reunindo um conjunto de escritos sobre questões sociopolíticas que dizem respeito muito de perto à relação do Estado para com a sociedade e as garantias básicas de direitos fundamentais sociais e difusos.

Esperamos com isso, mais uma vez, dar uma grande contribuição à teoria nacional, estimulando a pesquisa e o aprofundamento do estudo em Direitos Fundamentais, eis que compreendemos essa matéria como uma fronteira do pensamento jurídico, um lócus privilegiado para o descortinar de novos e futuros paradigmas para nossa democracia ainda em construção. Boa leitura.

Matheus Felipe de Castro
Professor Titular de Direitos Fundamentais da Unoesc
- Universidade do Oeste de Santa Catarina

Capítulo I

Vida e gênero como direitos fundamentais

OS LIMITES À ESCOLHA DA IDENTIDADE DE GÊNERO NAS CIRURGIAS DE MUDANÇA DE SEXO

Janaína Reckziegel*
Thays Fortes Borges**

RESUMO

A presente pesquisa tem o objetivo apontar os limites quanto à escolha da identidade de gênero, em relação às intervenções cirúrgicas de mudança de sexo. Para tanto, analisar-se-á inicialmente o conceito da identidade de gênero e da transexualidade, partindo do ponto de vista histórico com a realização do primeiro procedimento até os dias atuais e a modernização dos métodos de intervenção sobre o procedimento cirúrgico de mudança de sexo. Em seguida, será explanado de que forma acontece o procedimento, e qual o amparo fornecido pelo ordenamento jurídico, considerando os limites de disposição ao próprio corpo frente a autonomia para determinação da identidade de gênero. Nesse sentido, serão apontados quais os requisitos necessários para se adequar ou estar apto à realização do referido procedimento através do Sistema Único de saúde (SUS) e de que forma a disponibilidade do próprio corpo pode gerar afronta aos direitos fundamentais, como a integridade física e a dignidade da pessoa humana. Também, nesse sentido, será apresentado qual é o entendimento da jurisprudência atual, no que tange ao direito dos transexuais e as cirurgias de mudança de sexo. A pesquisa foi realizada por meio do método dedutivo de abordagem, com técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Transexualidade. Identidade de Gênero. Cirurgias de mudança de sexo. Bioética. Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de apresentar quais são os limites impostos à disposição do próprio corpo no caso dos indivíduos transexuais e no procedimento de redesignação sexual, popularmente conhecido como cirurgia de mudança de sexo. Para tanto, far-se-á inicialmente a análise do conceito de transexualismo e identidade de gênero, nesse respeito, ver-se-á que a sexualidade em si é tratada, também, do ponto de vista cultural e não somente biológico. Perceber-se-á, então, que a influência da formação histórica do ser humano reflete na escolha da identidade de gênero.

Posteriormente, tratar-se-á o procedimento em si da cirurgia de redesignação sexual, apontando também o aspecto histórico, o surgimento dessa modalidade de intervenção cirúrgica, seus efeitos pós-operatórios e sua evolução ou modernização nos dias atuais. Ainda, abordar-se-á as legislações pertinentes ao caso que fornecem o amparo legal para a realização do procedimento, incluindo as manifestações do Conselho Federal de Medicina, da Constituição Federal, e do

* Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá; Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul; Professora e Pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos - D - de 2801/2802 ao fim, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; janaina.reck@gmail.com

** Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; thaysfortesborges@hotmail.com

Sistema Único de Saúde que realiza o procedimento de forma gratuita levando em conta alguns requisitos que serão expostos na pesquisa.

Também, será apresentado o entendimento jurisprudencial atual acerca das cirurgias de mudança de sexo, no que se refere a aceitar ou rejeitar a livre disponibilidade do próprio corpo pelos transexuais que se sujeitam ao procedimento de mudança de sexo. Por fim, serão apresentados os limites de disposição ao próprio corpo, com base nos direitos fundamentais, na forma positiva fundamentado pela autonomia da vontade, e na forma negativa a violação da dignidade da pessoa humana e integridade física.

Nesse aspecto, será feita uma abordagem da realização do procedimento enquanto elemento necessário para afirmar liberdade sexual do indivíduo, visto que esta integra a condição humana, e, por outro lado, o procedimento enquanto método que lesiona a integridade física do indivíduo. Tais prerrogativas permeiam nos direitos de personalidade, sendo que o confronto se encontra em aceitar ou não o procedimento de mudança de sexo ou de redesignação sexual como algo que afirma a dignidade humana da pessoa, ou, se este é um elemento gerador de violações no que tange a integridade física e a dignidade da pessoa humana.

2 BREVES CONTORNOS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DA TRANSEXUALIDADE E IDENTIDADE DE GÊNERO

A evolução histórica da transexualidade teve início na década de 40, com os primeiros estudos de pacientes transexuais, em relação a como eles se auto descreviam no comportamento, e sem nenhum suporte bibliográfico médico, pelo Dr. Harry Benjamin. A identificação do transexual da época era a similar a dos dias atuais, de modo, que a descrição era feita pelo comportamento do indivíduo, por exemplo, “[...] tentativas de se vestir como o sexo oposto secretamente, a culpa, as tentativas sem sucesso de mudar seus desejos e sentimentos e tentativas de “purificações” episódicas ou contínuas.” (ATHAYDE, 2001).

Conforme observou-se, o precursor no estudo do transexualismo foi o mesmo responsável pela criação do tratado de Padrão de Cuidados da Associação Internacional de Disforia de Gênero, e, ainda da Escala de Orientação Sexual que ilustra seis categorias do transexualismo, contribuindo para um diagnóstico mais preciso (ATHAYDE, 2001).

Nesse sentido, para entender-se o transexualismo que é também chamado de Síndrome de Benjamim ou Síndrome da Disforia de gênero - como transtorno de identidade de gênero, é necessário inicialmente traçar as diferenças entre os conceitos de sexo e de gênero. Não obstante, o sexo designa as características biológicas e anatômicas que diferenciam homem e mulher, enquanto o gênero é entendido como a construção social do “ser masculino e feminino”, levando-se em conta as peculiaridades de comportamento normalmente desempenhadas por homem e mulher (BRAUNER; GRAFF, 2012).

Conforme Silva e Lapa (2002, p. 92), “[...] o gênero é uma categoria analítica. Trata do significado político, econômico, cultural e social da feminilidade e da masculinidade.” Também, os autores apontam que as relações entre os sexos não de terminam pelas diferenças biológicas em si, mas pela construção social de mulher e homem. Desse modo, como identidade de gênero pode ser definido o conjunto de convicções pelas quais se determina socialmente o que é masculino ou feminino (GROSSI, 2015).

Além disso, a identidade de gênero refere-se ao sentimento e à noção individual de pertencer a um dos gêneros, masculino ou feminino. Este núcleo se forma a partir do nascimento, com a rotulação do indivíduo como menino ou menina. Consequentemente, dada essa caracterização é facilmente aceitável que se espere determinados comportamentos da criança condizentes com o seu sexo (BRAUNER; GRAFF, 2012).

A noção da transexualidade parte das várias lendas e mitos a respeito de condições sexuais consideradas incomuns, por exemplo, a androgenia e o hermafroditismo. Com isso, vislumbra-se que a determinação da sexualidade é cultural, pois, é por meio da formação histórica que se compõe o ser humano. Nesse contexto, o ser humano é formado pelo cunho biológico, psíquico e comportamental, que quando atrelados é denominado o “*status sexual*.” Assim, é a partir desse status que surge para o indivíduo o direito de identificação sexual e consequentemente de gênero (CORRÊA; GIACOIA; CONRADO, 2008).

Com isso, há que se admitir que a sociedade estabelece um padrão quanto ao que pode ser considerado “indivíduo normal em relação à sexualidade” (CORRÊA; GIACOIA; CONRADO, 2008, p. 226). Por meio desse protótipo qual a sociedade determina estar dentro da normalidade é que se faz a distinção dos outros tipos sexuais. Portanto, o parâmetro social de normalidade está relacionado com o indivíduo que possui sexo biológico em harmonia com o psíquico.

A expressão transexualidade teve sua primeira utilização em 1910, pelo sexólogo Magnus Hirschfeld, quando este fez uso do termo “transexual psíquico”. Esse termo fazia referências às pessoas que movidas pelo interesse de satisfação sexual, utilizavam a roupagem do sexo oposto (CASTEL, 2001 apud SILVA, 2015). Posteriormente, em 1949, Cauldwell trouxe à tona a palavra transexualidade ao publicar um estudo de caso, apontando como conceito ser “[...] o indivíduo que apresenta desconforto com o seu sexo de origem, objetivando a transformação de seu corpo de acordo com o seu desejo de viver como se pertencesse ao sexo oposto.” (SILVA, 2015).

Ainda, no que tange ao conceito de transexualidade, o homem transexual se sente uma mulher aprisionada em um corpo masculino, e esta se sente atraída por outros homens. Portanto, essa atração sexual pelo sexo masculino faria dele homossexual, se fosse diagnosticado de acordo com seu corpo. No entanto, o diagnóstico é feito pelo sexo psicológico feminino, e essa atração pelo sexo masculino é perfeitamente normal e considerada heterossexual.

Com isso, a transexualidade passou a ser vista como uma enfermidade, os indivíduos eram considerados anormais, tão somente com o auxílio da psicologia e da medicina é que poderiam vir a se tornar quase normais (BENTO, 2006, p. 151 apud SILVA, 2015). Aos olhos da medicina, seria uma condição clínica pela qual um indivíduo biologicamente normal apresenta sexo psicológico incompatível com sua natureza. Portanto, o indivíduo tem de si mesmo uma autoimagem feminina, e quer se afirmar socialmente como pertencente do sexo contrário à sua anatomia.

Conforme demonstrado, o transexual utiliza as roupas femininas porque nelas experimenta sensação de conforto, naturalidade, descontração, tranquilidade e bem-estar. Além disso, adota um nome feminino e se dedica a atividades consideradas femininas e as desempenha com a maior naturalidade (CHAVES, 1994). Com isso, a pessoa vive obstinada pela ideia de se submeter às intervenções cirúrgicas com a finalidade de transformar sua estrutura anatômica sexual, assumindo então características aparentes do sexo oposto na qual se identifica.

A transexualidade pode ainda ser classificada em dois pressupostos: o primeiro se traduz naquele indivíduo que manifesta de forma precoce a vontade de modificar o sexo; o segundo está

voltado para oscilação entre o homossexualismo e o travestismo (CORRÊA; GIACOIA; CONRADO, 2008). Conforme Chaves (1994), o transexual primário é visivelmente feminino, possui determinadas características que o identificam e diferenciam dos homossexuais, e, além disso, apresentam comportamento extravagante e possuem aversão ao seu órgão genital, fazendo o possível para esconder sua real identidade de gênero.

Quanto ao transexual secundário, conforme Pimentel (2008) é aquele que demonstra alternadamente fases de atividade homossexual e travestismo, apresentando impulsos transitórios e ocasionais de transexualidade. No que tange a cirurgia de mudança de sexo, recomenda-se que o procedimento seja realizado apenas para os transexuais classificados como primários, já que o quadro do transexual classificado como secundário pode oscilar, ou seja, é passível de mudanças.

Sendo assim, partindo da questão conceitual, abordar-se-á a seguir como funciona o procedimento da cirurgia de mudança de sexo, quais os requisitos que determinam o diagnóstico e qual o entendimento da sociedade e da medicina sobre o transexualismo.

3 A CIRURGIA DE MUDANÇA DE SEXO E O PROCEDIMENTO DE TRANSGENITALIZAÇÃO

Antes de considerar-se, o procedimento cirúrgico de mudança de sexo, é importante analisar-se a concepção da medicina em relação ao que é saúde. Assim, o modelo racional de medicina de acordo com a modernidade correspondia exclusivamente ao controle da saúde, e nesse aspecto, o médico era inserido como o “único detentor do saber”, logo, o único que teria condições de decidir algo pelo paciente (CORRÊA; GIACOIA; CONRADO, 2008, p. 228). Também, o modelo de medicina apresentado pela modernidade, era positivista, e essa concepção tratava a saúde fora do aspecto psíquico, ou seja, não se levava em conta a opinião do paciente.

Nesse momento, buscava-se apenas resguardar o indivíduo de atos praticados por outrem contra seu próprio corpo, mas não atos que prejudicassem sua integridade psíquica, sua intimidade ou autonomia. No entanto, hoje em dia a concepção de saúde não cabe apenas ao médico, uma vez que a sociedade insere o paciente como um partícipe ativo dos processos de cura. Assim, percebe-se o quão presente está a autonomia da vontade como um parâmetro norteador da relação entre médico e paciente, e a escolha do tratamento fundamentada pela confiança (CORRÊA; GIACOIA; CONRADO, 2008, p. 228-229).

Do ponto de vista histórico, após a Segunda Guerra Mundial, com o estudo sobre os hormônios sexuais e a cirurgia plástica, foi possível encontrar algumas soluções médicas e cirúrgicas referentes ao transexualismo. No período que compreende a década de 50, as mulheres transexuais aproveitaram dos hormônios femininos sexuais para o crescimento dos seios, amolecimento de pele e conseqüentemente a aquisição de um corpo similar ao feminino (CONWAY, 2015).

Também, nessa mesma época alguns cirurgiões executaram alguns procedimentos cirúrgicos experimentais para construir vaginas nas mulheres transexuais, utilizando-se de pele retirada das coxas e das nádegas. No primeiro grupo que fez parte desse procedimento cirúrgico estava o ex-combatente norte-americano George Jorgensen. Em 1952, ele fora operado, em Copenhague, pelo cirurgião plástico Paul Fogh-Andersen, adotando posteriormente o nome de Christine Jorgensen (CARDOSO, 2005b).

O procedimento utilizado em Christine foi inicialmente a remoção dos órgãos masculinos, em etapas de espera de recuperação do paciente e em seguida a retirada de pele das coxas ou das

nádegas para a construção do órgão genital feminino (CONWAY, 2015). Essa técnica foi denominada de “Vaginoplastia”. Após a realização desse procedimento, Christine foi a primeira paciente que teve sua história revelada pela imprensa americana, e por meio disso, muitas mulheres transexuais se informaram da existência de novas possibilidades de tratamento hormonal ou cirúrgico (CONWAY, 2015).

Com isso, por ser um método recente no mercado, esses tratamentos ficaram limitados à uma pequena parte de pacientes na Europa. Nesse sentido, a satisfação dos pacientes que realizaram a cirurgia de início foi positiva, no entanto, as técnicas originais começaram a apresentar graves problemas, porque os enxertos de pele “[...] eram desconfiáveis e às vezes não saravam, em outros casos, deixavam inúmeras cicatrizes que afetaram a sensibilidade dos tecidos genitais, causando a perda das sensações de excitação sexual e da capacidade de orgasmos em muitos pacientes.” (CONWAY, 2015).

No final da década de 1950 o cirurgião plástico Dr. Georges Burou criou técnicas que modernizaram o procedimento de inversão do pênis para a mudança de sexo, e, ainda, recentemente variações dessa técnica são utilizadas. A inovação proposta consistia na utilização da pele dos próprios órgãos masculinos para a criação dos tecidos sensíveis dos novos genitais femininos, inclusive a vagina nova (CONWAY, 2015).

No Brasil, a primeira cirurgia de mudança de sexo aconteceu em 1971, com o transexual Waldir Nogueira e foi realizado pelo cirurgião Roberto Farina. O procedimento foi um sucesso, no entanto, posteriormente foi intentada ação de mudança de nome e gênero sexual no registro civil de nascimento do indivíduo, com isso, o Ministério Público, ao tomar conhecimento denunciou o médico como incurso na prática de crime de lesões corporais de natureza gravíssimas (CARDOSO, 2005b).

Nesse sentido, primeiramente o médico foi condenado há dois anos de reclusão, sendo que em análise de primeira instância, foi absolvido em segundo grau, pelo entendimento de que não houve conduta dolosa, pois o procedimento realizado visava minimizar o sofrimento físico e mental do paciente que se sentia incomodado com sua identidade de gênero (CARDOSO, 2005b).

Sabe-se que atualmente a medicina propôs o método de transgenitalização como uma forma de tratamento para o transtorno da identidade de gênero, fundamentando como um processo necessário a qualidade de vida do transexual. O procedimento de mudança de sexo é conhecido também pelos termos médicos “genitoplastia de feminilização e genitoplastia de masculinização”. “Em síntese, trata-se de um conjunto de estratégias assistenciais para transexuais que pretendem realizar modificações corporais do sexo, em função de um descontentamento com seu sexo biológico e seu gênero.” (PORTAL BRASIL, 2015).

Antes da realização desse procedimento, há que se reconhecer a necessidade de observar alguns requisitos que envolvem o diagnóstico para a permissão da realização do procedimento de mudança de sexo. Primeiramente deve-se proceder uma avaliação médico-psiquiátrica, com cirurgião, psicólogo e assistente social, que farão acompanhamento conjunto pelo período de dois anos, com posterior diagnóstico médico atestando o transexualismo. Além disso, deve-se verificar a persistência do distúrbio por no mínimo dois anos, com a ausência de outros transtornos mentais. (ALMEIDA, 2014).

Nesse sentido, a cirurgia de transgenitalização também é chamada de cirurgia de adequação sexual, de redesignação sexual ou de redistribuição sexual. Para Ramsey (1998), a redesignação

sexual cirúrgica genital se refere a cirurgia dos órgãos genitais e/ou mamas, que tem por finalidade alterar a morfologia de forma a aproximar a aparência física do indivíduo com o sexo oposto. Esse procedimento é realizado em pessoas diagnosticadas como tendo um distúrbio de identidade de gênero.

Para as mulheres transexuais (MTF – Male to Female, de homem para mulher, em inglês), a cirurgia de mudança de sexo envolve essencialmente a reconstrução dos genitais (embora outros procedimentos possam ocorrer; em muitos casos, algumas mulheres transexuais decidem não se submeter à cirurgia de mudança de sexo), enquanto que nos homens transexuais (FTM – Female to Male, de Mulher para Homem, em inglês) ela compreende um conjunto de cirurgias, incluindo remoção dos seios, reconstrução dos genitais e lipoaspiração (PORTAL BRASIL, 2015).

Entre os procedimentos cirúrgicos realizados têm-se a “mastectomia, mamoplastia redutora, mamoplastia de aumento, castração, orquidectomia, penectomia, vaginoplastia, histerectomia, salpingectomia, vaginectomia, uforectomia e faloplastia”, todos classificados como cirurgia de redesignação sexual, tais modalidades serão analisadas a seguir.

A mastectomia, de acordo com Littleton (2012), não seria o procedimento correto para atender os transexuais, uma vez que, esse termo significa a amputação da mama de forma parcial ou total para tratamento de algumas doenças, por exemplo, o próprio câncer de mama. No entanto, a cirurgia plástica reconstrutiva que transforma a mama feminina em masculina, deve ser chamada de mamoplastia, que se traduz pela própria plástica mamária, cujo objetivo é a readequação da quantidade de tecidos que “[...] compõe a mama feminina para ao final serem proporcionais em quantidade e forma aos tecidos que compõe a mama masculina.”

Por outro lado, conforme Lima (2015) discorre, a mamoplastia de aumento é aquela em que se acrescentam próteses mamárias (de silicone ou outros produtos) para projetar esteticamente ou preencher deformidades adquiridas; conferindo ao homem transexual características que tornaram seu corpo mais feminino. Ainda, a mamoplastia redutora “[...] objetiva diminuir o volume e moldar nova forma às mamas”; procedimento que se aplica as mulheres transexuais que desejam tornar seu corpo mais masculino.

Outro procedimento utilizado é a castração, que consiste no procedimento que visivelmente altera o órgão genital masculino para feminino e o feminino para masculino. Como isso acontece? No procedimento masculino para feminino, é feito uma incisão primeiramente para a retirada dos testículos, mantendo a pele que os envolvia. Posteriormente, retira-se a parte interna do pênis, mantendo-se a pele com a glândula e todos os nervos que são responsáveis pela sensibilidade do órgão. Logo após, se constrói a cavidade da vagina utilizando-se da pele do pênis. Com a ponta do glândula é feito o clitóris e a pele que abrigava a parte interna do pênis substitui os grandes lábios, e a pele dos testículos substitui os pequenos lábios (LUCHMALAQ, 2013).

A orquidectomia também pode ser considerada uma forma de castração. Depois do procedimento o corpo da mulher já não sofre os efeitos da testosterona e se notará muito mais o efeito do estrogênio (sobretudo nas garotas mais novas). Já a penectomia consiste na retirada completa e exclusiva do pênis. No procedimento da vaginoplastia o objetivo buscado é a criação de uma vagina através do pênis dado, “[...] não se tratando de uma cirurgia da construção dos órgãos femininos, mas sim a cirurgia que permite transformar um pênis numa vagina.” (PASSOS, 2011).

Outro procedimento que pode ser feito pela mulher na transgenitalização é a histerectomia, que consiste na retirada total ou parcial do útero e anexos. “É dita total quando se retira o corpo e o colo do útero; subtotal, quando só se retira o corpo do útero e radical quando, juntamente com o útero, são retirados os ovários e as trompas de Falópio (que ligam os ovários ao útero).” (ABC.MED.BR, 2013). Esse método contribui para que a mulher não mais ovule ou tenha menstruação, que é uma das características masculinas que diferenciam da feminina.

De outro modo, outro procedimento a que se submetem as mulheres no processo de mudança de sexo é a vaginectomia, que é a retirada total ou parcial da vagina. Por fim, a faloplastia é um método de reconstrução peniana, “[...] onde é necessária a criação de um falo - geralmente em casos de doenças congênitas ou cirurgias de redesignação sexual (mudança de sexo).” Trata-se da reconstrução do pênis com técnicas de transferência de tecidos retirados de outra parte do corpo e inseridos na região genital. Se aplica nas redesignações sexuais por reestabelecer a capacidade funcional ou estética do pênis (CAVALCANTI, 2014).

Finalmente, a retirada dos seios é usualmente o único procedimento a que as mulheres se submetem, além da histerectomia, principalmente porque as técnicas atuais de reconstrução genital para transexuais ainda não criam genitais com uma qualidade estética e funcional satisfatória, por isso, muitos acabam optando por fazer uma faloplastia fora do país. Para os homens transexuais, a cirurgia de feminilização facial e o aumento de seios são os primeiros passos do processo de mudança de sexo (PORTAL BRASIL, 2015).

Com isso, foi feita a análise parcial de alguns procedimentos pelos quais os transexuais podem aderir para assumir características de gênero de acordo com sua própria identificação sexual, isto é, escolha da identidade de gênero. A seguir, analisar-se-á os requisitos para autorização do procedimento e os efeitos jurídicos no cenário Brasileiro.

4 AS CIRURGIAS DE MUDANÇA DE SEXO: REQUISITOS E REFLEXOS JURÍDICOS NO CENÁRIO BRASILEIRO

No Brasil, até o ano de 1997 as cirurgias de mudança de sexo eram proibidas, as pessoas que desejassem realizar esse procedimento eram obrigadas a recorrer a clínicas clandestinas, ou mesmo, à médicos no exterior. Isto porque, o procedimento era considerado mutilador e não corretivo, sendo até mesmo proibido pelo Código Penal e pelo Conselho Federal de Medicina, que emitiu dois pareceres nesse sentido, o de n. 11/1991 e 12/1991, ambos aprovados em 13 de abril de 1991. O primeiro parecer determinava que o médico que realizasse a cirurgia incorreria em ilícito ético e penal, pois estaria desobedecendo o art. 129¹ do Código Penal e art.42² do Código de Ética Médica (ALMEIDA, 2014).

Já no segundo parecer, verificou-se que a cirurgia de conversão sexual para indivíduos com genitálias externas e internas definidas e cromatina sexual compatível foi proibida por se tratar de mutilação grave e ofensa à integridade corporal. No entanto, em 1997 a operação de mudança de sexo passou a ser permitida pelo Conselho Federal de Medicina apenas em hospitais

¹ Lesão corporal. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

² Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País.

públicos ou universitários, para aprimorar a técnica e evitar o ganho comercial pelos hospitais privados (ALMEIDA, 2014).

Assim, a partir da permissão da realização desse procedimento pelo Conselho Federal de Medicina, foi necessário inserir alguns requisitos que devem ser preenchidos para tornar um indivíduo apto a realização da cirurgia de redesignação sexual. Primeiramente, é necessário que haja a caracterização da transexualidade, em acordo com o que dispõe a Resolução n. 1.482, de 10 de setembro de 1997. Em seu item 2:

[...] desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais; perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desse distúrbio na forma contínua e consistente, por no mínimo 2 anos e a ausência de outros transtornos mentais. (ALMEIDA, 2014).

Ainda, conforme a referida resolução, a seleção dos pacientes participantes deve obedecer a avaliação de médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social, onde deverá haver o acompanhamento conjunto de 2 anos, com posterior diagnóstico médico atestando o transexualismo. As cirurgias só poderão ser praticadas em hospitais públicos ou universitários, sendo proibida a realização em menores de 21 anos, uma vez que o indivíduo precisa ter maturidade para tomar tal decisão que repercutirá em inúmeros fatores, além de ser irreversível (ALMEIDA, 2014).

Posteriormente, no ano de 2002, pelos bons resultados apresentados pelas cirurgias de mudança de sexo, o Conselho Federal revogou a Resolução n. 1.482, editando uma nova, a Resolução de n. 1.652, que trouxe alteração em seu art. 4º, inserindo a participação do endocrinologista. Também, no art. 5º³ e 6º⁴ alterou que a cirurgia para adequação do órgão feminino para masculino só poderá ser praticada em hospital universitário ou público, e a cirurgia para adequação do órgão masculino para feminino poderá ser praticado no hospital privado (ALMEIDA, 2014).

Ainda, a Resolução n. 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina, que disciplina atualmente o processo de transgenitalização para os transexuais, revogou a Resolução 1.652/02, e trouxe o entendimento de que a autorização do procedimento deve levar em conta a presença de um desvio psicológico permanente de identidade sexual, onde a pessoa rejeita seu fenótipo e tem tendência à automutilação e até mesmo suicídio. Com isso, a finalidade da realização do procedimento é de adequar a genitália com o sexo psíquico, e, ainda, porque constitui a etapa mais importante no tratamento de pacientes com transexualismo (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

Portanto, essa Resolução observou o posicionamento penal e constitucional do ordenamento jurídico para então autorizar o procedimento, visando principalmente o tratamento desse desvio psicológico de identidade sexual. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, dispõe: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, entende-se, assim, que se assegura ao transexual o direito positivo do Estado de realizar,

³ Art. 5º Que as cirurgias para adequação do fenótipo feminino para masculino só poderão ser praticadas em hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa.

⁴ Art. 6º Que as cirurgias para adequação do fenótipo masculino para feminino poderão ser praticadas em hospitais públicos ou privados, independente da atividade de pesquisa.

gratuitamente, a cirurgia de mudança de sexo (HUMILDES, 2008). Com isso, no ano de 2008 o governo Brasileiro decidiu oficializar as cirurgias de mudança de sexo.

Para tanto, implantou o “Processo Transexualizador” por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). Desde sua implantação pelo Ministério da Saúde com a publicação da Portaria n. 457, de agosto de 2008, até o ano de 2014, realizou cerca de 6.724 (seis mil setecentos e vinte e quatro) procedimentos ambulatoriais e 243 (duzentos e quarenta e três) procedimentos cirúrgicos habilitados por este processo (PORTAL BRASIL, 2015). Ainda, desde o ano de 2008 esse procedimento tem sido realizado de forma gratuita para os transexuais que comprovarem os requisitos necessários para sua realização.

Colhe-se a jurisprudência atual, que o sexo é elemento da identidade, e que é natural que as pessoas queiram uma afirmação perante si mesmas e a sociedade, ainda que apresente disfunção física, isto é, caso em que a pessoa apresenta características dos dois sexos, ou, de ordem psicológica que é o caso do transexualismo. Também, de acordo com Ferraz (1991, p. 64) “[...] é indiscutível, portanto, que a identidade sexual integra o conjunto de princípios constitucionais atinentes aos direitos de personalidade.”

Diante disso, disciplinando essa matéria o Agravo de Instrumento n. 2001.008781-2, do Ministro Relator Desembargador Anselmo Cerello, trouxe à tona uma decisão de reconhecimento e afirmação aos direitos dos transexuais. Ocorre que, o objeto pleiteado pelo agravado era a mudança de seu prenome e também alteração de sua identidade sexual no registro civil. O posicionamento favorável da decisão se baseou no reconhecimento de que o sexo da pessoa é elemento de sua identificação, e, ainda, que a mudança de sexo está relacionada necessariamente ao estado da pessoa (BRASIL, 2001).

Nesse aspecto, salientou-se que a identidade sexual arremete em consequências no plano jurídico, sendo que, por analogia a própria Constituição Federal se encarrega em fazer distinções entre homens e mulheres, no que se refere ao serviço militar e aposentadoria, apesar da afirmação do princípio da igualdade entre os gêneros. Portanto, com base nesses argumentos o entendimento foi de que assiste razão ao agravante, porque “[...] a identidade sexual é parte integrante do estado de pessoa natural.” (BRASIL, 2001).

5 O DIREITO AO PRÓPRIO CORPO E OS LIMITES DE ESCOLHA NAS CIRURGIAS DE MUDANÇA DE SEXO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu um Estado Democrático de Direito que visa assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, como a liberdade e a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Também, em seu art. 1º a Constituição prevê a dignidade da pessoa humana com um fundamento supremo do ordenamento jurídico (PEREIRA, 2010).

Inicialmente, salienta-se que a dignidade humana e a orientação sexual têm uma relação direta, isso acontece, porque a opção sexual representa o livre desenvolvimento da personalidade. Desta forma, qualquer discriminação baseada na orientação sexual configura um desrespeito à dignidade humana. Para Kant (2003), a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e inerente ao ser humano que o impede de ser tratado como mero objeto, ou seja, o ser humano

deve ser considerado como um fim em si mesmo e nunca como um meio para os outros. Isso acontece, porque o ser humano é dotado da capacidade de se autogovernar por meio da razão.

Ainda, essa qualidade é reconhecida igualmente para todos os indivíduos porque todos possuem o direito de um tratamento digno por sua existência, mesmo para crianças e pessoas com doenças mentais, que não possuem condição de tomar decisões por si próprias (DWORKIN, 2003). De acordo com Barreto e Reckziegel (2013, p. 209) “[...] a dignidade humana representa uma qualidade própria do indivíduo que vai demandar o respeito por sua vida, liberdade, integridade física e moral, pois são direitos elementares que impedem a coisificação do ser humano.”

Desse modo, um indivíduo privado de sua dignidade, ou, a vida sem dignidade é como perder aos poucos o valor da vida. Com isso, a dignidade humana deve assumir a característica de pressuposto irrenunciável e inalienável, enquanto fundamento que qualifica o ser humano. Partindo desse contexto, têm-se o respaldo necessário para iniciar a discussão sobre o livre exercício da sexualidade, em específico a transexualidade para a escolha da identidade de gênero, além dos pareceres médicos de disfunção ou distúrbio (PEREIRA, 2010).

É fato que a sexualidade é necessária para a realização pessoal do ser humano, “integra a própria condição humana”, é um elemento da natureza do ser humano, sem o qual este não consegue alcançar a felicidade (PEREIRA, 2010, p. 851). Portanto, sob a ótica do direito fundamental à liberdade sexual, as cirurgias de mudança de sexo não deveriam ser vistas como correção de uma patologia, mas sim, como o próprio exercício da sua autonomia da vontade fundado no direito de escolha sobre sua identidade de gênero.

Por outro lado, a problemática da realização das cirurgias de mudança de sexo é a disposição do próprio corpo, que se encontra pautada pelos direitos da personalidade que apresenta relação direta e indissociável com a autonomia jurídica individual. O primeiro aspecto a ser analisado, nesse respeito, é o caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, principalmente no que se refere a palavra “segurança”. Isto porque, essa expressão abarca não só o cunho patrimonial, mas também, o pessoal de cada indivíduo, ao passo que relaciona a segurança com a preservação do direito à vida, liberdade, igualdade e propriedade (PEREIRA, 2010).

Sem dúvida, o direito à vida para ser exercido engloba a própria integridade física que deve ser tutelada em primeiro lugar, e acima de qualquer outro direito (PEREIRA, 2010). Sendo assim, o direito ao próprio corpo consiste no direito que os indivíduos têm de não sofrerem violações e ofensas ao seu corpo. No que tange a indisponibilidade do próprio corpo, o código Civil prevê, em seu art. 11 que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

No entanto, de acordo com o enunciado nº 4, aprovado na Jornada de Direito Civil,⁵ promovida pelo Conselho da Justiça Federal, essa limitação seria permitida desde que o ato não seja permanente e nem geral, o que presume uma disponibilidade relativa do próprio corpo (MILANEZ; RICHETTI, 2015). Para ilustrar, visualiza-se essa permissão relativa através da doação de órgãos para fins terapêuticos e de transplante que não venham a lesionar fisicamente o doador. Outra situação, que adentra nessa perspectiva é a autorização para transfusão de sangue, um procedimento que é subordinado às condições do doador e de seu estado de saúde.

⁵ Enunciado 4º da Jornada de Direito Civil: 4 - Art. 11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.

No que tange aos limites de disponibilidade do próprio corpo nas cirurgias de mudança sexual, conforme o que dispõe o art. 13 caput do Código Civil: “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Assim, em princípio são proibidas “por causarem mutilação, esterilidade, perda de função sexual orgânica.” Todavia, as intervenções cirúrgicas utilizadas para corrigir anomalias nas genitálias de intersexuais, assim como a retirada de órgãos e amputação de membros para salvar a vida do próprio paciente são consideradas lícitas (MILANEZ; RICHETTI, 2015).

Partindo-se dessa prerrogativa, o grande problema desse aspecto é que para a obtenção de um resultado fruto da liberdade e vontade do indivíduo transexual, de certa forma têm-se a violação de direitos até então indisponíveis como a integridade física e a própria personalidade. Conforme Humildes (2008) não se pode “[...] interpretar a cirurgia de mudança de sexo como uma transgressão do direito à integridade física, sem antes conceber a violação iminente do direito à integridade psíquica que tal interpretação acarreta.”

Percebe-se, assim, que ao analisar-se a cirurgia de mudança de sexo como uma lesão à integridade física do transexual, ademais a sua privação acarreta na violação da integridade psíquica do indivíduo, uma vez que o transexual sofre de um distúrbio que o impossibilita de aceitar a sua real condição sexual, que pode ser denominada de neurodiscordância de gênero, e que reflete em prejuízos a sua vida em sociedade (HUMILDES, 2008).

Nesse contexto, é fundamental que os três elementos (mente, corpo e espírito) estejam em plenitude, para que se alcance a eficácia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Partindo dessa análise, percebe-se que ao se diagnosticar a neurodiscordância de gênero, têm-se como única forma de tratamento dessa disfunção a cirurgia de mudança de sexo. Conseqüentemente, essa alteração possibilita ao transexual sua inserção no contexto social e sua própria aceitação com o próprio corpo (HUMILDES, 2008).

Ainda, apesar dessa proibição grande parte dos tribunais, passaram a aceitar com maior frequência o procedimento de transgenitalização a partir da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina. Conforme já analisado, essa resolução autoriza o procedimento desde que este sirva “como tratamento dos casos de transexualismo”, exigindo-se o “diagnóstico de disforia de gênero”, caracterizado pelo “desconforto com o sexo anatômico natural” e pelo “[...] desejo de mudar de sexo capaz de levar à automutilação ou auto-extermínio.” (MILANEZ; RICHETTI, 2015).

Assim, a questão envolvendo o transexual permeia nos direitos da personalidade, “uma vez que se situa na esfera do direito à vida, notadamente no que tange à felicidade pessoal - fim; o direito à identidade de gênero; à intimidade; livre expressão sexual” etc.; abarca todos os demais direitos que visam possibilitar a plena inserção do indivíduo na sociedade (MILANEZ; RICHETTI, 2015). Conforme observado, a dignidade humana é composta por elementos como a liberdade, integridade física e moral, sendo que o respeito à liberdade e orientação sexual abrange o conceito do tratamento digno ao indivíduo transexual.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa buscou apresentar primeiramente o conceito de identidade de gênero e transexualidade. Com isso, percebeu-se que a identidade gênero é o que identifica um indivíduo como pertencente ao sexo masculino ou feminino, e que, hoje em dia exerce plena influência do aspecto

cultural e da modernização da sociedade. Seguindo esse conceito, notou-se que a transexualidade é vista como um distúrbio pela medicina, onde a pessoa não se aceita como pertencente ao sexo de seu nascimento, e para se sentir feliz, ou, satisfeita consigo mesma precisa assumir sua nova identidade de gênero.

Também, foi feita análise das implicações jurídicas no que consiste a autorização da realização desse procedimento. Salientando-se, que no Brasil a partir do ano de 1997 as cirurgias de mudança de sexo passaram a ser permitidas no país, por meio do Conselho Federal de Medicina, onde esta técnica deveria ser realizada em hospitais públicos e universitários para aprimorá-la e evitar a exploração comercial dos hospitais privados. No entanto, ainda no que tange a autorização, percebeu-se a necessidade do atendimento à alguns requisitos, como a constatação do distúrbio, acompanhamento por assistente social entre outros.

Eis que há um grande confronto: limitar ou permitir a realização destes procedimentos? Quais direitos relacionados com essa questão tem mais relevância diante do outro? Conforme observado, as decisões atuais dos tribunais tem sido favoráveis a realização com base no princípio da dignidade humana, uma vez que a sexualidade integra a condição do ser humano e é um elemento necessário para que ele alcance sua própria felicidade. Sendo assim, limitar o exercício da liberdade sexual de certa forma impede que o indivíduo possa buscar sua própria aceitação, para então se sentir feliz e alcançar sua dignidade.

Por fim, dado o sucesso do procedimento o Sistema Único de Saúde (SUS) implantou o “Processo Transexualizador” que concedeu aos indivíduos que atendessem aos requisitos a gratuidade na realização do procedimento, realizado pelo próprio SUS. Por um lado, como forma de limites de disponibilidade do próprio corpo, apresentou-se a lesão da integridade física, porém, por outro lado, a imposição dos limites implicaria na lesão do exercício da liberdade sexual, e, conseqüentemente à autonomia da vontade e própria dignidade humana.

Conforme observado, o direito de se autogovernar, conhecido como autonomia da vontade reflete o exercício da própria dignidade humana, que, por sua vez, é uma qualidade do ser humano que o impossibilita de ser tratado como mero objeto. Assim, por ser o ser humano dotado de razão e dignidade, a escolha de sua identidade de gênero e da realização da cirurgia de mudança de sexo afirma sua realização pessoal e felicidade enquanto ser humano, de modo, que se estivesse obrigado a permanecer com uma identidade na qual não se identifica estaria sujeito à insatisfação pessoal e a violação de sua dignidade, e respeito à liberdade e orientação sexual.

A realização desse procedimento não pode ser encarada como uma violação à integridade física da pessoa, pois esta não poderá alcançar sua autosatisfação com a imposição de conviver com uma identidade de gênero na qual não se reconhece. Logo, essa imposição retrata uma ofensa ao livre exercício da sua autonomia da vontade, em ser aceito.

THE LIMITS TO GENDER IDENTITY OF CHOICE IN SURGERY OF SEX CHANGE

ABSTRACT

This research aims to point out the limits on the choice of gender identity in relation to surgery sex change. To do so, it will be initially analyze the concept of gender identity and transsexuality, starting from the historical point of view with the completion of the first procedure to the present day and the modernization of methods of intervention on the surgical procedure of sex change. Next, it will be explained so that the procedure takes place, and what protection provided by law, considering the limits of the available self on the autonomy to determine gender identity. In this sense, what the requirements to fit in or be able

to achieve that procedure by Health Single System will be appointed (SUS) and how the availability of the body itself can generate affront to fundamental rights, such as physical and the dignity of the human person. Also in that sense, it will be presented which is the understanding of the current case law, with respect to the rights of transgender and gender reassignment surgery. The survey was conducted by the deductive method approach, with technical literature.

Keywords: Transsexuality. Gender identity. Surgery to change sex. Bioethics. Human Rights.

REFERÊNCIAS

ABC.MED.BR, *Histerectomia ou retirada do útero: o que é? Quem deve fazer? Quais são os riscos? Como evolui?* 13 maio 2013. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/353074/histerectomia-ou-retirada-do-utero-o-que-e-quem-deve-fazer-quais-sao-os-riscos-como-evolui.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

ALMEIDA, Milena Piovezan de. Transexualismo: possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <<http://milenapiovezan.jusbrasil.com.br/artigos/113501120/transexualismo-possibilidades-e-limites-juridicos-de-uma-nova-identidade-sexual>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

ATHAYDE, Amanda V. Luna de. Transexualismo masculino. *Arq Bras Endocrinol Metab.*, São Paulo, v. 45, n. 4, ago. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-27302001000400014>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BARRETO, Vicente de Paulo; RECKZIEGEL, Janaína. Dignidade Humana, Experiências Científicas e Direitos Humanos. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

BRASIL. *Agravo de Instrumento n. 2001.008781-2*. Relator: Anselmo Cerello. Florianópolis, 22 out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/600.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2015.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; GRAFF, Laíse. Aspectos bioéticos da cirurgia de redesignação sexual sob a ótica da realização do direito fundamental à saúde. *Direitos fundamentais & justiça*, ano 6, n. 18, p. 149-168, jan./mar. 2012.

CARDOSO, Patricia Pires. O transexual e as repercussões jurídicas da mudança de sexo. *Âmbito Jurídico*, 2005. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2623>. Acesso em: 12 mar. 2015.

CARDOSO, Renata Pinto. Transexualismo e o direito à redesignação do estado sexual. *DireitoNet*, 07 jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2164/Transexualismo-e-o-direito-a-redesignacao-do-estado-sexual>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

CAVALCANTI, André da Costa. Faloplastia: procedimento não deve ser feito apenas para aumento peniano. *Minha vida*, 27 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/bem-estar/materias/17856-faloplastia-procedimento-nao-deve-ser-feito-apenas-para-aumento-peniano>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.955*, de 03 de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM n. 1.652/02. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 13 maio 2015.

CONWAY, Lynn. O Desenvolvimento da Cirurgia Moderna de Redesignação Sexual (SRS). Tradução Sonia John. *BrasilMedicina.com*. Disponível em: <http://www.brasilmedicina.com.br/noticias/pgnoticias_det.asp?Codigo=1451&AreaSelect=4>. Acesso em: 14 mar. 2015.

CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. *Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana: diálogo entre a ciência e o direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ, Sérgio. *Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Editor Sérgio Fabris, 1991.

GROSSI, Miriam Pillar. *Identidade de gênero e sexualidade*. Disponível em: <http://joomla.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/sec_mulher/capacitacao_rede%20/modulo_2/grossi_miriam_identidade_de_genero_e_sexualidade.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2015.

HUMILDES, Joildo Souza dos. Transexualismo e direito: possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual. *Boletim Jurídico*, 20 maio 2008. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1946>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

LIMA, Ricardo Souza. *Mamoplastia de aumento*. Disponível em: <<http://www.ricardoplastica.com/?s=mamoplastia+de+aumento>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

LITTLETON, Marcio. Modo Correto de Compressão Mamária em FTMs. *Medicina Transexual*, 16 nov. 2012. Disponível em: <<http://medicinatransexual.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

LUCHMALAQ. Cirurgia para mudança de sexo - Solução ou Castração? *Anti Nova Ordem Mundial*, 17 mar. 2013. Disponível em: <<http://forum.antinovaordemmundial.com/Topico-cirurgia-para-mudan%C3%A7a-de-sexo-solu%C3%A7%C3%A3o-ou-castra%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

MILANEZ, Carlos José Cogo; RICHETTI, Tatiana. *Do direito ao próprio corpo*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7e1d842d0f7ee600>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

PASSOS, Lucas. *Arquivo da tag: vaginoplastia*. 2011. Disponível em: <<https://ensaiosdegenero.wordpress.com/tag/vaginoplastia/>>. Acesso em: 24 abr. 2015.

PEREIRA, Carolina Grant. Bioética e Transexualidade: Para além da patologização, uma questão de identidade de gênero. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4144.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

PIMENTEL, Danilo. Falando sobre transexualismo. *Pensamentos e reflexões jurídicas*, 21 out. 2008. Disponível em: <<http://danilopimentel.wordpress.com/2008/10/21/falando-sobre-transexualismo/>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

PORTAL BRASIL. *Cirurgias de Mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008*. 06 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

RAMSEY, Gerald. *Transexuais: perguntas e respostas*. Tradução Rafael Azize. São Paulo: Summus, 1998.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Da autonomia na determinação do estado sexual. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. *Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, Ianna Cavalcante da. *Quando o sexo não é compatível com o gênero: a trajetória da cirurgia de transgenitalização em Belém*. Disponível em: <http://www.fabsoft.cesupa.br/saber/artigos/edicao6/3_IANNA_Cavalcante_NORMALIZADO.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2015.

SILVA, Reinaldo Ferreira e; LAPA, Fernanda Brandão. *Bioética e Direitos Humanos*. Florianópolis: Ed. OAB, 2002.

MUDANÇA DE SEXO E A AUTONOMIA DECISÓRIA DO TRANSEXUAL

Riva Sobrado de Freitas^{*}
Kelly Cristina Presotto^{**}

RESUMO

O controverso tema da mudança de gênero e de sexo no registro civil abrange dignidade, conceito de saúde, vida, disposição do próprio corpo, questionamentos jurídico-constitucionais e interesse de terceiros. A transexualidade confronta tabus, preconceitos, exclusão social, direito à vida e a uma vida digna. Apesar de não mais ser tratada como doença no DSM-5, mas como disforia de gênero, a transexualidade continua sendo vista como uma doença contagiosa e sem cura: um câncer para a sociedade. Assim, as pessoas transexuais continuam sendo vítimas das mais diversas formas de violência. Ao assumir a realidade fática de sua vida, o transexual deve ter muita coragem para enfrentar toda uma gama de preconceitos. O transexual é o indivíduo que tem o sexo biológico diferente do sexo psíquico, sente-se como se fosse pessoa do sexo oposto. O conceito de saúde abrange o bem-estar geral, inclusive moral e social. A saúde do transexual depende de indicação precisa da cirurgia de transgenitalização e a adequação do seu registro civil. Dessa forma, o transexual se sentirá acolhido e pertencente ao grupo social. A metodologia utilizada é a análise de doutrina, jurisprudência e legislação acerca dos direitos dos transexuais, especialmente os relativos à personalidade. O presente artigo versa sobre os direitos da personalidade, sua (in)disponibilidade e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. Os direitos de personalidade são baseados na autonomia decisória, tão importante para o *empoderamento* e o pertencimento, diretamente relacionados com a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Transexualidade. Autonomia Decisória. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

1 INTRODUÇÃO

A identificação do indivíduo se faz corriqueiramente através do nome e o sexo. O nome civil da pessoa deve estar em conformidade com o seu sexo, de forma que não lhe advenha uma situação vexatória. Ocorre que o sexo ainda é determinado por meio da visualização dos órgãos genitais do bebê, não se observando, assim, que o sexo do indivíduo é multifatorial. Sob este prisma, pode haver dicotomia entre o sexo biológico e o sexo psíquico, como ocorre com as pessoas transexuais.

* Pós-doutora pela Universidade de Coimbra, Portugal; Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professora e Pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Rua Nereu Ramos, 3777-D, Seminário, 89813-000, Chapeco, Santa Catarina, Brasil; rivafreit@ig.com.br

** Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Sul-americano De Ensino Superior; Mestranda em Direitos Humanos e Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; kellycrisp@hotmai.com

A evolução da medicina tornou possível a realização da cirurgia de transgenitalização ou de adequação do sexo. Porém, de nada adianta corrigir o aspecto físico do indivíduo se o nome e o gênero permanecerem inalterados no registro civil. Como consequência dessa inalteração, muitas são as situações vexatórias pelas quais passam as pessoas transexuais, principalmente no momento de aferição dos documentos pessoais, gerando inúmeras confusões pelo fato de o documento não estar de acordo com a realidade presenciada pelo responsável pela aferição. O constrangimento gerado leva muitas pessoas trans à marginalização e gera insegurança jurídica.

Logo, o modo como a pessoa se representa e é identificada no meio em que vive corresponde à realidade: relaciona-se com o seu reconhecimento pela sociedade, com a autonomia decisória e com os direitos de personalidade. Por sua vez, os direitos de personalidade têm base na autonomia da vontade, que está diretamente relacionada com a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

2 TRANSEXUALIDADE E MUDANÇA DE SEXO

2.1 TRANSEXUALISMO E TRANSEXUALIDADE

No ano de 1985, o conceito de *transexualismo* mudou no campo científico quando deixou de constar no art. 302 do Código Internacional das Doenças - CID - como uma doença mental, passando ao capítulo Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais. Na revisão de 1995, o sufixo “ismo”, que significa doença, foi substituído pelo sufixo “dade”, que significa “modo de ser”, passando a ser chamado mais adequadamente de transexualidade.

Arán e Murta (2009) ressaltam que, em 1980, a condição transexual foi agregada ao manual diagnóstico psiquiátrico DSM III (*Manual Diagnóstico e Estatístico das Desordens Mentais*) e em 1994, com a publicação do DSM IV, o termo *transexualismo* foi substituído por “Transtorno de Identidade de Gênero” (TIG).

Na sequência, o DSM-5 lançado em maio de 2013 dividiu o antigo capítulo *Transtornos Sexuais e de Identidade de Gênero* da quarta edição originando três novos capítulos: *Disfunções Sexuais*, *Disforia de Gênero* e *Transtornos Parafílicos*, retirando o termo “transtorno” anteriormente utilizado no DSM-IV para a transexualidade (ARAÚJO; LOTUFO NETO, 2014, p. 79). Assim encontra-se definido no DSM-5:

A Disforia de Gênero é um diagnóstico que descreve os indivíduos que apresentam uma diferença marcante entre o gênero experimentado/expresso e o gênero atribuído [...] O DSM-5 trouxe maior detalhamento aos critérios diagnósticos, além de utilizar critérios específicos para identificar a Disforia de Gênero na Infância. (ARAÚJO; LOTUFO NETO, 2014, p. 79).

Cumprе ressaltar que até então não haviam critérios para diagnóstico de disforia de gênero na infância, fato que agravava ainda mais a condição da criança transexual, sentindo-se diferente dos demais e não havendo um diagnóstico preciso para seu caso. Na puberdade, com o desenvolvimento dos caracteres sexuais secundários, a negação ao próprio corpo é ainda maior, bem como o número de automutilações e suicídios. Ainda em relação à definição de transexualidade, a partir da Resolução n. 1482/97 do CFM (D.O.U., 19 set. 1997) obedece, no mínimo, aos

seguintes critérios, os quais persistem na Resolução n. 1955/2010 do CFM (D.O.U., 03 set. 2010) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010):

- desconforto com o sexo anatômico natural;
- desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
- permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
- ausência de outros transtornos mentais.

O psiquiatra Alexandre Saadeh do Hospital das Clínicas de São Paulo, afirma que é necessária uma avaliação cuidadosa, a fim de minimizar o risco de erro ou de má indicação cirúrgica. E continua afirmando que tais avaliações criteriosas ajudam a excluir patologias como esquizofrenia, oligofrenia, transtorno dismórfico corporal, além de impedir lesão física em indivíduos homossexuais ou transformistas (SAADEH, 2009, p. 106).

Destarte, observa-se como deve ser minuciosa a indicação da cirurgia de transgenitalização, o que se mostra claramente especificado na Resolução n. 1955/2010 do CFM, que determina dois anos de acompanhamento psicológico antes do procedimento cirúrgico (D.O.U., 03 set 2010) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010).

2.2 DEFINIÇÕES E DISTINÇÕES

O transexual apresenta a firme convicção de que a natureza cometeu um erro com ele (MORICI, 1998, p. 169). Não aceita seu sexo biológico. Esse sentimento de inadequação induz muitos transexuais a cometer desde mutilações até o suicídio, pelo inconformismo e pela inadequação da situação em que se encontram, de não se adaptar aos padrões “normais” da sociedade, pagando um alto preço por serem diferentes. O preconceito e as situações vexatórias agravam ainda mais esse quadro.

Não obstante, Dias (2010, p. 142) define transexualidade como a “[...] falta de coincidência entre o sexo anatômico e o psicológico.” Vieira (2000, p. 64) pondera:

Transexual, é o indivíduo que possui a convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu Registro de Nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos, dos quais deseja se livrar por meio de cirurgia. Segundo uma concepção moderna, o transexual masculino é uma mulher com corpo de homem. Um transexual feminino é, evidentemente, o contrário. São, portanto, portadores de neurodiscordância de gênero. Suas reações são, em geral, aquelas próprias do sexo com o qual se identifica psíquica e socialmente. Culpar este indivíduo é o mesmo que culpar a bússola por apontar para o norte.

Dessa forma, há uma falta de correspondência entre sua condição sexual anatômica e seus traços psicológicos, apesar de não sofrer nenhuma anomalia genital. Essa falta de correspondência acaba por desembocar em certa obsessão pela realização de cirurgia para mudança de sexo.

Pinto e Bruns (2009, p. 73) esclarecem que o transexual não é necessariamente heterossexual. Da mesma forma que qualquer outra pessoa, o transexual pode ter opção heterossexual, homossexual ou bissexual, fato que não altera o sentimento de não pertencimento ao gênero que seu sexo o posiciona.

Segundo Lopes (2009, p. 18), é interessante distinguir o transexual primário do secundário. O primário compreende aquelas pessoas cujo desejo de transformação do sexo é precoce, impulsivo, insistente e imperativo, sem ter desvio significativo, tanto para o travestismo quanto para o homossexualismo. É chamado, também de esquizossexualismo ou metamorfose sexual paranóica. O transexual secundário compreende aqueles que gravitam pelo *transexualismo* somente para manter períodos de atividades homossexuais ou de travestismo. O impulso sexual é temporário, passando o *transexualismo* a ser um meio para a atividade homossexual ou de travestismo, ao passo que no transexual primário, o *transexualismo* é o próprio fim.

2.3 SEXO E SEXUALIDADE

Mister fazer uma explanação sobre os termos sexo e sexualidade. Sexo pode se referir ao “conjunto de pessoas que têm a mesma organização anátomo-fisiológica no que se refere à geração: *sexo masculino, sexo feminino*”, segundo Lopes (2009, p. 14), para quem a determinação de sexo na pessoa humana baseada apenas na genitália, apesar de ser o método mais prático, não pode ser aceita sem reservas: equivale a uma conjugação de fatores biológicos, psicológicos e sociais. Ser homem ou ser mulher para psicanálise é determinação psíquica de cada um.

Szaniawski (1998, p. 33) destaca que a sexualidade humana ultrapassa os limites do círculo biológico, sendo resultado da integração de aspectos biológicos, psíquicos e comportamentais, vulgarmente chamado de *status sexual* ou sexo.

Hodiernamente, há uma definição pluridimensional, pela qual sexo não se refere somente ao aparelho genital, abrangendo uma classificação de sexo genético, gonádico, somático, legal ou civil, de criação e psicossocial (NAHOUM, 1997, p. 1087).

A medicina e a psicologia admitem que o sexo seja uma conjugação de fatores: biológico, psicológico e comportamental que devem conservar harmonia entre si para manter um ser saudável. Dessa forma, para o diagnóstico completo e exato da sexualidade, é necessário atentar para seu aspecto plurivetorial: o sexo biológico, sexo genético e sexo endócrino, sexo psíquico e o sexo civil (MENIN, 2005, p. 17).

Destarte, com a evolução da ciência e da tecnologia, o sexo anatômico pode ser mutável, assim como o comportamento feminino ou o comportamento masculino, sobressaindo-se o desejo sexual da pessoa e o seu direito à felicidade.

2.4 A IDENTIDADE PESSOAL

A identidade sexual do indivíduo é determinada após a verificação e determinação do sexo, habitualmente realizada visualmente pela observação da genitália externa no momento do nascimento e, com base nessa designação, é realizado o registro no ofício competente.

Com propriedade, Szaniawski (1998, p. 34, grifo nosso) assim comenta tal determinação:

O sexo constitui um dos caracteres primários da identificação da pessoa e pode ser definido como o conjunto de características que distinguem o macho da fêmea, ou o conjunto de indivíduos que têm a mesma conformação física, considerada sob o aspecto da geração. Decorre desta distinção a necessidade que toda pessoa tem de ser identificada como sujeito pertencente a um dos dois sexos, surgindo, para cada indivíduo, o *direito à identificação sexual*. A *identidade sexual* é considerada como

um dos aspectos fundamentais da *identidade pessoal*, que possui uma estreita ligação com uma pluralidade de direitos, que permitem o livre desenvolvimento da personalidade que possui em seu conteúdo, a proteção à *integridade psicofísica*, a tutela à saúde e o poder de disposição de partes do próprio corpo, pela pessoa.

Porém, a identidade sexual é muito mais complexa do que o simples sexo anatômico: o comportamento psíquico do indivíduo diante de seu próprio sexo, reunindo os aspectos físico, psíquico e comportamental determinarão seu estado ou identidade sexual.

Olazábal (1976, p. 2) defende que:

[...] a diferenciação sexual é formada por sete variáveis, sendo que cinco constituem-se em *variáveis físicas*, a saber: a cromossômica, a gonadal, a hormonal, a morfológica interna e a morfológica externa. Qualquer alteração que venha a ocorrer, em qualquer destas fases, poderá determinar um desenvolvimento sexual anômalo do indivíduo. As outras duas, denominadas de *variáveis psicossociais*, constituem-se da declaração do sexo, no momento do registro do indivíduo, e da diferenciação de uma *identidade psicosexual*, como ser masculino ou feminino, a partir do seu nascimento. A adequada diferenciação sexual física e psíquica resulta da composição harmônica dessas variáveis.

Assim sendo, a determinação completa da identidade sexual do ser humano é reflexo da análise da sua sexualidade, na qual não apenas os fatores biológicos interferem na formação da identidade de gênero de uma pessoa, observando-se o sexo biológico, o sexo psíquico e o sexo civil.

O recém-nascido não tem desenvolvimento psíquico completo, podendo, mais tarde, apresentar o seu sexo biológico diferente do sexo psíquico, gerando as chamadas anomalias sexuais. Pode ocorrer ainda uma má formação ou um desenvolvimento incompleto da genitália, ou ainda ter características de ambos os sexos. Em outra hipótese, pode apresentar características no nascimento de um sexo e, no decorrer do seu desenvolvimento, predominar características do outro sexo.

Todas essas situações têm implicações no Direito, principalmente Civil. Apesar de considerar que “o sexo civil ou jurídico deve espelhar e coincidir com o sexo vivido socialmente pela pessoa”, Szaniawski (1998, p. 41) reitera que o critério morfológico empregado no cotidiano é suficiente, posto que os desvios sexuais são a exceção e não a regra. Os desvios ou anomalias sexuais, assim denominados no sentido de irregularidade ou estado contrário à ordem natural, apresentam como maior barreira a mudança de gênero e de nome, por causa do princípio da imutabilidade, porém muitos juristas têm usado este princípio de forma relativa. Vejamos a seguir os princípios que justificam a mudança.

3 TRANSEXUALIDADE E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

O transexual chega ao serviço de assistência bastante vulnerável física, psíquica e socialmente. O tratamento proporciona a construção de uma rede de reconhecimento e inclusão social. Muitos não têm informações básicas sobre seus direitos e condição. A maioria não pretende revelar a transexualidade a ninguém: perderam o vínculo com a família, mudaram de cidade; e têm dificuldades concretas em relação à documentação ou à profissionalização (ARÁN; MURTA, 2009).

Neste quadro de extrema vulnerabilidade deve ser resgatada a dignidade da pessoa humana, sua identidade e seu reconhecimento e acolhimento pela sociedade. Segundo Tepedino (2008, p. 54), o vértice do direito brasileiro está no *ser*, e não no *ter*, tendo como valor máximo a tutela da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III, CRFB, como “[...] verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.”

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República, aliada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais, somados à previsão do §2º do artigo 5º, de não exclusão de quaisquer direitos ou garantias, mesmo que não expressos, desde que advindos dos princípios constitucionais, ressalta a dignidade da pessoa humana como cláusula de inclusão, com vistas à proteção e ao livre desenvolvimento da personalidade (MEIRELES, 2009, p. 3).

Tepedino (2008, p. 55-56) destaca que a dignidade da pessoa humana é o limite interno que pode definir novas bases para as funções sociais da propriedade e da atividade econômica. Dessa forma, a pessoa humana constitui o ápice na hierarquia dos valores constitucionais do sistema jurídico brasileiro (MEIRELES, 2009, p. 9). Assim sendo, as situações jurídicas existenciais, isto é, as situações subjetivas não patrimoniais, passam a ter primazia sobre as patrimoniais (PERLINGIERI, 1997, p. 90).

A cada dia, novos direitos da personalidade são reconhecidos, o que retrata um momento histórico em constante mutação, em decorrência da evolução do sistema objetivo (direito positivo) e do sistema científico (evolução doutrinária) (CANARIS, 1996, *passim*).

A importância dos direitos da personalidade é tão grande que sua ofensa caracteriza dano material e moral passíveis de indenização. Dessa forma, tais direitos têm dupla dimensão: axiológica, ou valorativa, na medida em que exteriorizam os valores fundamentais da pessoa humana, e objetiva, tendo em vista sua tutela ser garantida por legislação constitucional e infraconstitucional.

Para os naturalistas, os direitos da personalidade correspondem às faculdades normalmente experimentadas pelo homem, sendo atributos inerentes à pessoa humana, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo - nível constitucional ou legislação ordinária -, dotando-os de proteção própria, de acordo contra quem se relacione: Poder Público ou particulares. Assim, quando consagrados na esfera constitucional, ganham *status* de “liberdades públicas”, recebendo toda a proteção própria do sistema.

Os direitos da personalidade apresentam como características: direitos inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, conforme versa o artigo 11 do Código Civil (2002). A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade apresentam algumas exceções: como a licença para uso da imagem; os direitos autorais; o direito à imagem; o direito ao corpo. A disponibilidade ocorre por via contratual (licença, cessão de direitos e outros específicos) nos termos restritos aos ajustes escritos (BITTAR, 2008, p. 5, 12).

Cumprir verificar o alcance do referido artigo para os direitos de personalidade, bem como para as situações existenciais como gênero. Meireles (2009, p. 157) assevera que a afirmação de que os direitos da personalidade são indisponíveis é simplória demais e, assim, desconsidera que a autonomia privada exclusivamente patrimonialista é inconciliável com a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro.

É possível depreender, daí a enorme importância dos direitos da personalidade. Apesar disso, o Código Civil Brasileiro, ainda que tenha dedicado capítulo inteiro a eles, não enumerou rol taxativo de direitos da personalidade, reservando ao hermenêuta a tarefa de desenvolver a questão, em sede legislativa, jurisprudencial e doutrinária.

Perlingieri (1997, p. 33) observa a materialização lenta de uma opção entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade, do produtivismo e do consumismo como valores). Essa tendência está presente no direito brasileiro, principalmente a partir da leitura constitucional do Direito Civil. Em suma, em oposição à reificação ou desumanização está a repersonalização ou despatrimonialização do Direito Civil (MEIRELES, 2009, p. 11).

O vínculo entre a despatrimonialização e a constitucionalização do Direito Civil deve-se ao fato de a Constituição ser o fundamento interpretativo da legislação infraconstitucional. Por outro lado, ocorreu a corporificação gradual de um processo de despatrimonialização do direito privado (TEPEDINO, 2008, p. 333).

Andrade (2006, p. 103) esclarece que a Constituição deixa de estabelecer, única e exclusivamente, o Estado de Direito e limitar o poder político, passando a instituir a moldura das atividades dos indivíduos. Dessa forma, ela se transforma em centro de direção da legislação ordinária, em lei fundamental do direito privado e dos demais ramos do direito. Esse fenômeno é chamado de publicização do privado, ocorrendo uma tensão dialética, uma constante inter-relação entre o Direito Público e o Direito Privado. Emblematicamente, menciona-se a problemática da constitucionalização do Direito Civil e seu inverso, a civilização do Direito Constitucional.

Assim, o Direito Civil constitucionalizado impõe a releitura dos institutos do Direito Civil à luz dos valores constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana, gerando como consequência a centralidade da pessoa humana na disciplina civilista. Dessa forma, a despatrimonialização do direito privado é indução direta do Direito Civil-Constitucional (MEIRELES, 2009, p. 12).

O indivíduo e seus direitos foram realocados no topo do Direito Civil e o patrimônio representa papel coadjuvante. Por essa via, passa-se do indivíduo à pessoa humana; do individualismo ao personalismo; do sujeito abstrato ao sujeito concreto. A ordem jurídica geral volta-se à tutela da pessoa humana no lugar do indivíduo neutro. A pessoa humana não fica reduzida a mero elemento ou sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, mas é ponto referencial de tutela, o polo da relação jurídica (MEIRELES, 2009, p. 12).

A pessoa, como sujeito de direito, não pode ser dele objeto; porém, como valor, constitui-se bem jurídico em si mesma, digno de tutela privilegiada. A personalidade do artigo 2º do Código Civil refere-se à personalidade civil, mais próxima da noção de sujeito do que de pessoa (MEIRELES, 2009, p. 16).

A situação jurídica subjetiva tem origem no fato jurídico e justifica-se por um interesse existencial ou patrimonial, exercido por uma pluralidade de comportamentos, juridicamente relevantes, e tem o poder de realizar ou de deixar de realizar determinados atos ou atividades, para atingir o seu objetivo nas relações sócio-jurídicas. As relações jurídicas voltadas para as classes do *ser* são identificadas com os direitos da personalidade, que a doutrina classifica como direitos subjetivos absolutos (MEIRELES, 2009, p. 18-19).

Nas situações existenciais, pertencentes à categoria do “ser”, a pessoa é, ao mesmo tempo, sujeito titular do direito e objeto da relação. A titularidade é institucional orgânica. A pessoa vale mais como interesse juridicamente protegido do que sua posição na relação jurídica. A pessoa

é elemento interno e externo da relação: atinge o patamar de valor. Enfim, existenciais são as relações jurídicas pessoais ou personalíssimas nas quais titularidade, realização e valor coexistem entre si. O fato de a pessoa ser o referencial objetivo não a coisifica (MEIRELES, 2009, p. 34-36).

Fachin (2000, p. 90) ressalta que “[...] o objeto não é mais algo em si; passa a ter função.” Por conseguinte, não basta o perfil do interesse para distinguir a situação patrimonial da existencial: necessário também o perfil funcional.

Dessa forma, a finalidade dos institutos de Direito Civil não pode se afastar do projeto constitucional. Com a tutela da personalidade, sendo ela valor máximo do ordenamento jurídico brasileiro, todas as situações jurídicas, patrimoniais ou não, tornam-se instrumentos de proteção e de desenvolvimento da pessoa humana (MEIRELES, 2009, p. 39).

Contudo, as situações existenciais incidem imediatamente sobre o desenvolvimento da personalidade, enquanto que as situações patrimoniais apenas de forma mediata. Em vista disso, as situações existenciais têm a função imediata de desenvolvimento da personalidade, cuja observância é necessária para serem tuteladas (MEIRELES, 2009, p. 39).

As situações existenciais têm finalidade precípua e imediata de promover o livre desenvolvimento da personalidade, alcançando o topo da hierarquia valorativa constitucional, motivo de sua prevalência sobre as situações patrimoniais e não patrimoniais *stricto sensu*. A superior relevância das situações existenciais possibilita a sua prevalência em conflitos, a fim de que se preserve o valor máximo de tutela da pessoa humana (MEIRELES, 2009, p. 39).

Os bens jurídicos que são objeto dos direitos da personalidade encontram-se divididos em: a) físicos (vida, corpo, partes do corpo, imagem, voz, cadáver, locomoção); b) psíquicos (liberdades “expressão, culto e credos”, intimidade, segredos “pessoais e profissionais”, higidez psíquica), e c) morais (nome, reputação, direito moral de autor, dignidade pessoal, sepulcro, lembranças de família e outros) (BITTAR, 2008, p. 64).

Assim sendo, na mudança de sexo (e de nome) no registro civil dos transexuais, constata-se o envolvimento de bens jurídicos nos três níveis: o físico, quando se fala da disposição do próprio corpo no que diz respeito à cirurgia de adequação de sexo, e da própria vida (no caso dos homicídios e das mutilações praticados pela não aceitação do sexo biológico pelos transexuais); o psíquico, relativo às liberdades, à intimidade, ao direito ao segredo e à higidez psíquica; e o moral, no que tange aos aspectos da mudança de nome e de gênero no registro civil, envolvendo a dignidade pessoal do transexual.

Nesse viés, encontra-se a liberdade, fundamento de vital importância para o efetivo exercício da dignidade humana e dos direitos de personalidade. A liberdade pode ser entendida como o poder que o homem tem de tomar atitudes em busca de seu desenvolvimento e da realização de sua dignidade, nitidamente entruncada ao agir humano.

Percebe-se assim, que para a efetivação das mudanças necessárias a fim de que seja respeitada a dignidade da pessoa humana, no caso, transexual, cujo sexo biológico (nos casos da realização da cirurgia), psíquico e civil estejam de acordo com a sua realidade vivida, é imprescindível a liberdade. Essa liberdade para decidir o que ele(a) deseja fazer com o seu corpo, com sua forma de agir, de representar-se e de ser reconhecido está traduzida como autonomia decisória do indivíduo.

4 O TRANSEXUAL E A AUTONOMIA DECISÓRIA

A pessoa humana é o maior fim social, sendo a própria função social. As situações existenciais tutelam a pessoa humana. Nessas situações, está em xeque a dignidade da pessoa humana, de interesse tanto individual quanto coletivo. Em suma, o interesse individual que coincide com o desenvolvimento da personalidade é o fim social máximo no direito brasileiro. Esse conceito está inserido na redefinição do conceito de interesse público e da supremacia deste sobre o privado. Na noção de interesse público inclui-se, contemporaneamente, o interesse público primário que se refere aos interesses de toda a sociedade, relacionados aos princípios constitucionais fundamentais (MEIRELES, 2009, p. 44).

Neste viés, Barroso (2005, p. 15) ressalta que a realização do interesse público ocorre quando o Estado cumpre de maneira satisfatória o seu papel mesmo que referente a um único cidadão. Se determinada meta coletiva (p. ex.: garantia da segurança pública, saúde pública) viola a dignidade humana de uma só pessoa, a meta deve ser preterida (BARROSO, 2005, p. 17).

No escopo da dignidade do indivíduo encontra-se a sua liberdade, nela delimitadas a privacidade e a intimidade; o público e o privado. Bittar (2008, p. 66) afirma que o circuito privado das pessoas dentro das esferas pública e privada varia apenas de extensão. Na pública, os acontecimentos fluem normalmente para a sociedade em geral; na esfera privada, partes de fatos de ordem pessoal extrapolam para a comunidade (família, amigos, negócios), restando as constitutivas de segredos reservadas apenas para o intelecto do interessado. Ressalte-se que a esfera privada subdivide-se em esfera individual (da pessoa em contato com o mundo exterior) e esfera privada propriamente dita (em sentido estrito, da sua intimidade, confidencialidade ou segredo), com pouco ou nenhum participante.

O direito à privacidade pessoal constitucionalmente protegido é indispensável a qualquer concepção moderna de liberdade. Cohen (2012, p. 169-170) entende que, a reconciliação da universalidade e particularidade, autonomia e identidade, não pode ser inteiramente resolvida na esfera pública, constituindo precondições fundamentais para a cidadania pública e para a construção e defesa de identidades únicas as quais dependerão da manutenção das necessárias proteções políticas e legais da privacidade.

Em suma, tanto a proteção à uma multiplicidade de “vozes” na esfera pública (universalidade) como a proteção à privacidade (particularidade) são cruciais para qualquer projeto de democratização que tente evitar a exclusão, o nivelamento e a homogeneização. A autora afirma, ainda, que se deve “desconstruir” conceitos que servem às finalidades da dominação e redescrever o bem que é protegido pela privacidade.

A noção de privacidade tem seu núcleo na inviolabilidade da personalidade, na intimidade e na integridade corporal (COHEN, 2012, p. 173). Nas relações íntimas, deve-se preservar a informação, o acesso e a comunicação interna, que são imprescindíveis para a confiança, e é isso que os direitos de privacidade associativa buscam assegurar. Por outro lado, os direitos à privacidade individual buscam preservar a integridade pessoal e corporal dos membros da família, contra abusos perpetrados dentro da entidade familiar (COHEN, 2012, p. 177).

Esse conceito de privacidade busca assegurar aos indivíduos “[...] autonomia de decisão a respeito de certas preocupações intensamente pessoais.” (COHEN, 2012, p. 181). Para Cohen (2012, p. 188), os novos direitos à privacidade incluem aspectos informacionais e decisórios, exer-

cendo um papel importante na proteção das capacidades dos sujeitos e na formação da autoconcepção coerente, autêntica e distinta.

Além disso, a proteção à privacidade é muito mais do que o direito a ser deixado em paz, compreende a proteção de “[...] frágeis identidades concretas e processos de autoafirmação que, na verdade, são constitutivos de quem somos e de quem desejamos ser.” (COHEN, 2012, p. 189).

Pode-se dizer que o direito à privacidade pessoal consiste em poder ser diferente, decidir questões pessoais sem a necessidade de justificar à sociedade o motivo da escolha. O sentimento de controle da própria identidade, sobre o acesso a si próprio, sobre quais aspectos de si serão apresentados em que momento e a quem, juntamente com a capacidade de exigir ou de renunciar às demandas por acesso é claramente empoderador (COHEN, 2012, p. 191-193).

A autoconfiança afirma-se no momento em que se pode dispor livremente do próprio corpo, coordenar harmoniosamente suas funções e regular o acesso a ele. Sem isso, sem pelo menos esse reconhecimento mais básico da dignidade de alguém, a autoimagem do indivíduo fica mutilada (perda da confiança). O mesmo ocorre com a segurança que lhe é necessária para interagir adequadamente com os outros e expressar suas próprias necessidades e sentimentos (COHEN, 2012, p. 196). Dessa forma, o transexual que não se identifica com o sexo anatômico, nem com o sexo registral sente perdida sua dignidade.

Nossa relação com o corpo, nossa corporificação (embodiment), é o substrato crucial de nossa identidade, mas não o seu todo. Uma vez que reconhecemos que a formação da identidade ocorre ao longo de nossas vidas, podemos ver que o significado simbólico que atribuímos a nossos corpos e individualidades tem muitas fontes e pressupostos. (COHEN, 2012, p. 197).

A inadequação dos documentos com a realidade fática traz como consequência abusos contra os transexuais, os quais ficam submetidos a situações constrangedoras, a assédio moral e a dificuldade em encontrar emprego: as vagas disponíveis frequentemente são na área de moda e de beleza e acabam tendo que trabalhar na rua, prostituindo-se, para angariar seu sustento.

As longas filas de espera para a realização da cirurgia de transgenitalização via Sistema Único de Saúde (SUS) e os altos preços da cirurgia no sistema privado levam o transexual a permanecer à margem da sociedade e a ter seus direitos negados. Muitos sucumbem frente à discriminação e ao preconceito. Não suportam continuar passando por situações vexatórias e acabam, muitas vezes, se automutilando, tentando realizar uma autocirurgia ou atentando contra a própria vida (IOTTI, 2014).

Honneth (2010, p. 118) verifica essa dependência de constante reafirmação pelo outro na teoria da individuação humana. O desrespeito pode implicar em lesão e a identidade da pessoa entra em colapso. Essa dependência cresce conforme aumenta a consciência de sua individualidade, pois passa a depender mais do reconhecimento da sociedade. Implica dizer que a vulnerabilidade humana, constituída pelo desrespeito, decorre do entrosamento, da individuação e do reconhecimento.

Essa desvalorização social torna o indivíduo vítima de perda de autoestima, ou seja, ele não concebe mais a si próprio como um ser com traços característicos e habilidades dignos de estima. Dessa forma, a pessoa é privada do reconhecimento expresso pela aprovação social do tipo autorrealização adquirida através de árduo processo de encorajamento por meio da solidariedade do grupo (HONNETH, 2010, p. 121).

A degradação social e a humilhação colocam em xeque a identidade do ser humano na mesma proporção que as doenças físicas comprometem o bem-estar do indivíduo. O tratamento preventivo de doenças equivale à garantia social das relações de reconhecimento, capazes de proporcionar ao sujeito a maior proteção possível contra o desrespeito (HONNETH, 2010, p. 122).

A adequação do nome e do sexo no registro civil é de vital importância para a inserção do transexual no mercado de trabalho, que tem relação direta com a inserção social. Segundo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 90% das travestis e das transexuais estão se prostituindo no Brasil. Ainda que elas queiram arranjar um emprego com rotina, horário de trabalho e carteira assinada, o preconceito fica evidente quando elas se candidatam a uma vaga. O currículo é elogiado pelo entrevistador, porém, ao observar os documentos discordantes ao sexo aparente, é o fim da entrevista (ANDRADE, 2013).

Muitos transexuais não se assumem por esse motivo, pois dependem de um emprego, no qual podem vir a sofrer assédio moral, tanto vertical, promovido pelo patrão, como horizontal, promovido pelos colegas. Os transexuais que se assumem normalmente são autônomos ou possuem uma vida estável, de forma que não dependem de patrão ou de emprego, é o que relata Marcia Rocha, advogada transexual (ROCHA, 2014).

Aliás, o problema vivido pelos transexuais começa ainda mais cedo: na falta de aceitação pelos pais e pelo preconceito e pela discriminação sofridos na escola. Dessa maneira, a maioria desiste de estudar, de forma que, desde cedo, se veem tolhidos da chance de galgar por estudos visando a profissões mais bem remuneradas.

Bento (2011, p. 555) afirma que não existem indicadores para medir a homofobia (e a transfobia) na escola por causa do “disfarce” do “manto invisibilizante” da evasão. Na realidade o que ocorre é um processo de expulsão, onde devem ser averiguados os motivos que levaram o aluno transexual a não frequentar mais a escola.

Melo (2014) afirma que o transexual sofre o mesmo tipo de discriminação que as mulheres, pois representa uma “vergonha” para o masculino (empresa), por ter desistido do poder, de “ser homem” e por ter assumido o lado frágil, feminino:

Quando você fere o ideário machista de colocar um homem de salto alto, ou seja, de você pegar este homem e colocar numa condição feminina que é inferior, isso é um problema sério: ‘os homens’ não aceitam. ‘Os homens’ que eu digo no sentido de instituições. (MELO, 2014).

No caso de trans homem, continua Melo (2014), a discriminação ocorre porque, na visão institucionalizada da empresa, ele sempre será uma mulher querendo adentrar no universo masculino de poder. Assim, o homem trans sofrerá o estigma de ser considerado sempre uma mulher, pois nasceu assim, sem “pênis”; já a mulher trans sofre o assédio moral pois desistiu do “poder” - masculino - para se associar ao “fraco” - o feminino.

Ganham importância, nesse contexto, os estudos das autoras pré-feministas Beauvoir (1949) e Mead (1935) que revelaram a opressão feminina nas sociedades ocidentais relativa à sua sexualidade exercida pelo poder econômico, biológico e psicológico masculino. A mulher era tratada como “o outro”, o negativo do homem e, por consequência, inferior a ele. Na célebre frase de Beauvoir, “não se nasce mulher, torna-se uma” (BEAUVOIR, 1949, p. 9), pode-se verificar que o ser feminino é um ser construído culturalmente, já o masculino parece pré-determinado.

Das teorias mencionadas decorrem várias correntes feministas como a teoria *queer*, influenciada por Mead. Essa teoria afirma que a “orientação” sexual e a identidade sexual ou o gênero dos indivíduos são resultado de uma construção social e que, portanto, não existem papéis sexuais essencial ou biologicamente inscritos na natureza humana. Louro (2004, p. 47) alega que “[...] a teoria *queer* permite pensar a ambiguidade, a multiplicidade e a fluidez das identidades sexuais e de gênero, mas, além disso, também sugere novas formas de pensar a cultura, o conhecimento, o poder e a educação.” Vê-se que a teoria *queer* foge dos padrões normativos e estigmatizadores impostos pela biologia e pelos padrões sociais.

A sexualidade passa não apenas pelo biológico, mas a cultura e as representações sociais em torno do sexo também influenciam diretamente o comportamento dos indivíduos inseridos em suas realidades (ALBANO, 2013, p. 100).

Berkman (2013, p. 329) ressalta que a autoconstrução sexual do ser humano em si mesmo e nos demais constitui tema dos mais debatidos, sofrendo ataques constantes e apresentam interessantes particularidades. Parecem não se identificar a nenhum projeto de vida, pois a sexualidade não lhes resulta de uma opção. A liberdade para fazer projetos está no autoconstruir-se de acordo com sua sexualidade.

Assim, a liberdade para autoconstruir-se, para criar a própria identidade através da autonomia decisória e, conseqüentemente, implementar o próprio projeto de vida está intimamente ligada ao empoderamento da dignidade da pessoa humana. A identidade sexual traz questões concomitantes com outras “identidades”: étnica, nacional, idiomática e até religiosa, sendo útil em matéria de discriminação (BERKMAN, 2013, p. 330).

A autonomia decisória existencial volta para a satisfação de interesses e das funções relativos à pessoa, tais como o livre desenvolvimento da personalidade, os quais merecem tutela e são socialmente úteis, mas não se subordina a interesses da coletividade. O fim socialmente útil da autonomia existencial consiste na dignidade da pessoa humana, portanto não viola e sim promove a liberdade individual (MEIRELES, 2009, p. 189).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da primazia da realidade prevê que o fato precede a forma. Sob esse aspecto, deduz-se que a realidade corresponde à identidade vivenciada pela pessoa, ou seja, em relação à identidade de gênero, implica em como as pessoas se representam e como são reconhecidos. Logo, o princípio supracitado vem corroborar a necessidade de mudança do nome e do gênero nos registros das pessoas transexuais haja vista a situação vexatória pela qual passam sempre que houver conferência de documentos. Reforçam-se, nesse caso, os princípios da dignidade humana, da igualdade, da fraternidade, da solidariedade, da proteção e da primazia da realidade.

Tartuce (2005, p. 1) entende que o fundamento de proteção da dignidade da pessoa humana é o mais correto e pertinente. Na realidade, esse princípio faz referência implícita ao mencionar a situação de ridículo a que muitas vezes o transexual é submetido. Na maioria das vezes, há um impacto no interlocutor ao visualizar o transexual e confrontá-lo com a sua identificação civil.

Independentemente do lugar ou da condição em que o transexual se encontre, a proteção de sua integridade corporal e de sua privacidade é medida que se faz necessária. Nessa seara, o direito ao corpo, à intimidade e à adequação de seu registro civil, enquanto direito à privacidade

faz reconhecer a diferença. A partir do momento em que for reconhecido a cada pessoa o direito de escolher sobre a sua sexualidade e outras questões que estão no campo da individualidade, afirma-se o direito de ser diferente (COHEN, 2012, p. 198).

Assim, Meireles (2009, p. 182) conclui que, apesar de a regra ser a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade das situações jurídicas subjetivas existenciais, seu poder de disposição não está vedado, principalmente no que tange aos novos aspectos não patrimoniais emergentes da autonomia decisória. Porém, o artigo 11 do Código Civil coloca a autorização legal como obstáculo intransponível aparentemente.

No caso dos transexuais, esse “obstáculo” gera segurança jurídica uma vez que feita a averbação à margem do registro civil, fica resguardada a sua intimidade e também o interesse de terceiros. A dinâmica social do reconhecimento, portanto a “gramática dos conflitos sociais”, responde à formulação: desrespeito, luta por reconhecimento e mudança social.

TRANSEXUAL SEX CHANGE AND DECISORY AUTONOMY

ABSTRACT

The controversial issue of change of gender and sex in the civil registry embrace dignity, health concept, life, the body's own disposal, legal and constitutional questions and third-party interests. The transsexuality confronts taboos, prejudices, social exclusion, the right to life and to a dignified life. Although it is no longer treated as a disease in the DSM-5, but as gender dysphoria, transsexuality is still seen as a contagious and incurable disease: a cancer to society. Thus, transgender people continues to suffer from various forms of violence. By taking the factual reality of his life, the transsexual must have courage to face a whole range of prejudices. The transsexual is someone who has the opposite ideological sex psychic sex, who feel as though their anatomical sex does not match their gender identity. Health concept encompasses general welfare, including moral and social. The health of the transsexual depends on accurate indication of reassignment surgery and the adequacy of their civil registration. Thus, the transsexual will feel welcomed and belonging to the social group. The methodology used is the analyses of doctrine, jurisprudence and legislation on the rights of transsexuals, especially those relating to personality. This article deals with the rights of personality, their (non)availability and its implications in the Brazilian legal system. Personal rights are based on the decisory autonomy, so important for the empowerment and belonging, directly related to freedom and human dignity.

Keywords: Transsexuality. Decisory Autonomy. Constitutional Principle of Human Dignity.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Daniel. O stop-start e o squeeze no contexto clínico de terapia sexual. In: MATTEU, Douglas et al. *Treinamentos comportamentais*. São Paulo: Ser Mais, 2013.

ANDRADE, Daniela. Feminismo pra que: o preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. *Carta Capital*, 01 nov. 2013. Entrevista concedida a Nadia Lapa. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre a tutela dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002. In: SARLET, Ingo. *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela. Do diagnóstico de transtorno de identidade de gênero às re-descrições da experiência da transexualidade: uma reflexão sobre gênero, tecnologia e saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312009000100003>. Acesso em: 16 mar. 2011.

ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela; LIONÇO, Tatiana. Transexualidade e saúde pública no Brasil. *Ciência & saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, jul./ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232009000400020&script=sci_arttext>. Acesso em 10 mar. 2011.

ARAÚJO, Álvaro Cabral; LOTUFO NETO, Francisco. A nova classificação americana para os transtornos mentais - o DSM-5. *Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva*. FMUSP, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 67-82, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1949. v. 2.

BENTO, Berenice. Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 19, n. 2, p. 336, maio/ago. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BERKMAN, Ricardo Rabinovich. Sobre o direito relacionado à Identidade sexual e aspectos relacionados. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coord.). *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

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

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jan. 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 7, p. 165-203, jan./abr. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.482, de setembro de 1997. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 set. 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 13 mar. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.652, de maio de 2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização e revoga a Resolução CFM 1.482/97. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 02 dez. 2002. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 13 mar. 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.955, de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização e revoga a Resolução CFM n. 1652/2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 set. 2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 13 mar. 2011.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- HONNETH, Axel. Integridade e desrespeito: princípios para uma concepção de moralidade baseada na teoria do reconhecimento. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico*. Barueri: Manole, 2010.
- IOTTI, Paulo. GADvS e ABGLT vão ao STF pelo direito de transexuais e travestis. *Grupo de advogados pela diversidade sexual*, 20 set. 2014. Disponível em: <<http://www.gadvs.com.br/?p=1903>>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- LOPES, André Côrtes Vieira. *Transexualidade: reflexos da redesignação sexual*. 2009. 81 p. Monografia (Pós-graduação em Direito de Família)-Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009.
- LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer*. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MELO, Mariana. Transexual: a busca pela identidade. *Tv Brasil: caminhos da reportagem*, Brasília, DF, 27 nov, 2014. Entrevista concedida a Aline Beckstein, Gustavo Minari e Luana Ibelli. Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>>. Acesso em: 30 nov. 2014.
- MENIN, Márcia Maria. Um novo nome, uma nova identidade sexual: o direito do transexual rumo a uma sociedade sem preconceitos. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MORICI, Silvia. Homossexualidade: um lugar na história da intolerância social, um lugar na clínica. In: GRAÑA, Roberto B. (Org.). *Homossexualidade: formulações psicanalíticas atuais*. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- NAHOUM, Jean Claude. O homossexualismo visto por um médico. *Separata das Vozes*, Rio de Janeiro, ano 61, n. 12, p. 1087, dez. 1997.
- OLAZÁBAL, Luisa Campos. *Variabilidade cromossômica e dermopapilar no transexualismo*. 1976. 65 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Biológicas (Biologia Genética)—Universidade de São Paulo, São Paulo, 1976.
- PAIVA, Luiz Airton Saavedra; VIEIRA, Tereza Rodrigues. A transexualidade no passado e o caso Roberta Close. In: PAIVA, Luiz Airton Saavedra; VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). *Identidade sexual e transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PINTO, Maria Jaqueline Coelho; BRUNS, Maria Alves de Toledo. Avaliação psicológica em transexualidade no Hospital de Base de São José do Rio Preto. In: VIEIRA, Tereza R.; PAIVA, Luiz Ayrton S. de. *Identidade sexual e transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 70022504849*. Relator: Rui Portanova. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Porto Alegre, 23 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

ROCHA, Marcia. Transexual: a busca pela identidade. *Tv Brasil: caminhos da reportagem*, Brasília, DF, 27 nov. 2014. Entrevista concedida a Aline Beckstein, Gustavo Minari e Luana Ibelli. Disponível em: <<http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>>. Acesso em: 30 nov. 2014.

SAADEH, Alexandre. Morbidades psiquiátricas e transexualismo. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Airton Saavedra (Org.). *Identidade sexual e transexualidade*. São Paulo: Roca, 2009.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TARTUCE, Flávio. Mudança do nome do transexual. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 884, 04 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7584>>. Acesso em: 02 out. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Mudança de sexo - aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. *Psicólogo informação*, São Paulo, ano 4, n. 4, p. 63-77, jan./dez. 2000.

O DIREITO À VIDA HUMANA: UM OLHAR SOBRE A SUA CONSOLIDAÇÃO HISTÓRICA

Beatriz Diana Bauermann Coninck*

RESUMO

O presente artigo visa trazer a lume a atual interpretação do direito à vida bem como detalhar a sua proteção ao longo da humanidade. Para tanto, foram estudadas as conformações da vida e da morte e suas interfaces com a religião e a espiritualidade, a evolução histórica do direito à vida, o direito à vida como um direito humano e a tutela nacional e internacional e os entendimentos do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa foi realizada por meio do método dedutivo de abordagem, com técnica de pesquisa bibliográfica em referências nacionais e estrangeiras. Concluiu-se que o direito à vida sofreu influência da história, é um direito universal, fundamental, abstrato e relativo, sendo um produto da interferência de aspectos religiosos, filosóficos e bioéticos. Descobriu-se que existe um entendimento consensual quanto ao momento da morte humana restando controverso o instante do começo da vida.

Palavras-chave: Direito à vida. Fundamental. Historicidade. Proteção. Religião.

1 INTRODUÇÃO

Considerando que a vida humana é aclamada como um direito humano fundamental e universal, há um intenso desconcerto no que toca às decisões entre a preservação da vida e a busca pela sua qualidade. O debate fica mais exaltado quando temas extremamente controvertidos como o “suicídio assistido”, a eutanásia e outros procedimentos relativos à engenharia genética e manipulação de embriões são colocados em evidência.

Como um primeiro passo rumo a uma solução para o problema, neste momento, buscar-se-á trazer a lume uma análise dos aspectos biológicos, religiosos, filosóficos, espirituais, morais e éticos que influenciaram na preservação da vida afirmando-a como um direito. Para tanto, apresentar-se-á a evolução histórica do direito à vida e os fundamentos utilizados com vistas à sua manutenção ao longo da humanidade.

Nesse sentido, esta pesquisa adotará o método de abordagem dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental em fontes nacionais e estrangeiras combinando fatos históricos e elementos religiosos, éticos, sociais, jurídicos e filosóficos, almejando, com isso, trazer elementos que possam ser úteis para futuras discussões sobre a temática.

O primeiro tópico versará sobre as conformações da vida e da morte e suas interfaces com a religião e a espiritualidade, onde serão apresentados autores e posicionamentos divergentes sobre a vida e a morte, sem deixar de ressaltar a importância da religião e da espiritualidade.

* Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná; Mestranda em Direito do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; beatrizdiana@ibest.com.br

No segundo item, será apresentada uma evolução histórica do direito à vida partindo-se das religiões orientais e ocidentais até chegar a sua compreensão atual.

A terceira parte discursará sobre o direito à vida como um direito humano trazendo as características dos direitos humanos no entendimento atual.

Por derradeiro, o quarto ponto analisará a proteção nacional e internacional do direito à vida e a interpretação da vida humana e de sua tutela perante a Suprema Corte brasileira.

2 CONFORMAÇÕES SOBRE A VIDA E A MORTE E SUAS INTERFACES COM A RELIGIÃO E ESPIRITUALIDADE

Ao se reconhecer o início da vida humana, reconhecem-se os direitos a ela inerentes e, por consequência, os da morte (SPIANDORELLO, 2012, p. 427). O reconhecimento do início da vida humana obedece a um plexo de costumes, convicções, princípios religiosos, científicos e filosóficos de distintas pessoas, comunidades e regiões. O início da existência da vida humana, para a civilização ocidental, ocorre no período gestacional, entre a fecundação do óvulo e o nascimento com vida, em regra, aos nove meses, salvo em determinadas sociedades que são minoritárias (SPIANDORELLO, 2012, p. 426).

Sob a perspectiva biológica, considera-se embrião o ser humano até o final do oitavo mês de gestação e, de acordo com Relatório Warnock (1984), pré-embrião até o sexto ou sétimo dia do período embrionário que é o estágio entre a fecundação e a nidação (GOLDIM, 2003, p. 55-56).

O Conselho Federal de Medicina estabelece que a morte encefálica equivale à morte clínica (Resolução n. 1.346/91) e aponta, como critérios para o diagnóstico da morte encefálica, o coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia além de exames inequívocos de ausência de atividade elétrica cerebral ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea (Resolução n. 1.480/97 art. 4º e art. 6º) (MOTTA et al., 2013, p. 150). Embasada nessa Resolução, a Lei de Transplantes de Órgãos (n. 9.434/97) sobre a disposição de órgãos, estabelece que somente permite-se a doação de órgãos se constatada a morte encefálica. Esse critério demonstra uma preocupação no sentido utilitário da morte que é o aproveitamento de órgãos.

A Igreja Católica Apostólica Romana, ao decretar a Encíclica *Donum Vitae* (1987), posicionou-se pelo começo da vida desde a fecundação a partir da qual o indivíduo possui direito à vida até sua morte (SALGUEIRO; GOLDIM, 2007, p. 15), que ocorre com a falência encefálica. Ela discorda da utilização da eutanásia, apesar de alguns líderes admitirem a ortotanásia. Acredita na ressurreição e não na reencarnação tal como os budistas (SALLES, 2014, p. 400-403).

Habermas (2010, p. 41) entende que é direito constitucional do embrião a dignidade que goza “desde o início” de sua formação. A vida humana, bem antes de ser colocada à convivência pública, já usufrui de proteção legal embora não tenha ainda alcançado o status de sujeito de direitos e deveres (HABERMAS, 2010, p. 51).

Para o Teólogo existencialista Kierkegaard (1968, p. 196), a vida é uma graça sendo a sua existência construída pelas escolhas e essa é uma tarefa contínua ao longo da vida em busca de um “si mesmo” autêntico em seus valores.

A consagração do direito à vida, segundo os cristãos, enseja um dever, uma obrigação um resultado do preceito divino do “amar o próximo como a si mesmo” (CERECEDA, 2009, p. 387). A

morte, para os cristãos, é interpretada como uma “passagem para a vida”, ela, em verdade, coloca um fim às enfermidades, logo, o medo, o seu desespero não é da morte física, mas da morte do espírito (KIERKEGAARD, 1979).

Todo ser humano é inerentemente espiritual. A espiritualidade, entretanto, não se confunde com a fé em um ente divino. Ela representa uma habilidade de autorreflexão. As crenças religiosas e a espiritualidade são determinantes nas decisões da pessoa e refletem nas escolhas sobre o começo da vida e os parâmetros no tocante à definição da morte (SALGUEIRO; GOLDIM, 2007, p. 15).

O enfrentamento da morte por pacientes com doenças avançadas, e em fase terminal, leva a um novo conceito de morte - a “boa morte” - incorporando cuidados paliativos e o movimento *hospice*. Este procura oferecer maior dignidade no ato de morrer, dentro de um ambiente assistencial estético e ético desejável (FLORIANI, 2013, p. 402).

De acordo com algumas religiões, a alma é um ingrediente que se soma à estrutura biológico-funcional dos seres humanos e inacessível à compreensão científica e que particulariza o humano até além da morte. Para o Hinduísmo, a alma é o *atman*, entre os chineses o *yin* representa a alma e o *yang* o espírito, e em certas tribos da África e para os egípcios o *ba* e o *ka* (SPIANDORELLO, 2012, p. 426).

Como se vê, existe uma diversidade de teorias e tendências doutrinárias a respeito da vida humana, fortemente direcionadas por orientações culturais, costumes, crenças religiosas, ideologias e convicções filosóficas, morais e éticas de indivíduos, povos e regiões. Não se busca, neste trabalho, definir a “vida” humana, pois como diz John Wilson, em sua obra, “Pensar com Conceitos”, existem palavras ou expressões que não possuem definições precisas, logo, o melhor caminho é descobrir seus usos e aplicações (WILSON, 2001, p. 10).

Nesse sentido, convém, através da análise histórica, mostrar o conhecimento adquirido e desenvolvido ao longo da humanidade, para uma possível compreensão dos motivos que levaram à consolidação do direito à vida tal como é compreendido atualmente, bem como os seus fundamentos, partindo de sua tutela no mundo ocidental e oriental desde a antiguidade.

3 CONSOLIDAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À VIDA

No mundo oriental, a primeira religião a tratar da conservação e proteção do direito à vida ocorreu com o Hinduísmo (BAEZ, 2012, p. 17), defendendo a sacralidade da vida, uma divindade universal (LAUREN, 2011, p. 7). A vida também foi objeto de proteção dentro do Zoroastrismo (BECK, 1991, p. 506-540).

A inerência de direitos à pessoa humana é um princípio defendido pelo Budismo (HAMILTON, 2000, p. 47). O Confucionismo chinês prega a integridade física e moral do indivíduo cuja ação deve estar voltada para a harmonia e a tolerância, com base na ética (CREEL, 1949, p. 150-151). O Islã reconhece a indisponibilidade da vida dos seres humanos (LAUREN, 2003, p. 8-9).

Para a Declaração Islâmica de Direitos Humanos, a vida é um direito de todo ser humano e ninguém pode ser exposto a danos ou à morte, exceto por determinação da lei (criada a partir de Deus). Após a morte, a santidade do corpo continua inviolável e merecedora de adequada solenidade (art. 6º) (DECLARAÇÃO UNIVERSAL ISLÂMICA DOS DIREITOS HUMANOS, 2012, p. 13). Profetiza o Islã que a vida é uma criação divina, e não do homem, e somente Deus tem o poder de retirá-la.

Ao homem, como ser transeunte na terra, cumpre apenas cuidá-la conforme o Profeta Muhammad aconselha (ABDALATI, 2012, p. 45).

A doutrina judaico-cristã reside na base do pensamento ocidental. Ela tem Deus como o Criador da humanidade (DEVINE et al., 1999, p. 13). Para os judeus a vida é sagrada e alguns direitos são inerentes à pessoa humana (BAEZ, 2012, p. 17). O Cristianismo defendeu a proteção da vida, a compaixão, a paz e a justiça entre os seres humanos (BRIGGS, 1913, p. 11 e 28).

Os filósofos de vários lugares e tempos empenharam-se em refletir sobre o valor da vida humana, com a diferença de que visaram entendê-la sob a ótica secular ao invés da perspectiva religiosa (LAUREN, 2011, p. 11).

A expressão “vida”, em latim *vita*, congrega dois significados distintos na perspectiva aristotélica: *zoé* e *bíos*, que representam a vida orgânica comum a todos os seres vivos e a outra específica dos seres humanos, uma forma evolutiva de pessoa privilegiada pela cidadania, pelas suas capacidades biológicas diferenciadas, pela sua aptidão linguística, política, moral e cognitiva que lhe permitem viver com autonomia (SCHRAMM, 2009, p. 380-381).

Os gregos não se preocuparam em universalizar as ideias relativas aos direitos naturais porquanto visavam tão somente à sua moralidade interna (SOUZA; MEZZAROBBA, 2012, p. 178), mas a sua cultura estoíca de lei natural foi assimilada pelos romanos e espreada a outros povos por meio do *jus gentium*, o direito das gentes e dos povos, que difundiram regras éticas traduzidas em respeito mútuo e igualdade moral. As teorias filosóficas, assim como as doutrinas religiosas, ressaltaram as obrigações e responsabilidades morais universais e não direitos legais como nos dias atuais (LAUREN, 2011, p. 15). Para os estoicos, o suicídio consistiu num recurso em face de situações extremamente difíceis e intoleráveis de vida (CONTI, 2004, p. 149).

A versão clássica de direito natural de Aristóteles e, posteriormente, a eudemonista de Tomas de Aquino, foi construída através do método da observação da realidade e da experiência em que as leis morais eram fruto da interação entre a natureza humana e as coisas, sujeitas a mudanças e vulnerável a influências de circunstâncias históricas nas escolhas morais. O direito positivo serviria para manter a paz e respeitar o previsto na lei natural. Para a moderna concepção idealista kantiana de direito natural, a razão prática, distintamente daquela, se constitui *a priori*, dispensando experiências empíricas e sensíveis. As leis morais estreitam-se no nível da consciência humana, somente (OLIVEIRA; LESSA, 2008, p. 4997-4998).

O reconhecimento dos direitos fundamentais no Estado de Direito ocorreu em razão da ascensão da soberania popular no novo modelo de separação de poderes no qual o Estado assumiu posição não intervencionista (SOUZA; MEZZAROBBA, 2012, p. 187). Os movimentos revolucionários ocorridos no período moderno foram impulsionados pelo ideário jusnaturalista racionalista e pelo contratualismo.

De acordo com o jusnaturalismo racionalista, os seres humanos são dotados de certos direitos naturais, em função de sua natureza humana, cumprindo ao Estado envidar esforços para legalizá-los. As normas deveriam ser consensualmente estabelecidas pela vontade popular segundo os contratualistas (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 23). A ideia de que alguns direitos são compartilhados por todos os seres humanos foi um aspecto comum entre jusnaturalistas e contratualistas, sendo isso uma contribuição moderna para a posterior universalização dos direitos humanos (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 34).

Muitos filósofos jusnaturalistas contratualistas modernos empenharam-se na manutenção da vida. A celebração de um contrato social era a única saída para se proteger a vida, segundo Hobbes (1979, p. 78), haja vista que, em sua condição originária, os homens eram incapazes de viver em paz em razão da extrema individualidade. Locke (2001, p. 84) inadmitiu que o homem arruinasse a própria vida, nem a de outrem, exceto pela autoconservação. Rousseau (1999, p. 43-45) defendeu que a vida deveria fazer parte do contrato social, porém de forma não absoluta. Previu ser possível a ocorrência do suicídio involuntário resultante de estado de necessidade ou de desconhecimento do perigo.

Kant (2009, p. 215) afirmava que os deveres emanam do imperativo categórico e que se deve agir conforme uma máxima que se pretenda ser universal, ou seja, um dever para com os outros e para consigo. Ele via no suicídio uma contrariedade natural, pois a lei da natureza era movida pela preservação da vida (KANT, 2009, p. 219).

A laicização do direito natural ocorreu juntamente com o movimento iluminista (SARLET, 2012, p. 39). Mas, como se viu, bem antes do Iluminismo, os gregos e romanos já haviam demonstrado o poder da razão humana e isso alavancou o movimento iluminista com novas concepções morais em prol do reconhecimento dos direitos individuais, dentre eles, o direito à vida, considerando a influência das religiões nesse sentido (ISHAY, 2003, p. 84). As grandes religiões professaram normas morais que inspiraram os direitos humanos. A Revolução Francesa foi um produto, porém, da reação contra o antigo regime e enfatizou a justiça e a liberdade (GIDDENS, 2005, p. 18-19).

Os ideais franceses motivaram a universalização dos direitos humanos, ocorrida a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948. Esse Diploma pretendeu regulamentar a proteção dos direitos humanos em escala global diante dos horrores cometidos pelo Nazismo de coisificação da pessoa humana (PIOVESAN, 2006, p. 8), adicionando ao sistema, mais tarde, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos dentre outros documentos.

Os direitos humanos são essencialmente históricos e mutáveis. Ao longo da evolução humana, tem havido uma crescente elevação do número de direitos que foram paulatina e contextualmente reconhecidos. Hobbes tratou somente do direito à vida em suas obras, mas foi o direito à liberdade em face do Estado que ascendeu em reação ao Absolutismo, afirmando-se os direitos políticos frente os governantes. Garantiram-se assim a autonomia aos governados e, em um segundo momento, os direitos sociais exigiram do Estado uma atitude prestacional de bem-estar e igualdade comum (BOBBIO, 2004, p. 20).

4 O DIREITO À VIDA E OS DIREITOS HUMANOS

Sob o prisma ocidental, a atual conformação dos direitos humanos compreende a universalidade, isto é, pertencem a todos os seres humanos (BARRETO; WASEM, 2011, p. 65); a fundamentalidade, já que são essenciais (ALEXY, 2013, p. 70-72); a abstratividade, vez que podem entrar em colisão com outros direitos fundamentais; a moralidade, visto que podem ser alegados a qualquer ser racional (ALEXY, 2013, p. 73); são superiores às normas positivadas (ALEXY, 2013, p. 70-72); detêm valoração ética, objetivando proteger a dignidade humana (BAEZ; CASSEL, 2011, p. 37); e são históricos, na medida em que cada vez mais são reconhecidos novos direitos com a

evolução da humanidade (BOBBIO, 2004, p. 9). Em arremate, são complexos pela influência de tradições religiosas e laicas de inúmeras civilizações (MORAES, 2005, p. 1).

Por ser um direito humano, o direito à vida (BOBBIO, 2004, p. 35) é universal, fundamental, abstrato, moral, prioritário, ético e histórico. Toda essa configuração lhe imprime complexidade em especial também pela herança religiosa e pela especialização da Medicina e exige tratamento particularizado dentro dos preceitos da Bioética e do Biodireito.

Frise-se que as crenças religiosas foram os grandes motores para a sedimentação do direito à vida ao longo dos tempos. Em nível mundial, reconhece-se que foram as grandes religiões do mundo que motivaram a responsabilidade de um ser humano para com o outro - a propósito, esse foi um ponto em comum entre as grandes religiões apesar das suas diferenças (LAUREN, 2011, p. 6).

Imerso no mundo ocidental, o Brasil tentou engajar-se, ainda que morosamente, na luta pela vida. Demonstração disso foi a sua jovem Constituição Cidadã de 1988, na qual o direito à vida conquistou seu espaço de destaque, logo no artigo 5º. É relevante também a exposição da linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal, vez que representa e defende a Carta Magna.

5 PROTEÇÃO NACIONAL DO DIREITO À VIDA: UMA REFLEXÃO SOBRE O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Após um período conturbado de guerras, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948) buscou agasalhar o direito à vida como um elemento inerente à condição humana (TRINDADE, 1991, p. 75), alertando para o respeito à dignidade humana como valor indisponível do indivíduo (PIOVESAN, 2011, p. 195-196). Na ordem continental, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no capítulo dos direitos civis e políticos, o artigo 4º evidencia o direito à vida como um princípio legalmente protegido e imanente a toda pessoa desde o momento da concepção e veda a eliminação arbitrária da vida, o aborto, a utilização de embriões humanos para fim industrial, a clonagem humana com a destruição de embriões, salvo para guardar o próprio indivíduo enfermo se portador de doenças neurodegenerativas (COMPARATO, 2010, p. 381 e 386).

Internamente, com arrimo na Carta das Nações Unidas de 1945, a Constituição de 1946 (BONAVIDES, 2000) abrigou a filosofia Kantiana de finalidade do homem em si mesmo e, no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, explicitamente inovou ao proibir a ofensa ao direito à vida ainda que ao final da Carta (art. 141) (BALEEIRO; SOBRINHO, 2012, p. 66 e 81).

A Norma Civil brasileira (Lei n. 10.406/2002) prevê a Teoria Natalista (art. 2º) do direito à vida, considerando o nascituro um mero detentor de expectativa de direitos sendo pessoa somente aquele que nascer com vida. O nascituro é concebido como coisa sem direito à vida. Contrária a essa corrente, a proteção do nascituro tem sido reforçada pela Teoria Concepcionista que tem por fundamento o Esboço da Consolidação das Leis Civis, artigo 1º, de Teixeira de Freitas, defendendo a salvaguarda legal dos direitos do nascituro desde o momento da concepção (TARTUCE, 2014, p. 119-122) - em consonância com o Pacto de São José da Costa Rica em vigor atualmente.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil omitiram-se em determinar o conceito de “vida”, não trouxeram elementos que pudessem esclarecer sobre o momento em que se tem o início da vida ou quando uma pessoa é considerada morta.

O Código Penal brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848/1940) preocupou-se com os crimes contra a vida da pessoa apenas sob o ângulo da existência física. No primeiro capítulo, do artigo 121 a 128, encontram-se as espécies de homicídio, de suicídio, de infanticídio e certas realidades de aborto (CURIA; CESPEDES; NICOLETTI, 2015).

A proteção da vida é um ponto sensível por ser um direito assumidamente fundamental, mas passível de ser confrontado com outros direitos também de mesma importância tais como a liberdade e a autonomia da vontade. Esse complexo arranjo em que se articulam novos fenômenos bioéticos, difíceis de serem resolvidos, requer um grau de aperfeiçoamento jurídico tal que o Poder Legislativo não logra solucionar demandando a atuação ativa do Poder Judiciário o qual se transforma em um mecanismo de efetivação de direitos (RECKZIEGEL; FREITAS, 2014, p. 694 e 716).

Essa realidade conjuga uma problemática interdisciplinar que envolve a Bioética e o Biodireito com vistas a elaboração de um arcabouço normativo composto de limites, diretrizes e normas éticas e jurídicas que sirvam para regular procedimentos biomédicos (MÖLLER, 2009, p. 23-53).

O Supremo Tribunal Federal vem sendo impulsionado a resolver conflitos que caberiam ao Poder Legislativo. A Corte Máxima brasileira, cuja função deveria resumir-se tão somente em apresentar juízo sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos, é impulsionada a decidir conflitos que caberiam àquele, visto ser o representante legal do povo brasileiro. De todo modo, pelo fato de o Tribunal consistir no intérprete da Constituição, resta indispensável reservar um espaço neste escrito para agregar os entendimentos de alguns dos seus membros sobre a temática, com a ressalva, diga-se desde logo, que as decisões selecionadas cumpriram o papel tão somente de suporte para se compreender, neste momento, a conformação atual da vida em si e dos direitos a ela correspondentes.

O Ministro Marco Aurélio não visualiza hierarquia entre os direitos individuais e coloca o direito à vida, à saúde física e mental, à autodeterminação e à liberdade todos no mesmo patamar. A sua percepção é de que a Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLVII e artigo 84, inciso XIX) contempla a pena de morte em situação de guerra declarada. Ademais, o direito à vida não é absoluto, nos exatos termos do Código Penal brasileiro, nos artigos 124, 126 e 128, o qual admite o aborto ético ou humanitário de feto, sadio ou não, em caso de estupro (BRASIL, 2012, p. 32-56). A seu ver, a força da tutela estatal da vida humana é proporcional ao desenvolvimento do ser humano, pois o homicídio é um delito apenado entre seis a vinte anos, ao passo que o crime de aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento recebe pena entre um a três anos (BRASIL, 2012, p. 59).

O Ministro Cezar Peluso defende a omissão constitucional da definição de “vida”, do seu início ou fim, pois isso poderia levar a subordinação de uma área pela outra. O Direito regula a vida, mas ele depende da colaboração de outras esferas do saber para estruturar regulamentos. Enquanto isso, o Código Penal e o Código Civil devem servir de orientação (BRASIL, 2012, p. 105-106). Segundo o Ministro, o Código Penal não parece preocupar-se com delitos que vão além da simples presença de sinais ele, vitais quando se remete à “vida”. Da mesma forma, o artigo 2º do Código Civil deixa lacunas quanto ao significado da “vida”, tratando apenas da personalidade jurídica da pessoa a partir do seu nascimento com vida. Essa tarefa, diz ele, é do Biodireito. A Lei de Transplantes de Órgãos (n. 9.434/97) estabelece, com amparo em parecer do Conselho Federal

de Medicina sobre os parâmetros clínicos de diagnóstico da morte, que a morte ocorre com o fim da atividade cerebral inexistindo atividades psíquicas no indivíduo que lhe permitam a mínima chance de vivência em sociedade. Esse é o critério adotado hoje pelo Código Civil, Código Penal, e Biodireito (BRASIL, 2012, p. 108-124).

Ademais, segundo Cezar Peluso, a proteção pelo Código Penal da vida humana como bem jurídico obedece a uma gradação progressiva: o aborto provocado pela gestante (1 a 3 anos) e do sujeito que o provoca (1 a 4 anos); o induzimento, auxílio e instigação ao suicídio e o infanticídio em estado puerperal (2 a 6 anos) e a pena de homicídio (6 a 20 anos) (BRASIL, 2012, p. 105).

Em consonância com o Ministro César Peluso, o Ministro Ayres de Brito afirma que a vida humana se efetiva desde o momento em que estejam presentes no feto as terminações nervosas que lhe viabilizem vida autônoma. Isso, contudo, não significa que tanto a fase embrionária como a fetal do indivíduo não recebam proteção da norma infraconstitucional. Porém, o desenvolvimento do embrião em gestação humana só acontece se implantado no útero humano (BRASIL, 2012, p. 134-207).

A Ministra Cármen Lúcia considera a dignidade humana superior a qualquer direito. Por isso, a pessoa tem liberdade de dispor da vida (BRASIL, 2012, p. 342 e 352-353).

Por derradeiro, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em nível mundial, representou um marco ocidental do direito à vida assim como a Constituição da República Federativa de 1988 o fez no direito interno. Entretanto, o direito à vida não possui natureza absoluta na medida em que, ao longo dos milhares de anos, outros direitos foram reconhecidos também de índole fundamental, e isso tem gerado controvérsias quanto aos limites de agressão à vida humana a que se pode chegar.

Concorde-se que a morte assistida por médicos, as técnicas que manipulem embriões humanos e que possam alterar toda a espécie humana bem como as questões que tratam do aborto, por mais que pareçam resolvidas, continuam provocando polêmica. Em verdade, são discussões que devem ser analisadas e regulamentadas dentro da Bioética e do Biodireito.

No Brasil, no que tange ao começo da vida, enquanto o Código Civil pende para o lado da Teoria Natalista, considerando pessoa e sujeito de direitos e deveres o feto que nasce com vida, paradoxalmente, o país é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, o qual determina a tutela da vida já a partir da concepção - isso sem levar em conta que as religiões também pregam a fecundação como o princípio da vida humana.

O STF, por sua vez, volta-se para a Lei de Transplantes de Órgãos (n. 9.434/97) que determina como fim da vida a morte encefálica, de acordo com a Resolução n. 1.346/91 e n. 1.480/97, ambas emanadas do Conselho Federal de Medicina, parecendo tender para uma gradação progressiva da tutela da vida humana ao longo do desenvolvimento do ser humano e considera o início da vida a presença de terminações nervosas no feto, embora reconheça que antes disso o feto tenha proteção legal. Percebe-se que a jurisprudência pátria anda em estreita harmonia com o entendimento do pensador estadunidense, Dworkin (2003), no que toca ao momento em que ocorre o começo da vida.

Dworkin (2003, p. 70), em sua obra, “O Domínio da Vida”, afirma que as questões que envolvem o aborto envolvem crenças religiosas que atribuem a qualquer forma de vida humana um valor sagrado e intrínseco, uma criação divina, e não defendem a ideia de que feto é uma pessoa com interesses e direitos próprios. As feministas, bem como a política de inúmeros países,

partilham expressa ou intuitivamente a ideia de que a vida humana possui um valor intrínseco e objetivo independente do valor pessoal de cada um (DWORKIN, 2003, p. 94). O feto não é pessoa constitucional (DWORKIN, 2003, p. 226), sendo essa uma decisão que deva ser tomada em nível nacional. A questão é decidir quando o feto logra interesses e direitos, inclusive o de sobreviver (DWORKIN, 2003, p. 29), pois o feto não os possui a partir da concepção (DWORKIN, 2003, p. 19), mas sim ao final da gestação com o desenvolvimento do sistema nervoso fetal, não antes da maturação do córtex (DWORKIN, 2003, p. 23-24).

A vida, entretanto, é um fim naturalmente disposto no ser organizado (KANT, 2009, p. 107). Todos têm dever de conservá-la (KANT, 2009, p. 117). Isso não significa que o zelo açodado para com a vida, devotado pela maioria dos homens, tenha qualquer valor intrínseco ou sua máxima possua valor moral, visto que a vida é preservada de acordo *com o dever* e não *por dever*. A máxima, no entanto, possui dever moral se a pessoa conserva a vida por dever e não por medo ou inclinação, por exemplo, uma pessoa desgostosa e sem esperança não quer mais viver, sente mais revolta por causa dos acontecimentos do que medo e deseja ceifar a própria vida, mas a conserva sem amá-la (KANT, 2009, p. 117-119).

Com relação ao fim da vida, na bibliografia pesquisada, é pacífica a visão de que ela acontece com a morte encefálica do indivíduo, sendo esse critério defendido pela Medicina, legislação e jurisprudência pátria e religião Católica.

A vida é um direito que não prescinde do elemento histórico, eis que foi reconhecida e interpretada no tempo ao sabor do momento vivido. A noção contemporânea desse direito teve, em sua origem, a influência dos conteúdos normativos da religião, que até hoje se faz presente, acentuando a sacralidade da vida.

Além disso, é um direito universal já consagrado em diplomas de direitos humanos universais e regionais. É fundamental na medida em que faz parte dos sistemas jurídicos internos dos Estados no afã da proteção e da promoção dos direitos humanos em nível local, todavia relativizado quando confrontado com outros direitos fundamentais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida humana é exaustivamente reconhecida como um direito humano fundamental e universal e, por consequência, levanta controvérsias sempre que reduzida a objeto, posta em risco ou violada. A tônica do direito de viver ou manter-se vivo parece ter dado espaço para a busca da qualidade de vida. O avanço e aceleração tecnológica somado à especialização de técnicas da Medicina prometem vida longa e maior bem-estar. Nesse cenário surgem questões como a legalização da eutanásia ativa, do “suicídio assistido”, da manipulação genética ou de embriões dentre outras realidades da vida.

Os vários aspectos que envolvem a vida repercutem na morte. Se o início da vida implica o reconhecimento de direitos e deveres, a morte pode levar ao fim de muitos deles. Da definição do conceito de vida depreende-se a da morte e vice-versa, ou, no mínimo, uma aproximação conceitual. Ocorre, contudo, que não se tem uma definição consensual e unívoca do significado de “vida” nem do exato momento em que ela começa ou termina gerando debates e incertezas doutrinárias e jurisprudências que refletem no destino da vida das pessoas. Posto isso, entendeu-se pela urgente necessidade de resolução do problema, partindo-se, em princípio, da análise dos

aspectos religiosos, espirituais, filosóficos, biológicos, morais e éticos, todos estudados dentro de uma evolução histórica com início na antiguidade.

Descobriu-se que a religião foi e tem sido um braço vital na preservação da vida humana. Além disso, o uso da razão humana, muito desenvolvida já entre os gregos e romanos, foi determinante para a solidificação dos direitos individuais no período moderno e consistiu em uma expressiva contribuição para a universalização dos direitos no mundo ocidental, especialmente após a primeira metade do século XX de conturbada beligerância em que a vida foi reduzida a objeto.

Os direitos fundamentais, no Brasil, foram enfatizados na Constituição Federal de 1988, vindo o direito à vida disciplinado logo no artigo 5º da referida Carta. Não existe definição constitucional, civil ou penal de “vida” humana nem se alcançou um entendimento pacífico quanto ao momento em que ela inicia. Parece, entretanto, haver um consenso ocidental sobre os parâmetros da morte humana que se dá com a morte encefálica.

Sob a ótica ocidental, a atual conformação dos direitos humanos compreende a universalidade, isto é, pertencem a todos os seres humanos a fundamentalidade, já que são essenciais; a abstratividade, vez que podem entrar em colisão com outros direitos fundamentais; a moralidade, visto que podem ser alegados a qualquer ser racional; são superiores às normas positivadas; detêm valoração ética, objetivando proteger a dignidade humana; e são históricos, na medida em que cada vez mais são reconhecidos novos direitos com a evolução da humanidade. A coexistência desses aspectos com a influência de tradições religiosas e laicas imprime complexidade aos direitos humanos.

THE HUMAN RIGHT TO LIFE: A LOOK ON ITS HISTORICAL CONSOLIDATION

ABSTRACT

This article aims to bring to light the present interpretation attributed to the right to life as well as to detail its protection along humanity. For this purpose, the frame of life and death and its interfaces with religion and spirituality, the right to life historical evolution, the right to life as a human right and the national and international protection and the Federal Supreme Court understandings were studied. The survey was conducted according to the deductive method of approach with bibliographic and documental research technique from national and international references. It was concluded that the right to life suffered influence of history, it is a universal, fundamental, abstract and relative right, being a product of the interference of religious, philosophical and bioethical aspects. It was discovered that there is a common understanding relating to the moment life finishes but resting the end of life moment under controversy. Keywords: Fundamental. Historicity. Protection. Religion. Right to life.

REFERÊNCIAS

ABDALATI, Hammudah. *Islam em foco*. Apoio Cultural do Centro de Divulgação do Islam para a América Latina. São Bernardo do Campo: Makkah, 2012.

ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. In: ALEXY, Robert (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A expansão cultural dos direitos humanos fundamentais e a formação de uma consciência universal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BRANCO, Gerson Luiz Carlos; PORCIUNCULA, Marcelo. *A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficaciais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

- BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e proteção internacional dos direitos humanos fundamentais: desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.
- BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras v. 5: 1946*. 3. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.
- BARRETO, Vicente de Paulo; WASEM, Franciele. Entre duas escrituras: multiculturalismo e direitos humanos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas (Org.). *A realização e proteção internacional dos direitos humanos fundamentais: desafios do século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.
- BECK, Roger. Thus spake not zarathushtra: zoroastrian pseudepigrapha of the Greco-Roman World. In: BOYCE, Mary; GRENET, Frantz. *A history of zoroastrianism*. Leiden: Brill Publishers, 1991. v. 3.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n. 40, set./dez. 2000.
- BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *JusBrasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. Regula a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 05 maio 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510*. Lei de Biossegurança. Impugnação em Bloco do art. 5º da Lei n. 11.105/2005. Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 27 maio 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp_sob_o_numero_56662>. Acesso em: 26 mar. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54*. Distrito Federal. Feto Anencéfalo. Interrupção da Gravidez. Relator: Ministro Celso de Melo. Julgamento em 12 abr. 2012. Brasília, DF, 30 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/sobonumero1941415>>. Acesso em: 26 mar. 2015.
- BRIGGS, Charles Augustus. *Fundamental christian faith: the origin, history and interpretation of the apostles' and nicene creeds*. New York: Charles Scribner's Sons, 1913.
- CERECEDA, Francisco Cumplido. El derecho a la vida y el deber de vivir: Conferencia del Rector de la Universidad Miguel de Cervantes Prof. Francisco Cumplido C, en acto inaugural de las jornadas argentino-chileno-peruanas de derecho constitucional. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 1, p. 385-388, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CONTI, Matilde Carone Slaibi. *Biodireito: a norma da vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CREEL, Herrlee Glessner. *Confucius: the man and the myth*. New York: John Day Company, 1949.

CURIA, Luiz Roberto; CESPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana (Colab.). *Código 3 em 1: Penal, Processo Penal e Constituição Federal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL ISLÂMICA DOS DIREITOS HUMANOS. *Centro de Divulgação do Islã para a América Latina*. São Paulo: Makkah, 2012.

DEVINE, Carol et al. A history of human rights theory. In: DEVINE, Carol et al. *Human rights: the essential reference*. Phoenix: The Oryx Press, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FLORIANI, Ciro Augusto. Moderno movimento *hospice: kalotanásia* e o revivalismo estético da boa morte. *Revista Bioética*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 397-404, 2013.

GIDDENS, Anthony. *Capitalismo e moderna teoria social*. 6. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2005.

GOLDIM, José Roberto. O que é o embrião. In: KIPPER, José Délio; MARQUES, Caio Coelho; FEIJÓ, Anamaria (Org.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Karina Jannini. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2010.

HAMILTON, Sue. *Early buddhism: a new approach: the I of the beholder*. New York: Routledge, 2000.

HOBBS, Leviatã. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ISHAY, Micheline. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. London: University of California Press Ltda., 2003.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

KIERKEGAARD, Soren Aabye. *Diário de um sedutor: temor e tremor; o desespero humano*. Tradução: Carlos Grifo, Maria José Marinho e Adolfo Casais Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KIERKEGAARD, Soren Aabye. *O conceito de angústia*. São Paulo: Hemus, 1968.

LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2003.

LAUREN, Paul Gordon. *The evolution of international human rights: visions seen*. 3. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2011.

LOCKE, John. *O segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 3. ed. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 2001.

MÖLLER, Leticia Ludwig. Esperança e responsabilidade: os rumos da bioética e do biodireito diante do progresso da ciência. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Leticia Ludwig. *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOTTA, Márcia Vieira da et al. Pedidos para interrupção de gestação de anencéfalos: jurisprudência no estado de São Paulo. *Saúde, Ética & Justiça*, v. 18, n. 2, p. 146-56, 2013.
- OLIVEIRA, Júlio Aguiar de; LESSA, Bárbara Alencar Ferreira. A teoria do direito natural de São Tomás de Aquino: uma reflexão a partir das críticas de Hans Kelsen ao jusnaturalismo. In: CONGRESSO NACIONAL DO COMPEDI, 17., 2008, Brasília, DF. *Anais...* Brasília, DF, 2008.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. Direito constitucional módulo V: direitos humanos e o direito constitucional internacional. Currículo permanente. *Caderno de Direito Constitucional*, EMAGIS, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RECKZIEGEL, Janaína; FREITAS, Riva Sobrado de. Limites e abusos de interpretação do Supremo Tribunal Federal no caso ADPF 54 (aborto de anencéfalo): análise crítica a partir de Habermas e Streck. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 693-720, set./dez. 2014.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SALGUEIRO, Jennifer Braathen; GOLDIM, José Roberto. As múltiplas interfaces da Bioética com a religião e a espiritualidade. In: GOLDIM, José Roberto et al. *Bioética e espiritualidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. (Coleção Bioética 1).
- SALLES, Alvaro Angelo. Bioética e processos de religiosidade entre os pacientes com doenças terminais no Brasil. *Revista Bioética*, Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, v. 22, n. 3, p. 397-406, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito “vida” em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. *Revista Bioética*, v. 17, n. 3, p. 377, 2009.
- SOUZA, José Fernando Vital; MEZZAROBBA, Orides. Direitos humanos no século XXI: uma utopia possível ou uma quimera irrealizável? In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.
- SPIANDORELLO, Wilson Paloschi. Cenário de desenvolvimento da vida humana e reflexões sobre o aborto. *Revista Bioética*, Brasília, DF, v. 20, n. 3, p. 425-435, 2012.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil 1: lei de introdução e parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

WILSON, John. *Pensar com conceitos*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ABORTO DECORRENTE DE ESTUPRO: AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER *VERSUS* O DIREITO À VIDA DO NASCITURO SOB A ÉGIDE DA DIGNIDADE HUMANA

Elaine Julliane Chielle*

RESUMO

O presente estudo tem por base a análise do conflito entre a autonomia da vontade da mulher sobre o seu próprio corpo e direito à vida do nascituro diante do dilema do aborto decorrente de estupro. A autonomia da vontade da mulher, no presente estudo, está relacionada ao direito decisorio sobre o seu corpo no que diz respeito a gestar (ou não), o nascituro fruto de uma violação à sua liberdade sexual, ou seja, de um estupro. De outro lado, temos os direitos do nascituro, com foco no direito à vida. A questão encontra divergência por se tratar da colisão entre dois direitos fundamentais, ao que recai à problemática sobre qual destes direitos fundamentais deve prevalecer em detrimento do outro, considerando a incidência da dignidade da pessoa humana. Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direito à vida. Direito de autonomia. Aborto decorrente de estupro.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo procura abordar dois direitos fundamentais, o direito a vida e o direito a autonomia da vontade, no ponto em que esses dois direitos colidem na polêmica questão do aborto decorrente de estupro. A abordagem de ambos os direitos, é feita sob a luz da dignidade da pessoa humana, que cada vez mais obtém seu reconhecimento em âmbito internacional, e que possui vínculo direito com todos os direitos fundamentais.

Será analisado no decorrer deste estudo a importância do reconhecimento da autonomia da vontade da mulher, como exercício do próprio direito a liberdade e da formação da identidade individual, demonstrando a importância da autonomia da vontade para decidir a respeito da possibilidade do aborto quando a gravidez é indesejada em decorrência de estupro, e, de outro lado, a importância da inviolabilidade do direito à vida, direito este que antecede a todos os demais direitos fundamentais, e que possui seu marco desde a concepção.

A abordagem do problema proposto não se restringe a posicionamentos a respeito da legislação brasileira, mas sim em conformidade com a dignidade da pessoa humana em âmbito global, que se encontra atrelada a ambos os direitos fundamentais aqui apresentados, restando evidente a importância de seu reconhecimento e proteção em âmbito universal.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Antes de falarmos sobre o conceito atual da dignidade da pessoa humana, é importante iniciar com uma breve evolução histórica sobre a concepção da própria pessoa humana.

* Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; jullianechielle@hotmail.com

As primeiras reflexões a respeito da natureza humana ocorreram entre os anos 600 e 480 a.C., reflexões estas que ocorreram após o abandono de explicações mitológicas sobre a criação do mundo por deuses. A partir de então, na Ásia e na Grécia, surgiu a filosofia, onde o saber mitológico da tradição foi substituído pelo saber lógico da razão, com o exercício da faculdade crítica racional da realidade (COMPARATO, 2010, p. 21).

No século V a.C., em Atenas, há o questionamento sobre qual deveria ser o critério supremo das ações humanas, concluindo-se pelo próprio homem, e conseqüentemente a busca pela definição sobre quem é o homem (COMPARATO, 2010, p. 21-22).

Comparato (2010, p. 22-23) conclui que foi no período axial que o ser humano passou a ser considerado, em sua igualdade essencial, um ser dotado de liberdade e razão, apesar de suas múltiplas diferenças, o que lançou os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e também para a afirmação sobre a existência de direitos universais a ela inerentes.

Seguindo na evolução, Tonial (2008, p. 50) diz que o Renascimento e o Iluminismo desfiaram o período denominado “noite dos mil anos” (período este compreendido entre os séculos XIV e XV, marcado como uma época de irracionalidades, atraso e forte domínio religioso), e que Descartes definiu o homem como sendo um ser inteligente por natureza, e por essa determinação essencial, destinado a confiar nos outros, ao tempo que Pufendorf defendia que a dignidade da pessoa humana constava na sua liberdade de escolha em conformidade com o seu entendimento.

Posteriormente, Tonial (2008, p. 51) afirma o destaque da teoria contratualista, defendendo “[...] o estado da natureza como pressuposto da liberdade e da igualdade entre todas as pessoas”, o que constituiu na primeira aproximação moderna da concepção de direitos humanos. Seguindo com o importante marco da filosofia kantiana na construção da definição sobre a pessoa humana como sujeito de direitos universais, devendo o homem agir em conformidade com leis e princípios por ele criados, e por ser um ser racional, possuidor de dignidade, merecendo assim respeito e consideração. Para Kant, a pessoa humana existia como fim e si mesma. Posteriormente, a concepção do ser humano, encontrou na metafísica sua qualificação como um ente dotado de valor natural, com dignidade congênita, oriunda de sua racionalidade e liberdade.

Tonial (2008, p. 52), também relata a importância da noção jurídica da pessoa humana que as revoluções do século XVIII causaram. E que os direitos fundamentais daquela época remetiam aos ramos do direito público e limitavam o poder do Estado. Por último, a autora descreve sobre o século XX, onde a pessoa obteve seu entendimento como ser único e insubstituível, com valores próprios e merecedor de respeito à sua vida, aos seus direitos e à sua dignidade. Esse entendimento se deve ao pensamento existencialista e à filosofia da vida sustentado, onde “[...] cada ser humano vive inserido na sociedade e em constante mutação e adaptação ao meio, pelo fato de se constituir num ser inacabado e necessitar dessa interação com os demais para completar-se.”

A visão da pessoa humana como cidadã do mundo e o reconhecimento de seus direitos, especialmente à vida e à dignidade, ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, devido às barbáries, crueldade e desprezo dos próprios seres humanos por seus semelhantes, que até hoje causam repulsa. Foi neste contexto que surgiu o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a positivação dos direitos humanos em tratados internacionais, reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana em âmbito global, e o surgimento de diversos pactos tratando sobre a dignidade humana, tais como: a Carta das Nações Unidas em 1945, a Declaração universal dos direitos humanos no ano de 1948, ainda no mesmo ano a Declaração americana dos direitos e deveres do homem, em 1966 o

Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher em 1979, a Convenção das Nações Unidas sobre a tortura em 1984 e a recente Convenção sobre o direito das crianças, em 1989 (TONIAL, 2008, p. 52).

Piovesan (2006, p. 51) descreve a importância que as teorizações de Kant tiveram, e ainda tem no processo de evolução dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, isso se deve pelo fato de a filosofia jurídica da segunda metade do século XX, se abrir para a seara axiológica sob a premissa do valor intrínseco que o homem possui. Dessa maneira, a percepção axiológica designou os direitos humanos e os direitos fundamentais como valores primordiais do ordenamento jurídico e também da convivência humana enquanto sociedade.

Após as breves pinceladas a respeito da evolução história sobre a pessoa humana, passemos a estudar a conceituação da dignidade da pessoa humana.

Ainda nos tempos atuais, permanece sem consenso o conceito exato sobre o que é a dignidade da pessoa humana, mas o entendimento predominante é de que a dignidade humana é algo intrínseco ao próprio ser humano.

Sarlet (2015, p. 13) elenca como uma das principais dificuldades para a compreensão jurídico-constitucional da dignidade da pessoa humana o fato de ser diferente do que ocorre com outras normas jusfundamentais, pois a dignidade da pessoa humana não trata de aspectos específicos da existência humana, como, por exemplo, integridade física ou propriedade, mas de uma qualidade tida para muitos como inerente a todo e qualquer ser humano. Em decorrência disso, Sarlet (2005, p. 16) diz que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, e que embora essa definição não contribua para uma compreensão satisfatória sobre o que seja, efetivamente, o âmbito de proteção da dignidade, ao menos esclarece no que diz respeito à sua condição jurídico-normativa.

Nos dizeres de Moraes (2011, p. 48), a dignidade humana se trata de um valor espiritual e moral que é inerente à pessoa, e que carrega consigo a exigência ao respeito por parte das demais pessoas constituindo assim um mínimo vulnerável que deve ser assegurado por todo estatuto jurídico, podendo haver limitações apenas em caráter excepcional ao exercício dos direitos fundamentais, e ainda assim “[...] sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”

Retomando Sarlet (2005, p. 30), a dignidade possui dimensão dúplice, se manifestando assim de duas maneiras, na primeira como expressão da autonomia da pessoa humana, e em segundo como objeto, onde deverá recair obrigatoriamente a proteção e o respeito, seja pelo Estado ou pela comunidade.

Sarlet (2005, p. 32-33) vislumbra a dignidade da pessoa humana, concomitantemente como um limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, dizendo que esta condição dúplice também aponta para uma dimensão defensiva e prestacional da dignidade que é paralela e conexa. Afirmando que em decorrência da dignidade, a pessoa, além de não poder ser reduzida à condição de mero objeto da ação de terceiros, gera direitos fundamentais que vão contra atos que violem ou mesmo exponham a graves ameaças. Sendo tarefa constitucional a previsão de deveres concretos por parte de órgãos estatais, a tutela da dignidade da pessoa humana para todos.

Neste sentido, vale trazer também o posicionamento de Bortoluzzi (2005, p. 3), que explica “a dimensão tarefa” do princípio da dignidade da pessoa humana como resultado da imposição ao Estado e da comunidade, em preservar a dignidade existente, de maneira a promover e criar condições com o objetivo de possibilitar o pleno exercício e fruição da mesma. Assim, é obrigação

do Estado a função de promover as condições que tornem realizáveis e capazes de remover toda a sorte de obstáculos que impeçam as pessoas de viverem com dignidade, o objetivo de promover e realizar concretamente uma vida com dignidade para todos.

O princípio da dignidade humana seria, de acordo com Barreto (2010, p. 70-72), “[...] não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana.” A dignidade humana, de acordo com o autor, constitui-se em um princípio que deve servir como referência para todos os demais princípios de um ordenamento jurídico. Todos os direitos individuais devem observar a dignidade humana e legitimar os direitos fundamentais, que constituem a base da dignidade humana.

Para Barroso (2010, p. 18), a visão contemporânea sobre dignidade da pessoa humana incorporou e refinou várias ideias, que o autor resume em uma proposição e a apresenta da seguinte forma: “[...] a conduta ética consiste em agir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal;” a herança da filosofia kantiana em que “[...] todo homem é um fim em si mesmo, não devendo ser funcionalizado a projetos alheios”; e por fim “[...] as pessoas humanas não têm preço nem podem ser substituídas, possuindo um valor absoluto, ao qual se dá o nome de dignidade.”

A dignidade possui conceito cujo sentido e alcance sofrem influências históricas, religiosas e políticas, passível de variação nas diferentes jurisdições. Mas na busca em um sentido mínimo capaz de se tornar universal e aplicável a todo ser humano independente de onde se encontre, Barroso (2010, p. 21) vislumbra a estreita conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos (ou fundamentais), onde uma se encontra voltada para a filosofia, expressando valores morais que singularizam todas as pessoas e as torna merecedoras de respeito e consideração de maneira igual; e outra se encontra voltada para o Direito, traduzindo posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, e tuteladas por normas coercitivas e pela atuação judicial. “Em suma: a moral sob a forma de Direito”. E destacam três conteúdos essenciais da dignidade, quais sejam: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana.

Desse modo, ainda que não haja consonância a respeito da dignidade da pessoa humana, podemos afirmar a sua evolução no decorrer da história, onde a pessoa humana ganhou reconhecimento como ser singular, racional, insubstituível e com direitos próprios de sua natureza humana. Dentre estes direitos, a dignidade começou a ganhar espaço, mas o seu conceito mais aceito, só encontrou espaço no período atual, onde os direitos humanos fundamentais e a dignidade da pessoa humana é largamente tratada em âmbito universal. A dignidade humana para tanto, possui maior entendimento como sendo valor intrínseco, moral e espiritual do ser humano, existente e atrelado à sua natureza, devendo ser respeitada, reconhecida e assegurada pelo Estado e pela sociedade.

3 AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER

Não se deseja fazer aqui um estudo restrito apenas na legislação brasileira, discutindo a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis que preveem o aborto decorrente de estupro, mas sim fazer uma análise no âmbito da dignidade humana sobre o direito de autonomia da vontade da mulher para decidir respeito do aborto (ou não). Para tanto, iniciemos com a conceituação sobre a autonomia da vontade por filósofos e renomados doutrinadores que priorizam o efetivo exercício desse direito.

Kant é reconhecidamente o filósofo que elaborou o princípio da autonomia na filosofia e moral, é e referência mundial entre outros filósofos e doutrinadores.

Nesse contexto, Weber (2009, p. 235) relata que o conceito de autonomia da vontade, segundo Kant, em “Fundamentação da Metafísica dos Costumes” é considerada “o princípio supremo da moralidade”. O princípio dessa autonomia consiste na escolha das máximas que possam ser convertidas em leis universais simultaneamente. A autonomia pode ser considerada como a autodeterminação da vontade e também o princípio mais elementar da democracia moderna.

Para Kant, a dignidade e a autonomia estão intimamente ligadas, Weber (2009, p. 235) afirma que nessa associação há a consideração do homem como um fim em si mesmo por possuir dignidade, que é uma qualidade intrínseca, e por não ser uma coisa ou possuir um preço. Consequentemente, o homem tem faculdades e capacidades, é um ser racional e razoável, com personalidade moral, o que lhe possibilita ter “boa vontade e um bom caráter moral”.

Em releitura às obras de Kant, Weber (2009, p. 241) afirma que “A dignidade de um ser racional está no fato de poder obedecer à lei que ele mesmo se dá, isto é, a dignidade está na autonomia.”

O conceito chave para explicar o princípio da autonomia é a liberdade, na filosofia kantiana, concluindo-se que “A liberdade da vontade é a autonomia ou uma vontade livre equivalente a uma vontade autônoma.” (WEBER. 2009, p. 243).

A autonomia da vontade também encontra sua conceituação por Cabral (2004, p. 89), o qual afirma que a autonomia da vontade possui relação com a liberdade de autodeterminação, ou seja, a manifestação da vontade livre.

Já para Sarlet (2005, p. 30), a autonomia da pessoa humana constitui uma das dimensões da dignidade da pessoa humana, estando “[...] vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência.”

Em suma, podemos dizer que a autonomia é o poder de autodeterminação, que possui caráter racional e está intimamente ligada à dignidade humana, enquanto exercício da liberdade do ser, e com a moral, visto a sua efetivação ocorrer em conformidade a valores próprios.

A autonomia da vontade permite ao sujeito a decisão de suas próprias ações de acordo com motivações pessoais, mas assim como todos os direitos fundamentais, também a autonomia da vontade não é um direito absoluto, encontrando sua limitação em abstenções impostas pelo Estado, e na dignidade humana de seu semelhante, pois a dignidade humana é direito de todos, e não deve prevalecer para um em detrimento de outro.

Neste ponto, no que diz respeito ao estudo proposto, vale tecer algumas considerações a respeito da autonomia da mulher sobre seu corpo, no que diz respeito à escolha da gestação de um filho, ou em optar pelo aborto, quando essa gestação for fruto de uma violação de seu próprio corpo em decorrência de um estupro.

Cohen (2012), em sua obra *Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto*, a autora discorre a respeito de privacidade, com foco na autonomia decisória no que diz respeito à “zona de intimidade”, com um princípio de direito individual à privacidade.

A autora manifesta também em sua obra uma contraposição sobre a justificação de privacidade atual para o direito, no que se refere ao aborto, que nada faz para ocultar os estereótipos tradicionais de gênero a respeito do papel adequado da mulher na sociedade.

Para Cohen (2012), usufruir de um direito à privacidade é garantir a autonomia decisória com respeito a certos assuntos pessoais. E para ela, o direito à privacidade pessoal significa a não obrigação de justificar as próprias ações em um processo discursivo, e a não obrigação em ter de oferecer razões que todos conjuntamente poderiam aceitar como suas. Não importa se as razões que levaram uma pessoa a tomar suas decisões poderiam ser aceitas por mais alguém. E nem o Estado não pode exigir que sejam reveladas as razões para agir, o que significa também a privacidade informacional.

No que tange à autonomia decisória da mulher sobre a procriação, Cohen (2012), afirma que para entender o direito ao aborto é necessário entender as dimensões concretas e abstratas das nossas individualidades.

“Somos todos individualidades corporificadas.” O corpo, a interpretação simbólica do próprio corpo e o sentimento de controle sobre o corpo são bases para o sentido de individualidade, para a identidade e dignidade pessoal. O corpo não é extrínseco a quem se é, mas também é possível perder algumas partes do corpo sem, contudo, se perder a identidade pessoal. Assim, as individualidades e identidades, são intrínsecas ao corpo e ao que é feito dele, “[...], pois nossos corpos são o nosso modo de ser no mundo.” (COHEN, 2012).

Ao defender o direito ao aborto, o que se está em questão é a individualidade e a identidade da mulher. Por isso é que a liberdade nesse caso soa como extremamente pessoal, íntimo e fundamental, merecendo proteção (COHEN, 2012).

De acordo com o explanado anteriormente, o ser humano possui valor singular, e é insubstituível, daí temos também o sentido da individualidade. Cada ser humano possui também dignidade humana, e a autonomia da vontade está diretamente ligada à dignidade. No caso do estupro, temos uma violação à liberdade sexual, e também uma violação ao próprio corpo. Mas fruto desse estupro, muitas vezes, é uma gravidez não planejada, indesejada pela angústia e ressentimento ao lembrar a violência que a originou.

Nessa altura, vale novamente os dizeres de Cohen (2012), em que forçar uma mulher a suportar uma gravidez indesejada, é conseqüentemente é impor-lhe uma identidade, qual seja a identidade de mulher grávida e de mãe. Uma gravidez constitui mudanças na personificação da mulher, assim como nos planos físico, emocional e simbólico, e, conseqüentemente, na sua identidade e sentimento de individualidade. Uma gravidez acaba por surtir não só uma grande transformação corporal, mas também uma nova identidade e nova relação íntima, com pesados investimentos e implicações que extrapolam o desconforto físico e as questões relacionadas ao estilo de vida. Portanto, uma gravidez indesejada é muito mais complexa do que os defensores do aborto como um crime acreditam ser.

O respeito à autonomia da vontade da mulher sobre o aborto, significa também a inviolabilidade da personalidade, da identidade e da liberdade.

A autonomia decisória da pessoa, assim como a sua integridade corporal e a inviolabilidade da personalidade, devem ser tuteladas em todo lugar. E dar às mulheres uma proteção especial para suas capacidades singulares, especialmente porque o aborto é um direito apenas das mulheres, não é reificar sua diferença, mas sim dar reconhecimento e deixar essa construção nas mãos das próprias mulheres (COHEN, 2012).

4 DIREITO À VIDA DO NASCITURO

Antes de tratar sobre o direito à vida do nascituro, se demonstra pertinente a breve apresentação sobre o significado do termo “vida” e de algumas considerações a respeito do direito à vida.

O termo “vida” é abrangente e de difícil definição unânime, mas de acordo com um conceito de um renomado crítico literário, menciona-se a definição dada por Ferreira (1999, p. 2070), para o qual significa um conjunto de qualidades e propriedades pelas quais animais e plantas se mantêm em contínua atividade. Se manifesta por meio de funções orgânicas (metabolismo, crescimento, reprodução, e outras). Define a vida também como sendo a mera existência, ou o espaço que decorre desde o nascimento até a morte.

No que diz respeito ao direito à vida, temos uma concepção quase unânime entre os estudiosos a respeito do tema, na doutrina de Moraes (2011, p. 80) diz que “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”

Cabe também mencionar a estreita ligação entre a dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Inclusive Barroso (2010, p. 23), fala que em um plano jurídico, “[...] o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. O primeiro deles, em uma ordem natural, é o direito à vida.”

Para tanto, é unânime a primazia dada ao direito à vida, e o dever do Estado, da comunidade e de todos em resguardar tal direito, seu próprio ou de outrem. Porém, a questão sobre o direito à vida, está em quando a vida começa, ponto este que serve de marco para que seja resguardado o direito.

São diversas as teorias que buscam explicar o início da vida, dentre elas temos:

- a) Teoria biológica, onde a vida se inicia no momento da fecundação do óvulo, isto é, na concepção;
- b) Teoria neurológica, na qual, pelo fato de a morte ocorrer com o encerramento das atividades cerebrais, em contrapartida, o início das atividades cerebrais seria o marco da vida;
- c) Teoria da nidificação, a vida se inicia com a fixação do embrião no útero materno;
- d) Teoria ecológica, nesta, a vida só começa quando o feto já é capaz de sobreviver fora do útero e, por fim;
- e) Teoria fisiológica, na qual a vida só tem seu início com o advento do nascimento.

Não nos cabe aqui tecer discussões sobre tais teorias, inclusive porque o início da vida não é definido na área jurídica, mas no âmbito biológico. E muito embora nos tempos atuais a biologia genética já tenha como pacífico que o início da vida ocorra no momento da concepção, este tema permanece sem definição. Consequentemente, a interrupção da gravidez, independentemente do momento ou das razões que seja praticada, possui grandes probabilidades em estar tirando a vida de um ser.

Com a fecundação do embrião, em um ponto de vista jurídico, temos o que chamamos de nascituro. O nascituro possui como conceito basicamente o ser já concebido e que está pronto

para nascer, mas que permanece no ventre materno para se desenvolver, ou seja, é um ser individual, que não se confunde com o ser de sua própria mãe.

Embora o nascituro não possua direitos subjetivos até que ocorra seu nascimento com vida, é assegurado o seu desenvolvimento sadio, e esse desenvolvimento sadio diz respeito também sobre assegurar o próprio direito à vida aqui em questão, existindo atualmente a proteção desse direito desde a concepção até mesmo acordos internacionais que tratam sobre direitos humanos.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 4º, prevê expressamente a proteção à vida desde momento de sua concepção sob o seguinte texto: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Assim, além da imensurável preocupação em proteção à vida em âmbito internacional, por se tratar de um direito fundamental inviolável, já existe também o reconhecimento e proteção da vida desde a sua concepção, tendo como alvo o nascituro.

Para que exista a garantia do direito fundamental à vida, conforme leciona Sarlet (2001, p. 89-90), é necessário que se observe que só haverá efetividade de tais direitos se houver o reconhecimento de que o valor dignidade humana esteja presente como um valor a ser garantido em todos os direitos fundamentais.

A respeito da preservação da vida, mesmo em Kant já se encontrava a fundamentação de sua inviolabilidade, pois segundo o filósofo, considerando a pessoa um fim em si mesmo, não pode ser tratada como meio, pois isso a torna uma coisa. Inclusive, Kant menciona o cometimento do suicídio, pois além do indivíduo não ter autonomia para tal, ao cometer o suicídio a pessoa usa-se como meio e não como fim em si mesmo (WEBER, 2009, p. 240).

Sendo a vida direito fundamental primordial, do qual provem todos os demais direitos, possui caráter de excelência, estando diretamente atrelado à dignidade da pessoa humana, para tanto, a sua violação significa a violação também da dignidade da pessoa humana e no impedimento da fruição e todos os demais direitos fundamentais.

O direito a vida deve ser protegido igualmente para todos, independentemente do local onde se encontre independentemente de cultura, crença, ou qualquer diferença que se possa enumerar entre povos, inclusive ao nascituro, pois ainda que se trate de um ser não concebido, biologicamente já foi atestada a existência de vida desde a concepção.

5 CONCLUSÃO

Mediante o estudo realizado, onde se buscou justamente a valoração de cada um dos direitos fundamentais que acabam por colidir no aborto decorrente de estupro. De um lado o direito da autonomia da vontade da mulher que sofreu a violação de sua liberdade sexual e de seu próprio corpo, e de outro o direito à vida do nascituro. Percebe-se aqui o quanto o posicionamento pela prevalência de um ou de outro direito fundamental se demonstra deveras complicado.

Contudo, ainda que a autonomia da vontade da mulher sobre o seu próprio corpo tenha fundamento no exercício da liberdade e na efetivação da própria dignidade da pessoa humana, sendo o direito à vida um direito fundamental, sem o qual, por uma lógica natural, não decorrem os demais, é o posicionamento na presente problemática a favor da prevalência da vida.

Se chega a tal conclusão com base na proporção da violação de ambos os direitos. Indubitavelmente se torna muito mais gravoso e irreparável a violação de uma vida, do que a violação a autonomia da vontade.

Exercer a autonomia da vontade no caso do aborto é violar a vida de um nascituro e reduzir o ser (nascituro) e mero objeto. Além do mais, a autonomia da vontade da mulher, ao ser exercida em tal caso, acaba por extrapolar o seu limite, qual seja a dignidade da pessoa humana de outrem, pois pode violar a vida de um ser que, embora ainda não concebido, possui independência em relação à sua genitora, apenas ainda nasceu por uma questão de desenvolvimento biológico.

De acordo, principalmente, com Kant e com Sarlet, não pode o ser humano tratar outrem de maneira que o reduza a uma coisa, tornando-o mero objeto. Uma pessoa não possui autonomia nem mesmo dispor de sua própria vida, logicamente, também não deverá interferir na vida de seus semelhantes da mesma forma, ainda que o seu semelhante em questão seja o nascituro que se está a gestar, pois do contrário estaria reduzindo a mero objeto, a um simples meio de sua ação.

Se considerarmos uma escala de valores e bens jurídicos, sem sombra de dúvidas a vida será o mais alto valor humano, e o bem jurídico da vida certamente seria o mais alto valor jurídico.

Assim, mesmo para aqueles que defendam as teorias do início da vida em momentos posteriores à concepção, não se há uma certeza a respeito do real momento em que a vida se inicia. E exercer o aborto, em qualquer momento que seja, é aceitar a grande possibilidade de estar tirando a vida de um ser, violando o mais alto valor humano e bem jurídico existente. É passar por cima de um direito supremo sob o fundamento da incerteza e da prevalência ao direito da autonomia da vontade, que possui valoração secundária quando comparada ao direito à vida.

ABORTION DUE TO RAPE: AUTONOMY WOMAN WILL VERSUS THE RIGHT TO LIFE OF THE UNBORN UNDER AEGIS OF HUMAN DIGNITY

ABSTRACT

This study is based on analysis of the conflict between women's autonomy of will over his own body and the right to life of the unborn child in front of the abortion dilemma resulting from rape. The freedom of choice of women in the current study is related to the right decision on your body with regard to gestate (or not), the unborn child resulting from a violation of their sexual freedom, i.e. rape. On the other hand, we have the rights of the unborn, focusing on the right to life. The question is divergence because it is the conflict between two fundamental rights, falling back to the issue about which of these fundamental rights should prevail over the other, considering the incidence of human dignity.

Keywords: Human dignity. Right to life. Right to autonomy. Abortion due to rape.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Érico de Pina. A "autonomia" no direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, n. 5, p. 83-129, jul./set. 2004.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 7, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522012000100009&script=sci_arttext>. Acesso em: 21 abr. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BORTOLUZZI, Roger Guardiola. *A dignidade da pessoa humana e sua orientação sexual: as relações homoafetivas*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/artigos/6494/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-sua-orientacao-sexual>>. Acesso em: 20 maio 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

MORAES, Alexandre Fernandes de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TONIAL, Nadya Regina Gusella. Direitos humanos: a dignidade da pessoa humana como valor maior do sistema jurídico. *Revista Justiça do Direito*, v. 22, n. 1, 2008. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2008.

WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 9, p. 232-259, out./dez. 2009.

A AUTONOMIA DA VONTADE E O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE

Daniela Zilio*

RESUMO

O presente artigo pretende questionar se a autonomia da vontade pode embasar o direito à morte digna. O objetivo, então, coaduna-se na investigação acerca da (não) possibilidade de que a autonomia da vontade, em detrimento do direito à vida, enquanto direito humano fundamental, possa servir de escopo para a realização da eutanásia. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica exploratório-explicativa, qualitativa, utilizando-se o método hipotético-dedutivo. Os resultados conquistados com a pesquisa dizem respeito ao desbravamento do tema em análise sob uma nova perspectiva, qual seja, a dignidade humana em sua dupla dimensão. A conclusão obtida é a de que existem embasamentos teóricos muito bem fundamentados tanto para aqueles que consideram que o direito à vida deve preponderar, até porque tal direito faz parte da dimensão básica da dignidade humana, tratando-se, por conseguinte, de um direito humano fundamental, quanto para aqueles que defendem que a morte digna deve prevalecer, com base no direito de autodeterminação de cada indivíduo, inerente à sua autonomia da vontade. A contribuição alcançada refere-se justamente ao estudo realizado acerca de temas tão importantes como a autonomia da vontade, o direito à vida e a dignidade humana, que, de modo ou de outro, são sempre elucidativos dentro da seara jurídica.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Dignidade humana. Vida. Morte digna. Eutanásia.

1 INTRODUÇÃO

O estudo em voga tem como tema central a morte digna, e a polêmica emanada do embate entre a autonomia da vontade e a possibilidade da escolha pela morte digna e humanizada, em detrimento da proteção do direito à vida, enquanto parte da dimensão básica da dignidade humana.

Tal assunto tem repercussão interdisciplinar, e na ciência jurídica, possui conotação ainda mais controvertida, justamente pelo embate entre direitos tão elementares, daí a justificação da necessidade de ser sempre trazido à pauta.

Assim, pretende-se arguir o que deve prevalecer em uma situação de morte premente, a morte digna pautada na autonomia da vontade, ou a vida prolongada, ainda que repleta de dor e sofrimento, embasada no direito humano fundamental à vida?

O problema que se busca investigar, logo, pauta-se na verificação da possibilidade de escolha da morte com dignidade, pautada na autonomia da vontade, em detrimento da proteção do direito à vida. O contraponto centra-se justamente na possibilidade de que exista o direito à opção pela morte humanizada, livre de dor e sofrimento.

Objetiva-se, por conseguinte, fazer uma análise acerca da autonomia da vontade como pressuposto da própria dignidade, da dignidade humana em suas dimensões e do direito à vida en-

** Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; danielazilio@yahoo.com.br

quanto direito humano fundamental, e da morte digna, para, enfim, chegar-se ao embate objeto do estudo, centralizado na possibilidade de escolha por morrer com dignidade. Almeja-se assim, contribuir para o maior esclarecimento do tema, que é contestado por natureza.

Para tanto, primeiramente será feito um estudo acerca da autonomia da vontade, que, teoricamente, seria o escopo para a configuração da morte digna, bem como do direito ao próprio corpo como parte dos direitos da personalidade humana. Em um segundo momento, instigar-se-á acerca dos direitos humanos fundamentais, enquanto parte da dimensão básica da dignidade humana, embasando-se na teoria da dupla dimensão da dignidade, à luz do entendimento de Narciso Leandro Xavier Baez, e, logo adiante, acerca do direito humano fundamental à vida. Em seguida, pauta-se o estudo na conceituação e explicitação específica da morte digna, da eutanásia e dos conceitos correlatos. Por fim, centra-se o artigo na questão específica do embate existente entre o direito humano fundamental à vida, e a autonomia da vontade, quando da possibilidade da realização da denominada morte digna.

Quanto ao aspecto metodológico, a pesquisa baseia-se em procedimentos técnicos, racionais e sistemáticos, com o intuito de embasamento científico, proporcionando alicerces lógicos à investigação. Cuida-se, por fim, de pesquisa de coleta bibliográfica exploratório-explicativa, qualitativa, em que é utilizado o método hipotético-dedutivo, e em que se tem o escopo de, partindo de hipóteses, explorar e descrever o tema em comento, exprimindo-se as possíveis soluções para o embate que se apresenta, sem, contudo, esgotar-se a temática.

2 AUTONOMIA DA VONTADE: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

De primeiro plano, traz-se a lume que o princípio da autonomia da vontade advém da capacidade de cada ser humano de discernir racionalmente o que seria bom ou ruim para si, podendo, portanto, levar a sua vida de acordo com as suas escolhas, quando estas, logicamente, não entrassem na esfera dos direitos de outrem.

Nesta senda, não caberia ao Estado, à coletividade ou a qualquer que fosse a entidade o estabelecimento do caminho que cada pessoa deve seguir, os valores que deve crer ou as atitudes que deve ter, cabendo a cada ser humano discernir os rumos que suas vidas devem tomar, de acordo com as suas opções subjetivas (PIRES; DOS REIS, 2010).

Na mesma senda, o direito que cada pessoa tem de autodeterminar-se perante determinadas situações faz parte do seu direito à privacidade, no sentido de que existem esferas da proteção de sua personalidade que dizem respeito somente à pessoa envolvida (COHEN, 2012).

A ideia de autonomia está ligada à proteção da dignidade, pois negar ao ser humano a capacidade de decidir o modo como prefere viver, os projetos que almeja concretizar, e a forma de conduzir a sua vida, seria frustrar a possibilidade de realização existencial de cada ser (SARMENTO, 2010).

Assim, segundo o entendimento Kantiano, a liberdade, ou mais profundamente, a autonomia, e a própria dignidade humana, sempre foram figuras próximas, sendo aquela o fundamento desta e de toda a natureza racional (KANT, 2003).

Tanto é assim, que o autor explicitou que a moralidade existe na relação das ações com a autonomia da vontade, com a aptidão do ser racional de legislar e submeter-se à lei legislada, sendo tratado como fim, e nunca simplesmente como meio (KANT, 2003).

A autonomia expressa a dignidade, e decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. Assim, a autodeterminação individual e o direito ao respeito e à consideração, fazem parte do conteúdo da dignidade. Todos podem eleger seus projetos existenciais e não devem, por isso, sofrer discriminações, nem tampouco em função de sua identidade e de suas escolhas (BARROSO; MARTEL, 2010).

Desse modo, a dignidade enquanto autonomia inclui o poder de autodeterminação e o direito de discernir acerca dos rumos da própria vida, e de desenvolver de forma livre a própria personalidade. Para além da ideia de autonomia, existe alguém moral, capaz de se autodeterminar, fazer planos e colocá-los em prática (BARROSO; MARTEL, 2010).

Por óbvio que existem decisões que o Estado pode tomar de forma legítima, em nome de interesses e direitos diversos, mas deliberações acerca da vida de uma pessoa, escolhas existenciais e opções personalíssimas, desde que não violem direitos de terceiros, não podem ser suprimidas do indivíduo, sob pena de se violar sua dignidade pessoal (BARROSO; MARTEL, 2010).

Embora não seja o foco do presente estudo, mister que se diga que para alguns autores a autonomia privada e a autonomia da vontade podem ser tratadas por sinônimos.

Assim, a autonomia privada possuiria duas dimensões, quais sejam: a primeira relacionada às liberdades existenciais, e a segunda relacionada à liberdade contratual e negócios jurídicos (STEINMETZ, 2004).

Para outros autores, a autonomia da vontade, apesar de guardar semelhanças, não se confunde com a autonomia privada, eis que existe entre ambas sensível diferença realçada com o enfoque dos fenômenos na perspectiva da nomogênese jurídica. Sendo assim, a autonomia da vontade possuiria conotação mais subjetiva, psicológica, ao passo que a autonomia privada marcaria o poder da vontade de modo objetivo, mais, por assim dizer, concreto e real (AMARAL NETO, 1989).

De qualquer modo, o fundamental aqui, é a explicitação de que a autonomia individual, seja ela tratada da forma que for, é amparada pelo direito e, por conseguinte, deve ser tomada como princípio norteador.

Outrossim, diante da autonomia e da possibilidade de cada indivíduo de se autodeterminar perante certas situações, encontra-se o chamado direito ao próprio corpo, que seria traduzido com base nos valores da personalidade humana, conforme análise a seguir.

2.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: O DIREITO SOBRE O PRÓPRIO CORPO

A personalidade humana é ponto de apoio de prerrogativas e obrigações. A Constituição Federal de 1988 declarou que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem - direitos considerados o mínimo para o arrolamento, em lei, de diversos outros (PEREIRA, 2005).

Levando-se em consideração que os direitos da personalidade são tendentes a assegurar a integral tutela da pessoa humana, tem-se que a classificação deve ter em conta a proteção da integridade física, da integridade intelectual e da integridade moral ou psíquica.

O direito à integridade física visa proteger a higidez humana e abrange o direito ao próprio corpo, vivo e morto. Inclusive, para o caso de doentes terminais, existe a prerrogativa de recusa do tratamento médico em função do direito à integridade física. No direito à integridade intelectual e psíquica, estão subentendidos o direito à liberdade de pensamento, as criações intelectuais, a privacidade e o direito ao segredo pessoal, profissional e doméstico. Outrossim, a

integridade moral compreende o direito à honra objetiva e subjetiva, além de proteger o direito à imagem e à identidade, que traduzem a ideia de proteção dos elementos que distinguem a pessoa, seja ela natural ou jurídica, no seio da sociedade (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009).

Portanto, a disponibilidade do próprio corpo, segundo boa parte da doutrina, pode ser embasada nos direitos da personalidade de cada indivíduo, correlacionados à sua dignidade pessoal.

Destaca-se aqui, porém, que a despeito de o direito ao próprio corpo, relacionado ao respeito aos direitos da personalidade, ser defendido sob inúmeras perspectivas, dentre elas aquela relacionada à eutanásia, parece longe o dia em que isso será incontroverso. A busca pela proteção dos bens que seriam de titularidade transindividual, e que ultrapassariam a esfera de discernimento pessoal, com enfoque para o direito à vida, sob este ponto de vista, deveria preponderar.

Assim sendo, uma das teorias a explicitar a possível prevalência do direito à vida em detrimento da autonomia da vontade e o direito ao próprio corpo, é aquela que traz o entendimento acerca dos direitos humanos fundamentais, com base na visão da dignidade humana em sua dupla dimensão.

3 DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: A DIGNIDADE HUMANA EM SUAS DIMENSÕES

É necessária, neste momento, a explicitação, ainda que sucinta, da dignidade humana, em sua dupla dimensão, e do conseqüente conceito de direitos humanos fundamentais.

Quanto à definição de dignidade humana, percebe-se que existe grande dificuldade para se chegar a um consenso, e esta dificuldade advém dos contornos vagos e imprecisos estabelecidos, bem como da natureza polissêmica da afamada dignidade humana. O que ocorre é que ela é tida como uma qualidade inerente a todos os seres humanos, de modo que é normalmente definida como o valor que identifica o ser humano como tal, o que, de fato, não traz grandes contribuições para que se defina juridicamente o que é o âmbito de proteção da dignidade (SARLET, 2005).

Ainda assim, não restam dúvidas quanto à real existência do valor aqui tratado, embora haja, por assim dizer, um certo ceticismo por parte de alguns no que se relaciona a uma concepção jurídica de dignidade (SARLET, 2005).

A despeito disso, o foco de estudo aqui está relacionado à dupla dimensão da dignidade humana. Para a explicitação do assunto, parte-se do entendimento exarado por Narciso Leandro Xavier Baez.

Segundo tal entendimento, a dignidade humana poderia ser dividida em dois níveis de análise. O primeiro nível, intitulado dimensão básica, incluiria a teoria de Kant. Em tal nível, encontrar-se-iam os bens jurídicos essenciais para a existência humana, que impediriam a coisificação do ser humano. O segundo nível de análise, ou dimensão cultural, abarcaria as teorias de Benedetto Croce e Pérez-Luño, e nele seriam inseridos os valores que variam no tempo e no espaço, e que visam o atendimento das demandas sociais de cada época, em cada sociedade, conforme as possibilidades econômicas, políticas e culturais (BAEZ; ROSALEN, 2012).

Nesta senda, a dignidade é inata e constitui a natureza do ser humano, mas constitui também cultura, na medida em que é resultado da atividade de gerações e da humanidade, constituindo-se daí, a dignidade do homem (HÄBERLE, 2005).

Assim sendo, poder-se-ia chegar à conclusão de que os direitos humanos, enquanto conjunto de valores éticos, positivados ou não, objetivam a proteção e a realização da dignidade

humana, em suas dimensões básica e cultural. Caso visem à proteção da dimensão básica da dignidade humana, serão considerados, por conseguinte, direitos humanos fundamentais (BAEZ; ROSALEN, 2012).

Neste norte, a dimensão básica da dignidade humana é materializada por um conjunto de direitos que impedem que o ser humano seja tratado como coisa, e representa uma qualidade própria da pessoa, que demanda o respeito pela sua vida, sua liberdade e sua integridade física e moral (SARLET, 2005).

Deste modo, a violação da dimensão básica da dignidade humana é caracterizada por uma situação em que o ser humano é coisificado, deixando de ser um fim em si mesmo, reduzindo-se a objeto, ou instrumento de satisfação e subjugação das vontades alheias. Aqui, a dignidade humana é externada como limite ao Estado e à sociedade, posto ser atributo insuscetível de redução, legal ou cultural (BAEZ; ROSALEN, 2012).

Logo, os direitos humanos tendentes a proteger e realizar a dignidade humana em sua dimensão básica seriam os denominados direitos humanos fundamentais, aqueles que impedem que os indivíduos sejam tomados como objetos, garantindo-lhes, de fato, o status de sujeitos de direitos, independentemente da cultura em que estejam inseridos (BAEZ, 2011).

É o caso do direito humano fundamental à vida, já que a vida, sem a menor sombra de dúvidas, é um bem jurídico básico e essencial para a existência humana, que impede a coisificação do indivíduo, e garante a sua posição de sujeito de direitos.

4 O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À VIDA: PONDERAÇÕES

O direito à vida sempre teve destaque no estudo dos direitos humanos, e por qual motivo não dizer, dos direitos humanos fundamentais, por ser considerado essencial e prioritário. Tal direito foi reconhecido como direito fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, *caput*.

É certo que o direito à vida abrange tanto o direito de não ser privado da vida, e, conseqüentemente, o direito de permanecer vivo, quanto o direito de se possuir uma vida digna.

Neste norte, como objeto de direito em seu aspecto constitucional, não se considera apenas o sentido biológico da vida, mas a sua acepção biográfica mais compreensiva (SILVA, 2010).

Mas, a partir de que momento a vida tem início, e, profundamente, a partir de quando há a incidência da proteção jurídica sobre esta vida, ao menos quando se trata do ordenamento jurídico pátrio?

Quanto ao início da vida, existem várias teorias que buscam fixar parâmetros definidores.

Destaca-se a visão genética, que defende ter início a vida humana com a fertilização; na visão embriológica, o início da vida ocorre a partir da terceira semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana; na percepção neurológica, a vida tem início quando o feto começa a apresentar atividade cerebral; na visão ecológica, a vida inicia a partir do momento em que o ser humano tem capacidade para viver fora do útero materno. Há ainda a visão metabólica, que assegura que é irrelevante a discussão sobre quando inicia a vida, eis que tudo não passa de um processo contínuo, sendo o espermatozoide e o óvulo tão vivos quanto qualquer pessoa (MONTAL, 2010).

Na visão jurídico-filosófica do início da vida humana, têm-se duas correntes que tentam explicar quando o ser humano conta com proteção integral: a teoria natalista, para a qual somente após o nascimento com vida a proteção legal incide, e a teoria concepcionista, para a qual há a existência de direitos desde a concepção. A teoria mais acertada seria aquela que explicita ter início a vida humana a partir da concepção, momento em que já deve haver proteção legal (MONTAL, 2010).

Ademais, de acordo com o sistema adotado pelo Código Civil Brasileiro, o nascimento com vida é o marco inicial da personalidade (momento em que o feto se separa da mãe, desfazendo a unidade biológica anteriormente apresentada, e respira, ainda que pereça em seguida). Porém, são respeitados os direitos do nascituro, desde a concepção, quando já começa a formação do novo ser (GONÇALVES, 2011).

Veja-se que, a vida no sentido constitucional é um processo que se instaura com a concepção, transforma-se e progride, mantendo sua identidade até a morte. A vida humana, objeto do direito assegurado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, constitui, assim, a fonte primária de todos os outros bens jurídicos (SILVA, 2010).

Conforme se vem explicitando, o direito à vida merece proteção contra atos tendentes à mitigação da sua realização.

Há, neste sentido, quem diga que a forma protecionista com que o direito à vida é visto adveio da premissa de que ela é algo sagrado e, portanto, inviolável (DWORKIN, 2003).

A despeito disso, a vida deve ser protegida contra tudo e todos, pois é objeto de direito personalíssimo, sendo o respeito a ela e aos demais direitos correlatos um dever absoluto *erga omnes*, ao qual ninguém é lícito transgredir. Assim seria mesmo que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, já que este é decorrente de norma de direito natural, que por sua vez é fenômeno do direito positivo, baseado num conceito cuja máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fruto concebido pela consciência coletiva da humanidade civilizada (DINIZ, 2001).

A vida, assim, teria o condão de condicionar todos os demais direitos da personalidade, como a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade (SANTORO, 2010).

Ainda, caso analisada a dimensão básica da dignidade humana, o direito à vida seria valor básico, supremo, sendo, portando, direito humano fundamental (BAEZ; ROSALEN, 2012). Nesse passo, pois parte do conjunto de direitos inerentes à própria dignidade, impassível de mitigação, sob pena de coisificação do ser humano e de violação ao seu status de sujeito de direitos.

Assim, é pacífico que a vida é o bem jurídico tutelado com maior afinco. Costumeiramente são suscitadas, a partir de tal concepção, algumas questões relacionadas à violação de tal direito. Afinal, a questão reside na dúvida acerca da existência de algum motivo tão contundente que pudesse possibilitar ser o bem jurídico da vida discutido.

5 A MORTE COM DIGNIDADE PESSOAL

A dignidade pessoal é a condição considerada por cada indivíduo para viver dignamente, independentemente de conceitos genéricos acerca do que seria a dignidade da pessoa humana, eis que a definição desta não guarda consenso, e, ao que parece, não guardará, pelo menos em um futuro próximo, havendo consenso, isso sim, acerca da dificuldade de sua definição (MEIRELES, 2009).

Não obstante, a conceituação do que seria morrer com dignidade torna-se necessária. A morte é um processo inerente ao próprio processo vital. Deste modo, a morte com dignidade seria aquela ocorrida em momento escolhido pelo próprio titular da vida, de forma autônoma, e mediante a preservação de sua dignidade pessoal. Neste sentido, a morte seria digna caso correspondesse ao que o paciente terminal entenderia por ser digno para sua própria vida, conforme análise a seguir.

5.1 MORRER DIGNAMENTE: NECESSÁRIA CONCEITUAÇÃO

Muito pouco se sabe acerca da morte. Porém, a despeito disso, tem-se a única certeza de que ela é inevitável, e é esse justamente o motivo pelo qual se busca o critério de morte digna e humanizada. A saber, o acontecimento da morte já parece ser algo terrificante, e a tentativa de torná-la um momento um tanto quanto mais confortável, evitando-se o sofrimento exacerbado, é, por assim dizer, o argumento de busca pela dignificação deste momento tão cheio de medos e inseguranças por sua própria natureza. Falar em morte digna, assim, é falar de respeito à dignidade da vida do enfermo terminal.

Aliás, todos têm direito a viver com dignidade. E do mesmo modo que as pessoas têm o direito de ver respeitada a sua dignidade durante toda a vida, merecem também tê-la respeitada no momento em que é chegada a hora crucial da decisão entre a morte digna e menos dolorosa, e aquela prolongada, com uma enorme carga de dor e sofrimento. A discussão acerca da eutanásia, por conseguinte, é pressuposto para o entendimento da morte digna (GIOSTRI, 2006).

Todos os dias, ao redor do mundo, pessoas racionais pedem que lhes seja permitido morrer, por vezes implorando que outras pessoas os suprimam a vida. Algumas delas já se encontram em processo de morte, em estado de insuportável sofrimento, e outras, preferem morrer por não quererem mais permanecer vivas da única maneira que lhes resta. Finalmente, ocorrem casos em que os parentes pedem permissão para pôr fim à vida de algum membro da família, pois o paciente em questão já se encontra em estágio vegetativo irreversível (DWORKIN, 2003).

Não se pode deixar de lado que a morte digna é defendida, mas não é premissa aceita pela unanimidade dos juristas, dos doutrinadores e do senso comum, eis que conflitam diversos interesses em sua realização, e encontrar uma solução juridicamente aceita para tais conflitos é questão realmente muito difícil de ser solucionada.

Quem defende a morte digna expõe que recusar-se a fazer determinado procedimento terapêutico não significa recusar-se a viver. O indivíduo, com base em sua visão de mundo, faz sua escolha, arcando com os possíveis e prováveis riscos. Cabe ao terapeuta adotar procedimentos que possibilitem o bem-estar cabível ao caso. Caso o paciente venha a falecer, não há que se questionar, pois a morte faz parte do próprio processo de vida. O paciente, autônomo, assim decidiu, arcando com a possibilidade da morte, e assim entendeu alcançar uma morte digna, eis que enquadrada em seu conceito de vida digna. Morrer dignamente é aceitar a morte como um fato inexorável da própria vida (FABRIZ, 2003).

Nesta senda, a preservação da vida apenas pelo privilégio de sua dimensão biológica, negligenciando-se a qualidade a ser proporcionada ao indivíduo, não pode mais ser considerada nos dias hodiernos, de acordo com este entendimento. A vida prolongada é justificável caso traga algum benefício e desde que não fira a dignidade do viver e do morrer, caso contrário, a morte

digna deve ser aceita, por respeitar todas as demais dimensões constitutivas de um indivíduo, e não apenas a questão biológica (SÁ, 2001).

A morte deve ser enfrentada, então, como sendo parte essencial da vida e algo que, inclusive, fornece-lhe sentido, não permitindo que ela caia em uma continuidade inócua e insípida (CABETTE, 2009).

Como categoria jurídica de valor aberto que é, a dignidade pessoal (e a questão da morte digna), deve ser enfrentada caso a caso, de maneira que cabe ao paciente terminal a definição do conteúdo do que para si seria uma morte digna, para o fim de colocá-la em prática (MÖLLER, 2007).

Denota-se que o conceito de morte digna está atrelado à questão altruísta e humanitária de encarar o processo de morte, coadunando-se na maneira de se preservar o paciente terminal, proporcionando-lhe uma morte tranquila e humanizada, quando da não possibilidade de manutenção de sua vida, com dignidade.

Então, a partir da análise da morte digna, evidencia-se a necessidade da elucidação de alguns conceitos correlatos, que levam a um maior embasamento teórico acerca do tema.

6 APROXIMAÇÕES CONCEITUAIS: DISTINÇÕES ENTRE AS CATEGORIAS DOUTRINÁRIAS

O termo eutanásia surgiu no século XVII, em 1623, por criação do filósofo inglês Francis Bacon, em sua obra *Historia vitae et mortis*, e se origina das expressões gregas *eu* (boa) e *thanatos* (morte), de modo que tem seu significado atrelado à “boa morte” (SÁ, 2001).

Entende-se a eutanásia como o ato de abreviar a vida de um paciente terminal, com o escopo de minimizar-lhe o sofrimento advindo da situação em que se encontra. Conceitua-se a eutanásia como a morte doce, tranquila ou misericordiosa. Assim, a prática implica em se conceder o fim da vida imediato aos que padecem de uma doença incurável e que, por esse motivo, preferem esse tipo de morte a prolongar seu tormento por infindáveis períodos de sofrimento. Preferem desde já a morte à espera que ela venha impregnada de dor (VIEIRA, 2003).

Por outro lado, a distanásia ocorre com o comportamento médico em que há a excessiva luta pela vida do paciente, uma verdadeira tenacidade traduzida na obstinação terapêutica, retardando inutilmente a morte natural do paciente, por meio da utilização de métodos terapêuticos injustificáveis, em casos de estado de morte iminente e irreversível. Dedicar-se assim, a distanásia, a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, ao combater a morte como se ela fosse o grande e último inimigo a ser vencido (GIOSTRI, 2006).

A ortotanásia é vista por seus defensores como a morte correta, ocorrida de forma natural e sem demasiado sofrimento, praticados somente atos paliativos, em detrimento de tratamentos dolorosos, quando impossível a cura. O fato de o paciente morrer é considerado um fato natural do ciclo biológico da vida, pelo simples motivo de que sua morte não foi intencionalmente procurada, nem por ele próprio, nem pelo médico. A morte é, como explanado, tão somente o ciclo biológico se completando (GIOSTRI, 2006).

Para a realização da ortotanásia, entretanto, é indispensável que haja o início do processo mortal do paciente, e a ausência de qualquer possibilidade de cura ou salvação. Diante da existência da possibilidade de o paciente ser salvo, ainda que ínfima, o profissional da medicina deve prosseguir no tratamento, e em qualquer hipótese deve cessar por considerá-lo inútil (SANTORO, 2010).

A mistanásia é a eutanásia social. É a morte ocorrida antes do tempo, não sendo considerada boa ou mesmo indolor. O termo foi introduzido por Leonard Martin, que considerou ser inapropriado o uso da palavra eutanásia para casos como os que a caracterizam (SANTORO, 2010).

Assim, a mistanásia é a morte infeliz, ocorrida propriamente dentro do universo dos pobres. Daí a ser encarada como a eutanásia social (JUNGES, 1999).

O suicídio assistido, também conhecido por autoeutanásia, caracteriza-se por ser uma espécie de eutanásia realizada pelo próprio indivíduo, sem a intervenção direta de terceiro, muito embora haja a participação de outras pessoas, que prestam assistência material ou moral para a realização do ato.

Entre a eutanásia ativa e o suicídio assistido reside uma diferença. Neste último o enfermo é assistido para o óbito, sendo todos os atos praticados para a aceleração de sua morte praticados por ele. Naquela, há a necessidade de que uma terceira pessoa atue para acelerar a morte do paciente (DINIZ, 2007).

Hodiernamente, a Associação Médica Mundial entende que o médico está eticamente impedido de ajudar o paciente a morrer, seja praticando condutas que deem causa ao evento morte, ou até mesmo através da prestação de auxílio. Por outro lado, o respeito do médico ao paciente que se recusa a fazer o tratamento é tida como uma conduta ética, pela mesma entidade, tendo em consideração o princípio da autonomia (SANTORO, 2010).

Neste vértice, diante de todo o explanado até o momento, há que se fazer o questionamento acerca da possibilidade da realização da morte digna, com base na autonomia da vontade. Ou seja, o direito à vida deve prevalecer, ou existe a possibilidade de que se opte, com base no direito de autodeterminação e no direito ao próprio corpo, por uma morte antecipada, mas livre de toda uma carga de dor e sofrimento?

7 MORRER COM DIGNIDADE: A COLISÃO ENTRE O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À VIDA E A AUTONOMIA DA VONTADE

A discussão emanada da colisão entre o direito à vida e a autonomia da vontade é, de fato, deveras acalorada. Enquanto para alguns, o direito à vida é absolutamente prioritário, não havendo que se falar em mitigação, em qualquer que seja o caso, até por se tratar de um direito humano fundamental, para outros a autonomia da vontade, e mais profundamente, o direito à autodeterminação do indivíduo, deveria preponderar, conforme o caso analisado. O embate abrange não somente a questão da morte digna, ou eutanásia, mas também casos como o aborto, pois, em uma análise mais ampla, ambos os casos seriam facetas do mesmo problema. Fixa-se aqui o estudo, porém, no ponto relativo à questão do morrer com dignidade.

Os patrocinadores da eutanásia defendem que a autonomia do paciente terminal deve ser respeitada perante a morte, de modo que essa questão suscita inúmeras controvérsias pelo valor supremo atribuído ao direito humano fundamental à vida.

De um lado, sobre a questão em análise na perspectiva de direito enquanto integridade, explica-se que as pessoas devem preocupar-se em respeitar a autonomia do paciente, seus interesses fundamentais e o valor intrínseco ou a santidade de sua vida. Todavia, corre-se o risco de não se entender nenhuma dessas questões, ou de não se perceber se elas são ou não favoráveis à eutanásia em uma circunstância dada, enquanto não se compreender melhor por que algumas

pessoas buscam permanecer biologicamente vivas enquanto puderem, inclusive em circunstâncias trágicas, e por que outras, nas mesmas condições, preferem a morte tão logo lhes seja possível morrer (DWORKIN, 2003).

Em relação aos interesses fundamentais, muitas das pessoas que são contrárias à realização da eutanásia o são por motivos paternalistas, alegando que muito embora exista a autonomia, a opção pela morte feriria os interesses fundamentais daquele que optou. Porém, há o questionamento acerca do fato de, eventualmente, não ser melhor para os interesses fundamentais do paciente, morrer do que prosseguir na sobrevivência em que se encontra. Questiona-se também sobre o porquê de as pessoas se preocuparem tanto com a morte quando não há nada mais para ser vivido senão dores e sofrimentos terríveis e, por qual motivo não se mostram indiferentes ao que pode acontecer em tal circunstância (DWORKIN, 2003).

Assim, a autonomia, como princípio bioético, justifica-se como princípio democrático, no qual a vontade e o consentimento livres do indivíduo precisam constar como fatores preponderantes, eis que ligados diretamente à dignidade pessoal (FABRIZ, 2003).

Por outro lado, o direito à autonomia encontra limites. Todos têm a liberdade de determinar o curso de suas vidas, mas isso não necessariamente quer dizer que se possa dela abdicar (FABRIZ, 2003).

Ainda, muito embora nem mesmo o direito à vida possa ser considerado absoluto, o desprezo pela vida humana, ainda que em circunstâncias mais adversas, parece suspeito, eis que a preservação da vida de forma rigorosa compõe, por assim dizer, a proteção da dignidade humana. Veja-se que o direito à vida é instrumento que permite a própria realização da dignidade, e a sua negação levaria inevitavelmente à inexistência do sujeito da dignidade (BARROSO; MARTEL, 2010).

Assim, se analisado o caso sob o aspecto das dimensões da dignidade, já anteriormente detalhado, oportuno que se mencione que a vida faz parte da dimensão básica, sendo considerado, conseqüentemente, um direito humano fundamental.

Se, portanto, a vida é um direito humano fundamental, merecendo respeito sob pena de ferimento ao status de sujeito de direitos do indivíduo, a autonomia da vontade, que não é ilimitada, necessariamente neste caso deveria ser mitigada, por assim dizer, para que se preserve o bem maior, a vida.

Resta o incessante questionamento. A vida é valor supremo, até porque, é um direito humano fundamental, de acordo com a teoria alhures apresentada. Por outro lado, há quem assegure que a vida somente merece ser respeitada, quando é vivida de acordo com os valores da dignidade e da autonomia humanas. Daí o embate acalorado existente entre os defensores da vida e aqueles que buscam a realização da autonomia humana, por meio da morte digna.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A controvérsia em que se pauta o presente artigo vem sendo discutida desde os primórdios e, apesar disso, parece estar longe o seu fim. A eutanásia, sob a denominação de morte digna, é defendida com veemência e repudiada com a mesma força.

No estudo, buscou-se fazer a análise sob o enfoque da dignidade humana em sua dupla dimensão: básica e cultural, tentando localizar o direito à vida em uma destas dimensões para, então, verificar a possibilidade ou não, da opção pela eutanásia alicerçada na autonomia da vontade.

Ainda que investigada tal teoria, é necessário que se elucide que ela não é a única, e não faltam razões lógicas para se levar em consideração os argumentos trazidos por aqueles que creem que a morte deve ser um acontecimento autônomo, digno e humanizado.

Assistem, neste norte, fortes argumentos em ambos os posicionamentos, tanto naquele que invoca o respeito pela vida, quanto naquele que prima pelo direito a uma morte digna.

Em primeiro plano, caso levada em consideração a teoria da dignidade humana em sua dupla dimensão, torna-se imperioso convencer-se de que o direito à vida é um direito humano fundamental, pois faz parte da dimensão básica da dignidade humana.

Deste modo, se o direito à vida é um direito humano fundamental, deve ser prezado, sob pena de afronta à própria dignidade. Caso desrespeitado, estar-se-ia desrespeitando um direito que ultrapassa a esfera individual de escolha, um direito transindividual. Sob esse ponto de vista, então, deve a autonomia da vontade, que não é ilimitada, ceder espaço para que o bem maior da vida seja preservado.

Por outro lado, os defensores da morte digna ressaltam que em uma situação de morte premente, deve-se primar pelo respeito à autodeterminação do titular da vida, no sentido de que ele decida o momento em que deseja morrer, de forma tranquila e humanizada, sem dor ou sofrimento, preservando a sua dignidade pessoal. Sob esta abordagem, a morte já é algo certo, restando apenas a escolha entre morrer com dignidade e morrer sem dignidade.

Nesta senda, aqui a contraposição não reside necessariamente na escolha entre vida ou morte, mas entre a existência ou não do direito de escolha, em vida, do melhor momento e da melhor forma de morrer, com dignidade, pois a morte já é fato inevitável, não sendo, portanto, uma opção. A opção se daria apenas em relação a morrer com dignidade ou sem dignidade, com toda a sorte de sofrimento e degradação física.

Finalmente, pode-se chegar ao entendimento de que, em que pese o tema seja recorrente, torna-se imprescindível a sua abordagem. Com o estudo realizado o que se pode denotar é que, caso levada em consideração a teoria da dupla dimensão da dignidade, não há que se falar em eutanásia, pois a autonomia deve, sob este ponto de vista, ceder espaço para a proteção do bem da vida, que faz parte da dignidade em sua dimensão básica, sendo considerado, por conseguinte, um direito humano fundamental, que prevaleceria nos casos em comento. Porém, o outro vértice desta discussão também apresenta argumentos fortes e, visto o caso sob esta perspectiva, impossível não haver o questionamento, eis que, uma vez a morte certa e premente, a busca pela dignidade no morrer é o que resta, e, por assim dizer, respeitar a autonomia de cada indivíduo de optar pela morte dignificada, ocorrida no momento certo, e com a devida assistência, seria respeitar a própria vida - digna - deste mesmo indivíduo, considerando, então, a morte como fato inerente ao próprio processo vital.

THE FREEDOM OF CHOICE AND THE RIGHT TO DEATH WITH DIGNITY

ABSTRACT

The present article aims to question if the freedom of choice can base the right to death with dignity. The objective, then, is in line with the investigation about the (not) possibility that the freedom of choice, to the detriment of the right to life, as basic human right, can serve as scope to the realization of euthanasia. Therefore, it was realized an exploratory and explanatory bibliographic search, qualitative, using the hypothetical-deductive method. The search's achieved results are related to the theme clearing in analysis under a new perspective, what is, the human dignity in its double size. The conclusion is that there are

theoretical grounds very well-founded as to those who consider that the right to life must predominate, even because such right is part of the basic dimension of human dignity, in the case, consequently, of a fundamental human right, as for those who defend that the death with dignity must prevail, based on the self-determination right of each person, inherent in their freedom of choice. The achieved contribution refers precisely to the study realized about such important themes like the freedom of choice, the right to life and the human dignity, that, in one way or another, are always enlightening inside the area of law.
Keywords: Freedom of choice. Human dignity. Life. Death with dignity. Euthanasia.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 02 maio 2015.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais: novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglas. (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: desafios do Século XXI*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2011.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; ROSALEN, Taize. A Morfologia da Dignidade Humana na Constituição Federal de 1988. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICÁCIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, 3., 2012, Joaçaba. *Anais eletrônicos...* Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/1612/1045>>. Acesso em: 03 maio 2015.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista Panóptica: Direito, sociedade e cultura*, v. 5, n. 2, p. 69-104, 2010. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/271/293>>. Acesso em: 03 maio 2015.

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

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Eutanásia e Ortotanásia: comentários à Resolução 1.805/06 CFM Aspectos Éticos e Jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, DF, n. 7, p. 165-203, abr. 2012.

DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: aborto, eutanásia e direitos individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de: Life's Dominion.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A morte, o morrer, a doação de órgãos e a dignidade da pessoa humana. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.). *Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana: diálogo entre a Ciência e o Direito*. Curitiba: Juruá, 2006.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- JUNGES, José Roque. *Bioética perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MÖLLER, Leticia Ludwig. *Direito à Morte com Dignidade e Autonomia*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MONTAL, Zélia Cardoso (Coord.). Vida humana: abordagem sob o ponto de vista dos avanços científicos e da necessidade de adequação dos conceitos jurídicos tradicionais. In: MONTAL, Zélia Cardoso; GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri (Coord.). *Biodireito Constitucional: questões atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil*. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PIRES, Eduardo; DOS REIS, Jorge Renato. Autonomia da Vontade: um princípio fundamental do direito privado como base para a instauração e funcionamento da arbitragem. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais eletrônicos...* [S.l.: s.n.], 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3874.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2015.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SANTORO, Luciano de Freitas. *Morte Digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

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

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

PROIBIDA OU PERMITIDA? UM MAPEAMENTO DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS SOBRE A MEDICINA ORTOMOLECULAR

Letícia de Campos Velho Martel*

RESUMO

A proposta da pesquisa é mapear como os Tribunais Regionais Federais responderam às limitações fixadas, mediante resoluções, pelo Conselho Federal de Medicina, à prática ortomolecular, retratando os assuntos judicializados, os resultados obtidos e o caminho decisório. A coleta das decisões foi feita no sítio virtual de cada TRF, com a palavra *ortomolecular*. Aplicados critérios de exclusão e de inclusão, obteve-se um total de dez demandas, distribuídas em quatro assuntos-chave. Em 50% ($n=10$) houve decretação de nulidade, total ou parcial, da resolução proibitiva. Em 30% ($n=10$) foram mantidas ou respeitadas sanções e penalidades administrativas impostas em razão da proibição da prática ortomolecular. Conclui-se que houve dois vieses decisórios, um formal, que atendeu ao princípio da legalidade, e outro, substantivo, que atendeu à proteção da saúde, ensejando resultados fáticos díspares.

Palavras-chave: Prática ortomolecular. Conselho Federal de Medicina. Legalidade. Liberdade de exercício profissional.

Quando querem transformar
Dignidade em doença
Quando querem transformar
Inteligência em traição
Quando querem transformar
Estupidez em recompensa
Quando querem transformar
Esperança em maldição¹

1 INTRODUÇÃO

A *medicina ortomolecular* apresenta-se como a *medicina da saúde*. Seus métodos, procedimentos e técnicas fogem da ortodoxia e geram intensos debates no âmbito das ciências médicas. Diversos profissionais pugnam pelo direito de exercê-la, assim como defendem as respostas por ela oferecidas como mais adequadas. Todavia, os procedimentos, as substâncias e as técnicas típicas da medicina ortomolecular não recebem, regra geral, aceitação no paradigma da medicina baseada em evidências, de modo que há proibições tanto pela Vigilância Sanitária, seja em termos de produtos, seja em termos de dosagens, quanto pelo Conselho Federal de Medicina.

Desde uma mirada jurídica, há dois ângulos básicos. O primeiro remete a questões formais, com a indagação crucial: *a quem incumbe permitir ou proibir?* A pergunta está ligada diretamente à legalidade, à legitimidade democrática e à proteção dos direitos fundamentais. O segundo remete a dois conjuntos de questões substantivas em aparente colisão, um deles, a liberdade

* Doutora em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Pós-doutoranda em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Avenida Ipiranga, 6681, Partenon, 90619-900, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil; camposvelho@gmail.com

¹ Legião Urbana, do álbum *As Quatro Estações*.

de exercício profissional, a liberdade de expressão, as liberdades individuais sobre o próprio corpo e o direito a ser informado - tanto do público em geral, quanto dos pacientes; o outro, o dever de promoção e de cuidado com a saúde da população.

Em um plano ideal, deveria o legislador ajustar em sintonia fina os conjuntos mencionados, não cabendo à Administração Pública, ainda que em atos normativos, fazê-lo, tanto mais quando a interferência nos direitos é severa e inova no cenário jurídico, sem amparo em leis formais minimamente especificadoras das rotas a serem trilhadas. Trata-se aqui da acepção básica da legalidade, que inibe a Administração Pública de atuar *praeter legem* e de constranger posições subjetivas de direitos fundamentais sem apoio em lei formal com densidade semântica compatível à intensidade da restrição que opera. Ao ambiente teórico, acrescenta-se que a Constituição vigente institui reserva qualificada de lei formal para as limitações ao exercício profissional.

Todavia, no que toca à medicina ortomolecular, a normatização limitadora vem ocorrendo mediante Resoluções do Conselho Federal de Medicina (doravante, CFM). Por mais de quinze anos, sem lei prévia autorizativa. Atualmente, com âncora em lei que delega ao CFM a atribuição para delimitar o que é *experimental* em medicina. Neste estudo, pretende-se mapear como os Tribunais Regionais Federais responderam às limitações fixadas pelo CFM à prática ortomolecular. O objetivo é, portanto, retratar os assuntos relativos à medicina ortomolecular que foram judicializados e quais os resultados decisórios obtidos nos Tribunais Regionais Federais. Para tanto, serão descritas as decisões coletadas, seus resultados e o caminho interpretativo percorrido, inclusive quanto às escolhas de motivação. O texto será, portanto, eminentemente descritivo.

Para cumprir o objetivo proposto, inicialmente será feita uma breve apresentação do CFM, com atenção a sua natureza jurídica e a suas finalidades em lei assinaladas. A seguir, serão relatadas as resoluções do Conselho Profissional que trataram da matéria. Por fim, passar-se-á à exposição e à discussão dos dados obtidos. A coleta dos dados foi realizada entre os dias 04 e 11 de maio de 2015, nos sítios virtuais dos Tribunais Regionais Federais. Utilizou-se o sistema de busca “jurisprudência”, com a palavra-chave “ortomolecular”, tanto na ementa quanto no inteiro teor. Houve duas buscas em cada, em dias distintos. Empregaram-se três critérios de exclusão: acórdãos que versavam sobre matéria tributária; acórdãos sobre temas diversos, que apenas mencionavam a palavra ortomolecular, quer por utilização daqueles sobre a prática ortomolecular como precedentes, quer por simples menção;² decisões em sede de embargos de declaração.

É bem de ver que o estudo não adentrará em discussões sobre a prática da medicina ortomolecular propriamente dita. Ser ela uma nova modalidade de atenção em saúde, ou ser oferta excessiva, repleta de riscos e contraindicações, são assuntos que transbordam a moldura desta pesquisa, que objetiva, apenas, mapear as questões *jurídicas* debatidas a respeito nos Tribunais Regionais Federais.

² Menção, aqui, significa que as decisões tratavam de outros assuntos, mas tocavam em certos pontos processuais ou materiais que foram discutidos nos julgados anteriores referentes à prática ortomolecular (e.g., utilização de câmeras ocultas em consultórios médicos e em escritórios de advocacia), ou, simplesmente, reproduziam trechos de contratos ou textos que usavam a palavra ortomolecular.

2 A PRÁTICA ORTOMOLECULAR AO OLHAR DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA: NÃO COMPROVADA, LOGO, PROIBIDA

É livre o exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Direito fundamental. Reserva qualificada de lei formal para sua restrição. Proporcionalidade. Liberdade como regra, limites como exceção. É nestes termos que a Constituição da República e o Supremo Tribunal Federal protegem a liberdade de exercício profissional³. Entrementes, se a profissão comportar potencialidade lesiva, a margem de restrição da liberdade amplia-se. Mas... e se a constrição for proveniente de ato normativo administrativo, com feições de primariedade, exarado por conselho profissional, em campo de reconhecido potencial lesivo? Esta é a pergunta subjacente à pesquisa. Para verificar as respostas dos Tribunais Regionais Federais com mais apuro, necessário revisar a natureza e atribuições do próprio conselho profissional, assim como suas atividades normativas de proibição da prática ortomolecular.

2.1 NATUREZA JURÍDICA E ATRIBUIÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA: BREVES APONTAMENTOS

Entidades autárquicas *sui generis* ou corporativistas. Assim o Supremo Tribunal Federal definiu a natureza jurídica dos conselhos de *fiscalização* profissional, ao declarar inconstitucional o Artigo 58 da Lei n. 9.649/98, que atribuíra personalidade jurídica de direito privado aos conselhos, quer federais, quer regionais (BRASIL, 1998; BRASIL, 2002b).⁴ Autarquias diferenciadas, pois, embora integrem a Administração Indireta, guardam em si algumas notas eminentemente privatísticas e fogem aos modelos usuais de controle e de relação com a Administração Direta. Para o assunto aqui tratado, salienta-se que os Conselheiros e a diretoria do CFM pertencem, todos, à categoria médica e pelos seus integrantes são eleitos. Além disso, o CFM não conta com vinculação ministerial, como sói acontecer com as autarquias, escapando da assim chamada supervisão ministerial ou controle hierárquico impróprio. Disto, infere-se que se trata de pessoa jurídica de direito público que zela pelos interesses de uma categoria profissional, sem que lhe seja permitido afastar-se do dever de atender ao princípio regente da Administração Pública, o interesse público. Neste aspecto, há certo hibridismo, quiçá um *duplo agenciamento*, já que não se pode descartar de plano a hipótese de conflitos entre um e outro grupo de interesses.

Ao assentar a personalidade jurídica de direito público aos conselhos profissionais, o STF considerou que eles agregam atribuições típicas do poder de polícia, do de tributar e do de sancionar administrativamente. No acórdão, os Ministros simplesmente não aludiram a atividades normativas, menos ainda àquelas de feições primárias, que inovam no cenário jurídico, criam direitos e obrigações e, especialmente, restringem direitos fundamentais (BRASIL, 2002b).

³ Atualmente, pode-se assim sintetizar a leitura do Supremo Tribunal Federal sobre o enunciado normativo constitucional: (a) existe um requisito formal, a reserva qualificada de lei; (b) a própria lei que restringe a liberdade de exercício profissional está sujeita a exame de proporcionalidade e razoabilidade, no qual se leva em consideração a potencialidade lesiva (e.g., para as profissões de músico e jornalista, qualificações mais leves, para a de advogado, mais intensas). (BRASIL, 2009; BRASIL, 2011; BRASIL, 2011b).

⁴ Optou-se por usar o ano da publicação das leis e resoluções e o ano das decisões judiciais, em detrimento do ano de visualização na rede mundial de computadores.

Quando se tem em conta que o CFM, desde o final da década de 1990, intensificou sua atuação normativa, abrangendo uma miríade de assuntos, alguns deveras distantes da deontologia médica, com fulcro na vaga cláusula que lhe permite tratar do Código de Ética Médica e no intuito de suprir vácuos legislativos, é a propósito e legítimo perquirir se é de sua alçada delimitar quais procedimentos, substâncias, dosagens e abordagens da medicina são permitidas ou proibidas, traçando quais são os lindes da liberdade profissional e do acesso do público a *novas práticas*. O debate acerca das limitações à medicina ortomolecular expõe com clareza o tópico. Está o CFM regulando, dentro de suas atribuições, a conduta dos médicos e protegendo a saúde da população, ou está a criar restrições a direitos, à margem da reserva qualificada de lei exigida pela Constituição da República, para as limitações às profissões?

Mapear como os Tribunais Regionais Federais responderam tais indagações desde a edição da primeira Resolução limitadora da prática ortomolecular é o objetivo deste estudo. Antes de expor e analisar as decisões, convém colacionar as Resoluções do CFM que trataram da matéria.

2.2 PRÁTICA ORTOMOLECULAR NO BRASIL: UMA HISTÓRIA DE PROIBIÇÕES

A primeira Resolução limitadora prática ortomolecular data de 1998. Nos *considerandos* da Resolução 1.500/98, foram lembradas as vedações sobre a publicidade sensacionalista, promocional ou inverídica que recaem sobre os profissionais da medicina e a necessidade de, na prática clínica, serem empregados apenas métodos consagrados, ao passo que os experimentais devem atender às disposições relativas à pesquisa científica envolvendo seres humanos, demandando submissão de protocolos ao sistema CEP/CONEP, consentimento dos participantes de pesquisa e administração de riscos e benefícios. Na Resolução, o CFM limitou com intensidade o uso e a divulgação de uma série de práticas, por reputá-las sem comprovação devida.⁵ Atribuiu responsabilidade exclusiva ao médico, caso sejam utilizadas práticas listadas (BRASIL, 1998).

É de se notar que as limitações operaram um giro na relação jurídica entre o profissional da medicina ortomolecular e o paciente. Atendidos os ditames da Resolução, deixa o paciente de ser consumidor ou usuário de serviços de saúde e passa a ser um participante de pesquisa clínica. A modificação é profunda. Com ela, há saída do patamar do *tratamento*, da *individualização*, dos *benefícios* diretos e dos riscos equacionados e entrada em ambiente bem menos familiar, o do *experimento*, que visa à obtenção de conhecimento, segundo a rigidez de um protocolo de pesquisa clínica, com potencial ausência de benefícios diretos e incrementada margem de riscos. A modificação atinge desde a oferta dos serviços, passando pelo processo de informação, pelas instâncias controladoras, até a forma de remuneração e de responsabilidade dos profissionais.⁶ Nesta senda,

⁵ Cumpre destacar que algumas substâncias e procedimentos listados são lícitos e permitidos pela ANVISA, mas são vedadas as formas e posologias tipicamente empregadas pelos profissionais ortomoleculares.

⁶ Pese embora existir uma área fronteira, a literatura aponta três eixos distintivos entre a pesquisa e a assistência: (a) objetivo de *tratar* o paciente *versus* objetivo de produzir conhecimento, usualmente generalizável; (b) individualização do tratamento *versus* rigidez do protocolo de pesquisa, atrelado ao rigoroso método científico; (c) previsão de benefícios ao paciente *versus* potencial ausência de benefícios diretos ou mesmo indiretos. Esta síntese é elaborada com apoio nos textos de Appelbaum, Lidz e colegas e foi vertida de modo próximo ao original, porém com alterações (LIDZ; APPELBAUM, 2002; APPELBAUM et al., 1987; APPELBAUM et al., 2012).

proibidas ficam a oferta, a propaganda, a divulgação, a comercialização de serviços e de alguns produtos da prática ortomolecular.

Além das limitações engendradas na Resolução específica, a prática ortomolecular não foi reconhecida como área, nem como especialidade médica. Desde o início dos anos 2000, a atribuição de definir áreas e especialidade médicas ocorre segundo os ditames de Convênio firmado entre o Conselho Federal de Medicina, a Associação Médica Brasileira e a Comissão Nacional de Residência Médica, cujo intuito foi uniformizar os “critérios de reconhecimento e denominação de especialidades e áreas de atuação da medicina”, inclusive para a concessão de registros dos títulos de especialista (BRASIL, 2002). De lá para cá, a medicina ortomolecular nunca figurou no rol de especialidades aceitas, o que impede que médicos divulguem e anunciem atuação ortomolecular (BRASIL, 2015). Na mesma toada, sequer a Sociedade Brasileira de Medicina Ortomolecular integra as Sociedades Médicas. Esclareça-se que a prática ortomolecular não faz parte da Medicina Alternativa ou das Práticas Integrativas e Complementares, as quais, mesmo fora do paradigma da medicina baseada em evidências, são aceitas inclusive no Sistema Único de Saúde e, no plano internacional, contam nas estratégias da Organização Mundial da Saúde (BRASIL, 2006; WHO, 2013). Demais disso, não há previsão de obrigatoriedade de cobertura da prática ortomolecular pelos planos de saúde, tampouco pelo sistema público.⁷

A Resolução 1.500/98 CFM foi revogada em 2010. Embora com limites sutilmente mais tênues, a essência das vedações nela presentes foi mantida. A nova Resolução previu a revisão bianual dos limites, para manter a atualização quanto à eventual comprovação de alguma prática proscrita (BRASIL, 2010). Em 2012, outra Resolução sobre o tema foi publicada, a Resolução 2.004/2012 (BRASIL, 2012). Em consonância ao texto da Resolução 1.982/2012, que torna compulsória a informação ao CFM de achados de pesquisa que sejam validados e comprovados para o uso na prática clínica, mostrou-se desnecessária a continuidade das revisões bianuais (BRASIL, 2012b).⁸

De tudo, percebe-se que o CFM mantém firme posição de impor limites à prática ortomolecular, exigindo que seus métodos, procedimentos e dosagens passem pelo crivo da medicina baseada em evidências para que se tornem lícitos e disponíveis ao público em geral.⁹ Entrementes, as limitações, a fiscalização realizada e as sanções aplicadas à sua luz foram objetos de controle jurisdicional, cujos resultados serão examinados nos itens que se seguem.

⁷ É uma cláusula típica dos contratos de planos de saúde a exclusão de cobertura de procedimentos, exames e substâncias da medicina ortomolecular. Diversos Conselhos Regionais de Medicina já responderam, mediante parecer, a consultas sobre a necessidade de cobertura. Em todos a resposta foi negativa. Exemplificativamente, Brasil (2008).

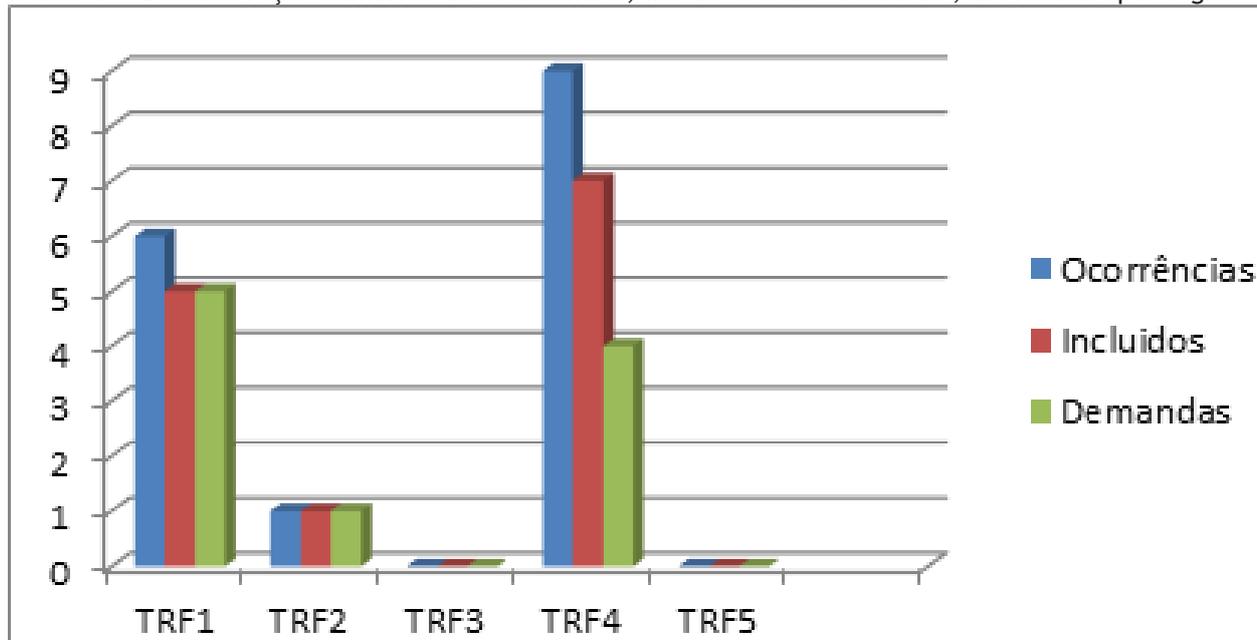
⁸ A Resolução atende ao disposto na Lei 12.842/13, *verbis*: “Art. 7º-Compreende-se entre as competências do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos. Parágrafo único. A competência fiscalizadora dos Conselhos Regionais de Medicina abrange a fiscalização e o controle dos procedimentos especificados no caput, bem como a aplicação das sanções pertinentes em caso de inobservância das normas determinadas pelo Conselho Federal.”

⁹ Sobre a medicina baseada em evidências, indispensável a leitura dos textos de um dos seus idealizadores: Sackett (1996), Sackett e Rosenberg (1995) e Sackett (2000). Para uma exposição e indicações críticas, Castiel e Póvoa (2001).

3 A MEDICINA ORTOMOLECULAR NAS LINHAS DECISÓRIAS DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS: PROIBIDA OU PERMITIDA?

A pesquisa nos sítios virtuais dos Tribunais Regionais Federais indicou um total de 16 ocorrências, das quais 13 atenderam aos critérios de inclusão e de exclusão. As 13 ocorrências referiam-se a 10 demandas, uma vez que os sistemas de busca apartam decisões de diferentes fases processuais. Em assim sendo, houve um total de 10 demandas ($n=10$).

Gráfico 1 – Demonstração numérica das ocorrências, inclusões e das demandas, distribuídas por região



Fonte: o autor.

Como se vê, não houve ocorrências nos Tribunais Regionais Federais da Terceira e da Quinta regiões, ao passo que na Primeira região concentraram-se 50% das demandas, na Quarta região 40% e na Segunda, 10%. Em âmbito geral, todos trataram das limitações à prática ortomolecular, porém, os recortes foram diversos: 50% das demandas abordaram a legalidade e/ou constitucionalidade da Resolução 1.500/98; 20% referiam-se a discussões sobre processos ético-disciplinares que envolveram a prática ortomolecular; 20% versaram sobre interdições éticas em estabelecimentos de medicina ortomolecular e 10% examinaram a cobertura de procedimentos ou serviços prescritos por médico ortomolecular.

Gráfico 2 – Demonstração percentual das matérias discutidas nos TRFs acerca da limitação da prática ortomolecular



Fonte: o autor.

Cada uma das matérias debatidas e o rumo decisório adotado serão explicitados nos itens que se seguem.

3.1 LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES À PRÁTICA ORTOMOLECULAR

Logo após a edição da Resolução 1.500/98, alguns médicos adeptos da prática ortomolecular ajuizaram ações ordinárias, com pedido de antecipação da tutela, alegando a inconstitucionalidade e a ilegalidade das limitações instituídas pelo CFM, por ser a autarquia absolutamente incompetente, uma vez que a Constituição da República estabelece reserva de lei formal para que sejam estabelecidas restrições ao exercício de profissões.¹⁰ Consoante mencionado, essas demandas correspondem a 50% do total. Delas ($n=5$), 100% foram ajuizadas na jurisdição do Tribunal Regional da Primeira Região.

A arquitetura da causa de pedir e dos pedidos foi bastante semelhante, pois em cada demanda estava no polo ativo um profissional da medicina ortomolecular, em 100% com o mesmo procurador constituído. O CFM, ao contestar, reafirmou as razões que o levaram a expedir a Resolução, alegando o caráter experimental das técnicas, métodos e procedimentos utilizados pela prática ortomolecular. Uma vez que são experimentais, devem seguir a normativa atinente às pesquisas científicas, segundo normatização do Conselho Nacional de Saúde (CNS) e da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Para sustentar a sua atribuição normativa, o CFM apoiou-se na Lei n. 3.268/57, que lhe conferiria o dever de regular a deontologia médica.

Em 80% das ações ordinárias ora analisadas houve concessão de antecipação da tutela.¹¹ Destes, em 75% ($n=4$) houve suspensão integral da Resolução 1.500/98 e em 25% suspensão parcial, abarcando apenas o Art. 13, núcleo proibitivo da Resolução.¹² Em sendo assim, a oferta e divul-

¹⁰ Assim dispõe o Art. 5º, XIII: “[...]é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.” (BRASIL, 1988).

¹¹ Nos 20% restantes, não houve denegação da medida antecipatória, mas instrução probatória seguida de julgamento da lide.

¹² Era o teor do Art. 13: “São métodos destituídos de comprovação científica suficiente quanto ao benefício para o ser humano sadio ou doente e, por essa razão, proibidos de divulgação e uso no exercício da Medici-

gação ao público da medicina ortomolecular, para os profissionais que ajuizaram as demandas, restou permitida mediante tutela de urgência, em nível de cognição não exauriente. Todavia, o período transcorrido entre o ajuizamento e a concessão variou muito, perfazendo uma média de 90,25 dias, sendo o menor período de 06 dias e o maior de 213 dias.

Ao levar em consideração o lapso temporal, tem-se que a média é significativa, pois se trata da permissão ou da proibição do exercício de uma atividade profissional, ou seja, de uma restrição severa à liberdade profissional operada mediante Resolução de um conselho profissional. Todas as liminares concedidas foram no mesmo sentido, suspensão das limitações instituídas pela Resolução 1.500/98 do CFM, por aparentemente invadir espaço consagrado pelo constituinte à lei formal.

Quanto às sentenças, 100% ($n=5$) foram de mérito. O tempo médio entre o ajuizamento da ação e a decisão de primeira instância foi de 1.010,4 dias, ou 2,76 anos. Sendo o mínimo 574 dias (1,57 ano) e o máximo 1.718 dias (4,70 anos).¹³ Mais uma vez, houve convergência de resultados. Com o olhar voltado ao aspecto formal, em 100% ($n=5$) houve o reconhecimento de nulidade, no todo (60%) ou em parte (40%), da Resolução 1.500/98 do Conselho Federal de Medicina. Não houve análises e debates de cunho material, que incluíssem as razões de ter o CFM limitado severamente a prática ortomolecular, isto é, as sentenças silenciaram sobre a proteção da saúde, os riscos eventualmente envolvidos, bem como sobre a promoção de processos informativos, seja da população, seja, especialmente, dos pacientes.

O período entre a sentença de mérito e a prolação do acórdão foi longo em 100% ($n=5$) das demandas. Do ajuizamento ao acórdão, a média foi de 12,34 anos, sendo o menor período 10,32 anos e o maior, 14,74 anos. Até o trânsito em julgado, contando-se a partir do ajuizamento, a média foi de 13,51 anos, número que tende a aumentar, uma vez que em um deles há pendência de admissibilidade de Recurso Especial.

Tabela 1 – Demonstração, em números absolutos, do tempo transcorrido (em anos) contado do ajuizamento até sentença de mérito, o acórdão e o trânsito em julgado¹⁴

Tempo	Sentença	Acórdão	Trânsito
	Anos	Anos	Anos
Caso 1	2,39	10,32	11,21
Caso 2	3,23	11,42	-----
Caso 3	1,57	11,38	13,18
Caso 4	4,70	13,86	14,57
Caso 5	1,93	14,74	15,08
Média	2,76	12,34	13,51*

Fonte: o autor.

na os procedimentos de prática Ortomolecular, diagnósticos ou terapêuticos, que empregam: I) megadoses de vitaminas; II) antioxidantes para melhorar o prognóstico de pacientes com doenças agudas ou em estado crítico; III) quaisquer terapias ditas antienvhecimento, anticâncer, antiarteriosclerose ou voltadas para patologias crônicas degenerativas; IV) EDTA para remoção de metais pesados fora do contexto das intoxicações agudas; V) EDTA como terapia antienvhecimento, anticâncer, antiarteriosclerose ou voltadas para patologias crônicas degenerativas; VI) análise de fios de cabelo para caracterizar desequilíbrios bioquímicos; VII) vitaminas antioxidantes ou EDTA para genericamente ‘modular o estresse oxidativo’.” (BRASIL, 1998).

¹³ O tempo mínimo corresponde ao processo no qual não houve exame do pedido liminar.

¹⁴ Caso 1 (BRASIL, 2009). Caso 2 (BRASIL, 2010). Caso 3 (BRASIL, 2011). Caso 4 (BRASIL, 2013a). Caso 5 (BRASIL, 2013b).

Em que pese a demora processual, houve convergência os resultados. Em 100% ($n=5$) a nulidade total ou parcial da Resolução 1.500/98 foi decretada, bem como da Resolução que a ela se seguiu (em um caso apenas, 25%), havendo, portanto, permissão para que os médicos demandantes exercessem a prática ortomolecular. Nas razões de decidir, o elemento formal sobrepujou qualquer outra análise. Ao limitar severamente a prática de uma profissão liberal, o CFM teria desbordado de suas atribuições normativas, invadindo competência reservada ao legislador pela Constituição da República. Novamente, as decisões calaram sobre a eventualidade de existirem riscos na permissão, assim como não tocaram no direito de ser a população e os pacientes informados sobre a posição do conselho profissional. Em 60% ($n=5$) dos julgados, a convergência decisória foi induzida e não espontânea, uma vez que houve direta referência a julgado anterior.

3.2 PROCESSOS ÉTICO-DISCIPLINARES

Conforme referido, do total de demandas, 20% ($n=10$) lidaram com discussões sobre processos ético-disciplinares nos quais médicos ligados à prática ortomolecular foram sancionados pelos Conselhos Regionais de Medicina. O conjunto fático que impulsionou os processos ético-disciplinares é muito diverso, de modo que cada demanda será tratada em separado.

No estado de Santa Catarina, em abril de 2004, um médico foi entrevistado em programa de canal aberto e, a partir das perguntas do jornalista, mencionou e explicou procedimentos e condutas de medicina ortomolecular. Por esta razão, houve processo ético-disciplinar junto ao CREMESC, no qual foi considerado que o médico violara ditames do Código de Ética Médica ao difundir procedimentos e técnicas vedados pela Resolução 1.500/98 do CFM. A ele foi aplicada a penalidade de censura pública em órgão da imprensa oficial. Em sede de Mandado de Segurança, o médico questionou a validade do procedimento ético-disciplinar, por violação da ampla defesa, bem como por desproporcionalidade e ausência de motivação quanto à penalidade dele resultante. No ponto, obteve a declaração de nulidade da sanção, uma vez que carente de vida e suficiente motivação. Quanto à matéria, levantou que o processo ético-disciplinar atingia indevidamente seus direitos fundamentais à livre manifestação do pensamento e de expressão da atividade científica, bem como violava a proibição constitucional ao estabelecimento de censura prévia. Alegou haver violação a direitos fundamentais pela via de Resoluções administrativas, ao arrepio da legalidade. O CREMESC, por seu turno, alegou serem constitucionalmente definidas as prerrogativas dos Conselhos Profissionais (BRASIL, 2010).

No acórdão, foi mantida a sentença de mérito nos seus próprios fundamentos. Compreendeu-se que a Resolução 1.500/98 CFM vedava o exercício e a divulgação ao público em geral das práticas da medicina ortomolecular, sem proibir a pesquisa e o compartilhamento de resultados entre os pares da comunidade científica. Assim, na linha adotada pela magistrada sentenciante, procedimentos da medicina ortomolecular haviam sido apresentados ao público como formas de evitar e prevenir doenças, violando o CEM e a Resolução 1.500/98 do CFM (BRASIL, 2010). O acórdão foi formulado em outubro do ano de 2010, momento em que já fora publicado um acórdão do Tribunal da Primeira Região considerando nula e inaplicável a um médico ortomolecular a Resolução 1.500/98.

Disto, dois elementos de análise. *Em primeiro lugar*, apesar de a decisão ter traçado uma linha demarcatória entre a divulgação ao público e a comunicação científica ao grupo especializado, a cisão é, do ponto de vista da legalidade e dos direitos fundamentais, mais complexa. Perceba-se que a Constituição Federal estabelece reserva qualificada de lei formal para a restrição da divulgação *comercial* de terapias e de medicamentos em mecanismos de comunicação social, ao passo que veda a censura ou exigência de autorização para a divulgação científica.¹⁵ As Resoluções do CFM em momento algum cercearam a pesquisa, a publicação e a apresentação dos seus resultados. Todavia, obliteraram a divulgação da prática ortomolecular. A questão é o que se deve entender por *divulgação*. Ora, se não se está no patamar da pesquisa, como consideraram a magistrada e os desembargadores, pode-se estar no da propaganda, da *divulgação comercial*. Se assim fosse, não seriam as resoluções do CFM hábeis a reger matéria, por vedação constitucional expressa e, também, por existir lei formal específica.¹⁶ Se a interpretação da fala do médico na entrevista levasse à noção de *divulgação comercial* de terapia, aplicáveis seriam as sanções previstas na Lei n. 9.294/98, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, tanto em relação à pessoa física, quanto à emissora.¹⁷ Mas, se fosse afastada a noção *comercial*, teria o médico apresentado, em veículo de comunicação, certas terapias ainda não comprovadas ao público em geral. O problema se torna o de demarcar formalmente se tal ato pode ser proibido mediante resolução do conselho profissional, ou se, para tanto, mister a existência de lei formal, assim como de definir se a vedação - mediante lei ou resolução - equaciona adequadamente direitos fundamentais, vez que o direito de ser informado também integra o cenário. Sumariando, trata-se de um *caso difícil*, pois enseja debates constitucionais de forma e de substância, à luz, é nítido, do contexto fático e, *in casu*, dos limites processuais inerentes ao mandado de segurança.

Em *segundo* lugar, quando o acórdão foi proferido, já havia decisão de segunda instância decretando a nulidade da Resolução 1.500/98 no Tribunal Regional Federal da Primeira região. Sabe-se que o sistema processual brasileiro não exige, sobremaneira, que um Tribunal, ao proferir uma decisão, tenha aderência aos julgados de outros tribunais de mesma monta. Porém, a dissonância entre os resultados faz emergir uma conjuntura singular. Em uma região, a um médico foi permitido o exercício da prática ortomolecular. Em outra, um médico respondeu a processo ético-disciplinar e foi sancionado por explicar, em uma de entrevista de televisão, a prática ortomolecular.

¹⁵ Quanto à expressão da atividade científica, o texto Magno veda a censura: “Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” No que toca aos veículos de comunicação social, a reserva qualificada de lei formal é deveras explícita: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição [...] § 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da *propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente*. § 4º A *propaganda comercial* de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, *medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais*, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

¹⁶ Trata-se da Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996 (BRASIL, 1996).

¹⁷ Não se exclui a possibilidade de haver, também, processo ético-disciplinar no respectivo conselho regional, mas por outra razão.

Volvendo aos dados coletados, no Tribunal Regional Federal da Segunda região houve apenas uma ocorrência, relativa a processo ético-disciplinar. O caso é bastante distinto, não só daquele relativo a processo ético-disciplinar, mas de todos os demais, pois trouxe à tona o exame de um provável erro médico. Foi o único que apresentou uma paciente *real*, provavelmente lesada em função do emprego da prática ortomolecular. Em breve síntese, no processo disciplinar, diante do CREMERJ, concluiu-se que uma adolescente fora submetida por cinco meses a tratamento não reconhecido, ocasionando o atraso do diagnóstico correto. Além disso, o diagnóstico feito pelo médico *ortomolecular* e as doses de um dos medicamentos prescritos estavam em desacordo à boa técnica. Como sanção, foi o médico proibido de exercer a profissão, mediante cassação do registro. A penalidade foi, como exigido pelo CEM, confirmada pelo CFM (BRASIL, 2014).

Em razão da penalidade, o médico ajuizou Ação Ordinária com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, deferida pelo juízo de primeiro grau. Em sede de Agravo de Instrumento, foi suspensa a tutela antecipada (BRASIL, 2014). Na decisão, não houve argumentação sobre a prática ortomolecular, o que, talvez, ocorra na decisão de mérito, visto que na própria ementa lê-se que há necessidade de juízo técnico para o deslinde da controvérsia.

3.3 INTERDIÇÃO ÉTICA

Do total de demandas, 20% ($n=10$) ocuparam-se da interdição ética do trabalho médico de estabelecimentos de prática ortomolecular. A interdição ética é um instrumento de polícia administrativa, que, segundo os conselhos de medicina, permite-lhes interditar o exercício da medicina em locais que não apresentem condições sanitárias para a realização segura do ato médico. Quanto à profissão médica, a interdição ética não encontra respaldo em lei formal e, até o início de 2014, não vigia resolução específica do Conselho Federal de Medicina no tópico (BRASIL, 2013).¹⁸ As demandas aqui narradas abordaram interdições éticas operadas antes da vigência da mencionada resolução.

Em ambas, 100% ($n=2$), foi mantida a higidez dos atos de interdição ética realizados pelo Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul, uma mediante cognição sumária, outra, exauriente. Na primeira, os representantes da clínica interditada alegaram, em sede de Agravo de Instrumento, dentre outros argumentos, a “violação à liberdade médica” e a “invalidade, nulidade e ilegalidade” do próprio instituto da interdição ética, pedindo a suspensão dos efeitos do auto de interdição ética. A decisão agravada negara a suspensão provisória do auto de interdição e nos seus termos foi mantida, com especial atenção ao “momento processual e da força do argumento de risco à saúde”, pese embora ter o juiz federal convocado percebido a delicadeza do assunto (BRASIL, 2010b).¹⁹

¹⁸ Atualmente, há a Resolução 2.026, de 29 de novembro de 2013, que passou a vigor em março de 2014 (BRASIL, 2013).

¹⁹ A decisão negara a medida, por concluir que: (a) a Interdição Ética já fora aceita pelo Tribunal Regional Federal da Quarta região; (b) a previsão do Art. 24, XII, CRFB, “[...] não significa que todos os atos de regulamentação da profissão médica, muitas vezes descendo a minúcias que da respeito ao exercício da profissão, tenham que ser editados por meio de lei, o que inviabilizaria de fato a regulamentação. Havendo previsão legal de que a regulamentação da profissão médica se dê pelo Conselho Federal de Medicina, não se afigura existente a inconstitucionalidade”; (c) a interdição ética “consiste em atividade de fiscalização dos Conselhos, que apenas aplicam a Resolução do CFM que impõe limites à prática da medicina ortomolecular. Tratar-se-ia da auto-executoriedade dos atos administrativos”. Nesta demanda, salta aos olhos daquele que

A segunda decisão foi no mesmo sentido, legalidade e constitucionalidade da interdição ética de estabelecimento de medicina ortomolecular. Nas razões de decidir, a Desembargadora relatora pautou-se por um dos princípios substantivos em liça, sustentando que, em nome do

[...] *princípio maior* da integridade da saúde fez-se necessária a interdição da clínica agravada dada a possibilidade de irreparabilidade do dano. O direito à saúde e o risco de sua inobservância, dessa forma, são fortes argumentos em favor da restrição à continuidade dos serviços médicos prestados pela clínica. (BRASIL, 2012).

Quanto ao argumento formal, determinante nas decisões do Tribunal da Primeira região (supra, item 2.1.), não houve um exame aprofundado da possível afronta à legalidade em função do agir normativo e do exercício do poder de polícia, ambos *praeter legem*, pelo conselho profissional. Apenas assumiu-se que

[...] os Conselhos Profissionais foram criados com a finalidade de orientar, disciplinar e fiscalizar o exercício de determinadas categorias. O CFM e o CREMERS têm, portanto, a prerrogativa de regulamentar e fiscalizar a profissão médica, dispondo de condições técnicas para assim fazê-lo com uma margem de segurança razoável. Cumprindo este mister, o CREMERS, a meu ver, corretamente apurou a prática de infração, aplicando a devida *pena disciplinar* de interdição ética. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Se no Tribunal Regional Federal da Primeira região as razões de decidir concentraram-se no aspecto formal, levando à decretação de nulidade, total ou parcial, da Resolução 1.500/98 do CFM, as decisões relativas à interdição ética, ambas no Tribunal Regional Federal da Quarta região, apoiaram-se na proteção da saúde da população, sem discutir diretamente a validade da proibição da prática ortomolecular. Se naquelas houve silêncio quanto aos aspectos substantivos, nestas houve certo alheamento quanto aos aspectos formais. O distanciamento dos aspectos formais para privilegiar um princípio substantivo - a proteção da saúde - ocorreu sem alusão a novas leituras da legalidade administrativa, tampouco houve menção a teorias do direito administrativo que oferecem certa flexibilidade à submissão da Administração Pública à lei formal prévia, tal como, exemplificativamente, a juridicidade (no tema, Binenbojm, 2008).

3.4 COBERTURA POR OPERADORAS DE SAÚDE

Por fim, houve apenas uma demanda tocando, indiretamente, na questão da cobertura dos procedimentos ortomoleculares pelas operadoras de saúde. Diz-se indiretamente porque os exames que foram negados pelo plano de saúde eram de cobertura obrigatória e seriam realizados em locais conveniados, solicitados por *médico ortomolecular*. Ademais, o que estava em pauta não era propriamente a cobertura de procedimentos ortomoleculares ou prescritos por médico ortomolecular, mas a incidência de juros de mora sobre a multa aplicada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). De qualquer modo, a operadora de saúde procurara discutir a própria multa, ancorando-se na vedação da prática ortomolecular. O argumento não vingou, pois enten-

pesquisa a matéria o fato de a clínica que sofreu interdição ética funcionar livremente em quatro outras unidades da federação, além de manter um sítio virtual de divulgação.

deram os desembargadores que há distinção entre cobertura de procedimentos ortomoleculares e cobertura exames de rotina, obrigatória, solicitados por médico ortomolecular.

4 CONCLUSÃO

Os dados obtidos demonstram uma diferença importante no viés adotado e no resultado obtido pelas decisões que se debruçaram mediata ou imediatamente sobre a validade das resoluções limitadoras da prática ortomolecular. De um lado, em conformidade às exigências formais atinentes à legalidade, houve decretação de nulidade, total ou parcial, das resoluções que limitavam o exercício da medicina ortomolecular. De outro lado, e com preocupação relevante, a proteção da saúde, admitidas foram a tanto a sanção ético-disciplinar por divulgação de procedimentos da medicina ortomolecular, quanto as interdições éticas, medida extrema de polícia administrativa, à época ainda carente de regulação. O resultado causa estranheza: enquanto alguns profissionais exercem a medida ortomolecular com a chancela jurisdicional em certas localidades, noutras, penalizam-se os profissionais pela mesma prática.

O direito fundamental ao livre exercício profissional, em campo potencialmente lesivo, foi objeto de distintas leituras acerca da *forma* a ser seguida para restringi-lo e da possibilidade de ela ser suplantada por princípios substantivos, como a proteção da saúde. O interessante é que nas razões de decidir, há um quase silêncio, talvez um “*mutismo hermeneuticamente significante*”²⁰ sobre o polo argumentativo não adotado. Onde se decretou a nulidade, ficou a descoberto a proteção da saúde dos potenciais pacientes. Onde se aceitou a resolução, a legalidade, a forma - não mera formalidade - que nutre o Estado de Direito, ficou a descoberto. Ou seja, não há enfrentamento profundo da temática, em feitiço de liberação do ônus argumentativo exigido por *casos difíceis*. Completa o quadro o fato de nenhum voto mencionar a *informação* e a *autonomia* dos pacientes. Ao decidir de modo a permitir a prática, não se lê, nos votos, preocupação com o efeito de permitir-se a prática sem que existam abrigos ao direito de escolha dos pacientes - à necessidade de que sejam informados a respeito da posição do conselho profissional e ao caráter *não comprovado* dos procedimentos. Ao decidir de modo a manter a proibição, suprimiu-se o acesso e a *escolha informada* pela prática ortomolecular. Em termos simples, um dos resultados fáticos de muitas das demandas são direitos individuais sobre o corpo e a saúde ficaram indefesos.

À evidência, não se pode atribuir aos órgãos de jurisdição a responsabilidade pelas deficiências e insuficiências indicadas. Como repetido, são casos difíceis, com nascedouro em um vácuo legislativo que abriu margem à anômala atuação normativa do conselho profissional, que podem sugerir um problema mais denso, a envolver o traçado de políticas públicas, e a própria *rule of law*.

ALLOWED OR FORBIDDEN? THE PRACTICE OF ORTHOMOLECULAR MEDICINE IN THE LIGHT OF BRAZILIAN TRF'S LINE OF DECISION

ABSTRACT

The purpose of this research is to map how Brazilian Federal Regional Courts have responded to the limitations set by resolutions of the Federal Board of Physician on orthomolecular medicine, portraying

²⁰ A expressão foi empregada pelo Ministro Carlos Ayres, em seu voto na ADI 3.510 (BRASIL, 2008).

the subject matters, the results and effects obtained and the decision-making path. The decisions were collected in each TRF site, with the word orthomolecular. After applying criteria of exclusion and inclusion, it was obtained a total of ten demands, divided into four key issues. In 50% (n=10) the prohibitive resolution was declared null and void, in total or in part. In 30% (n=10), administrative sanctions or penalties, applied due to the prohibition of orthomolecular practice, were maintained or respected by the Courts. It was concluded that there were two lines of decision-making, a formal one, which attended the legality principle, and a substantive one, which attended to health protection.

Keywords: Orthomolecular medicine. Legality. Freedom of profession and occupation.

REFERÊNCIAS

APPELBAUM, Paul S. et al. False hops and best data: consent to research and the therapeutic misconception. *Hastings Center Report*, v. 17, n. 2, p. 20-24, Apr. 1987.

APPELBAUM, Paul S. et al. Therapeutic misconception in research subjects: development and validation of a measure. *Clinical Trials*, v. 9, n. 6, p. 748-761, Dec. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.500*, de 03 de setembro de 1998. Brasília, DF, 26 de agosto de 1998. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1998/1500_1998.htm>. Acesso em: 05 maio 2015.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.634*, de 29 de abril de 2002. Dispõe sobre convênio de reconhecimento de especialidades médicas firmado entre o Conselho Federal de Medicina CFM, a Associação Médica Brasileira - AMB e a Comissão Nacional de Residência Médica - CNRM. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 abr. 2002a. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1634_2002.htm>. Acesso em: 05 maio 2015.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 1.938*, de 05 de fevereiro de 2010. Estabelece normas técnicas para regulamentar o diagnóstico e procedimentos terapêuticos da prática ortomolecular e biomolecular, obedecendo aos postulados científicos oriundos de estudos clínico-epidemiológicos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 fev. 2010a. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1938_2010.pdf>. Acesso em: 05 maio 2015.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n. 2.062*, de 29 de novembro de 2013. Dispõe sobre a interdição ética, total ou parcial, do exercício ético-profissional do trabalho dos médicos em estabelecimentos de assistência médica ou hospitalização de qualquer natureza, quer pessoas jurídicas ou consultórios privados, quando não apresentarem as condições exigidas como mínimas na Resolução CFM n. 2.056/13 e demais legislações pertinentes. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 fev. 2014. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2062_2013.pdf>. Acesso em: 05 maio 2015.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Paraná. *Parecer n. 1.929*, aprovado na Reunião Plenária de 07 de abril de 2008. Impedimento ético ou legal na solicitação de teste de gravidez nos exames demissionais nas empresas. Curitiba, 05 abr. 2008a. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRM/PR/pareceres/2008/1929_2008.htm>. Acesso em: 05 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 971, de 03 de maio de 2006. Federaliza a Universidade de Minas Gerais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 dez. 1949. Disponível em: <http://bvs.ms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0971_03_05_2006.html>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares no SUS - PNPIC-SUS*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.717 - 6/DF*. Dispõe sobre a criação do Conselho Federal e dos Regionais da Profissão de Técnico Agrícola e dá outras providências. Relator: Ministro Sidney Sanches. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DF, 07 nov. 2002b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>>. Acesso em: maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.510-DF*. Relator: Ministro Carlos Ayres. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *JusBrasil*, Brasília, DF, 29 maio 2008b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 511.961*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 17 jun. 2009. *JusBrasil*, Brasília, DF, 13 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 414.426*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Julgamento em 01 ago. 2011. *JusBrasil*, Brasília, DF, 07 dez. 2011a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 603.583*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. Brasília, DF, 26 out. 2011b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *APC 0022054-14.1999.4.01.3400*. Relator: Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa. Decisão em 22 set. 2011. Brasília, DF, 2011c. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=220541419994013400&pA=199934000220857&pN=220541419994013400>>. Acesso em: 12 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *APC 0021497-27.1999.4.01.3400*. Relator: Juiz Federal Miguel Ângelo De Alvarenga Lopes. Brasília, DF, 02 out. 2013a. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=214972719994013400&pA=199934000215276&pN=214972719994013400>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *APC 0004594-14.1999.4.01.3400*. Relator: Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins. Brasília, DF, 13 dez. 2013b. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=45941419994013400&pA=199934000046088&pN=45941419994013400>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *APC 0021754-52.1999.4.01.3400*. Relatora: Desembargadora Federal Maria Do Carmo Cardoso. Decisão em 04 fev. 2011. Brasília, DF, 2011d. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=217545219994013400&pA=199934000217853&pN=217545219994013400>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *APC 0021755-37.1999.4.01.3400*. Relatora: Desembargadora Federal Maria Do Carmo Cardoso. Decisão em 07 jun. 2010. Brasília, DF, 2010b. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=217553719994013400&pA=199934000217866&pN=217553719994013400>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *AI 2014.020100444444*. Relator: Desembargador Geral José Antonio Lisbôa Neiva. Decisão em 30 jul. 2014. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:PwrOg5Dd_-QJ:trf2nas.trf.net/iteor/TXT/RJ0108710/1/198/527225.rtf+ORTOMOLECULAR+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dt d&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=acordao&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *AC 5007520-66.2013.404.7001*. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. Decisão em 11 jun. 2014. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=6742035&termosPesquisados=ortomolecular>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *AI 2009.04.00.021036-8*. 20 jul. 2010b. Relator: Juiz Federal Guilherme Beltram. Porto Alegre, 22 jul. 2010c. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3607982&termosPesquisados=ortomolecular>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *APELREEX 2006.72.00.003091-8*. Relator: Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva. Decisão em 28 out. 2010. Brasília, DF, 2010d. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=3734853&termosPesquisados=ortomolecular>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. *APELREEX 5064490-51.2011.404.7100*. Relatora: Maria Lúcia Luz Leiria. Porto Alegre, 17 out. 2012. <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5366927&termosPesquisados=ortomolecular>. Acesso em: maio 2015.

CASTIEL, Luís David; PÓVOA, Eduardo Conte. Dr. Sackett & “Mr. Sacketeer”... Encanto e desencanto no reino da *expertise* na medicina baseada em evidências. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 17, n. 1, p. 205-214, jan./fev. 2001.

LIDZ, Charles W.; APPELBAUM, Paul S. The therapeutic misconception: problems and solutions. *Medical Care*, v. 40, n. 9, p. 55-63, 2002.

SACKETT, David L. et al. Evidence based medicine: what it is and what it isn't. *British Medical Journal*, v. 312, p. 71-72, jan. 1996.

SACKETT, David L.; ROSEMBERG, William M. C. The need for evidence-based medicine. *Journal of the Royal Society of Medicine*, v. 88, nov. 1995.

SACKETT, David L. The sins of expertness and a proposal for a redemption. *British medical Journal*, v. 320, p. 1283, 2000.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO DIREITO COMPARADO

Marina Mendes*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar a evolução da tutela do direito à privacidade no mundo ocidental e elaborar um comparativo com o Brasil. Nesse sentido, num primeiro momento será apresentada, brevemente, a divergência doutrinária acerca da definição de direito à privacidade e sua distinção do direito à intimidade. Não se pretende esgotar o tema, por entender-se que este é demasiadamente extenso e mutável, de acordo com os valores de cada sociedade. Na sequência, busca-se analisar a tutela do direito à privacidade no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do estudo da Constituição de 1988 bem como legislação ordinária, como o Código Civil, verificar-se-á seu marco inicial e o modo de diferenciação entre o direito à privacidade e o direito à intimidade. Por fim, é apresentado o desenvolvimento do direito à privacidade no ocidente, com o direito comparado na França, Alemanha, Itália e Espanha, sua origem e construção a partir dos direitos fundamentais bem como da personalidade com o objetivo de verificar as semelhanças e diferenciações entre o direito à privacidade naqueles países e no Brasil. Para a presente pesquisa teórica, utilizou-se o método indutivo por meio de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito à privacidade. Direito à intimidade. Direito fundamental. Evolução histórica. Direito comparado.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral verificar a evolução histórica, no Ocidente, do direito à privacidade. Escolheu-se tal objeto de estudo em virtude da sua relevância no cenário mundial. O desenvolvimento tecnológico e o fácil acesso às informações têm causado conflitos em decorrência da violação daquele direito. O trabalho abrange a matéria sobre o direito à privacidade que, no contexto pátrio, encontra respaldo na ordem constitucional dos direitos fundamentais.

Para alcançar tal objetivo, emprega-se o método hipotético-dedutivo, sendo que a temática foi desenvolvida por meio da aplicação da técnica de documentação indireta, abrangendo a pesquisa bibliográfica.

O desenvolvimento deste artigo é feito em três capítulos. No primeiro, faz-se necessário abordar a distinção entre o direito à privacidade no direito à intimidade, haja vista os diversos posicionamentos doutrinários discordantes acerca dos conceitos. É de grande relevância explicitar a diferença existente entre tais direitos, já que a partir dela é possível verificar qual esfera da vida privada do indivíduo é protegida em cada direito bem como a limitação do Estado em sua interferência. Ademais, vê-se a importância destes direitos no que concerne integrarem os direitos da personalidade, o que também é analisado neste primeiro momento.

* Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera; Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera; Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pesquisadora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada; marinalmendes@hotmail.com

No segundo capítulo, analisa-se a tutela do direito à privacidade no Brasil, por meio do estudo dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, mais especificamente, o Código Civil bem como a distinção doutrinária dos conceitos privacidade e intimidade.

Tamanha é a preocupação do ser humano com a privacidade que é possível visualizá-la em períodos remotos à Bíblia e em diferentes países, com origens diversas. Deste modo, no terceiro capítulo deste artigo, far-se-á um breve panorama histórico do direito à privacidade, com uma abordagem específica acerca do seu desenvolvimento em quatro países ocidentais: França, Alemanha, Itália e Espanha. A partir desta análise, far-se-á um comparativo com o direito à privacidade nestes países e no Brasil.

Deste modo, percebe-se a importância do estudo acerca de como foi construída a teoria que envolve a proteção ao direito à privacidade. Para tanto, adotam-se como premissa: A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Federal de 1988 bem como o Código Civil de 2002, o qual protege especificamente, inclusive, o direito à privacidade no âmbito familiar.

Assim, o presente artigo pretende demonstrar, alicerçado na doutrina e na construção mundial, considerações sobre o direito à privacidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

2 MORFOLOGIA DO DIREITO À PRIVACIDADE

Sabe-se que o conceito de privacidade é bastante suscetível a adaptações haja vista sua conceituação terminológica ser responsável por acirrados embates doutrinários. Tais divergências ocorrem em razão das tentativas de diferenciação entre privacidade e intimidade.

Destarte, em decorrência desta dificuldade, Araújo (1996, p. 37) optou por considerar as expressões vida privada e intimidade como sinônimas. Do mesmo modo, Caldas (1997, p. 43) não faz distinção entre privacidade, vida privada e intimidade, opta pela expressão “vida privada”, por assim considerá-la de maior alcance.

Este também é o entendimento de Gianotti (1987, p. 59), as expressões são sinônimas e relacionam-se ao direito de personalidade. Já consoante Dotti (1980, p. 69), a intimidade seria o âmbito secreto de cada ser humano o qual tem a prerrogativa de evitar outrem.

Em contrapartida, Szaniawski (1999, p. 153) faz referência a outra denominação, também considerado direito da personalidade - o “direito ao respeito à vida privada” - o qual consiste na prerrogativa de todos em garantir a proteção de seus interesses extrapatrimoniais bem como de impedir a investigação, divulgação bem como a entrada sem permissão de sua vida privada. Tal direito visa assegurar a vida pessoal e familiar do ser humano e cria um dever jurídico em relação a terceiros de não intervirem na vida privada de outra pessoa.

Branco (2000, p. 167) por outro lado, conceitua cada termo. Desta análise, verifica-se que a privacidade tem por objeto comportamentos e fatos ligados aos relacionamentos pessoais em geral - relações comerciais e profissionais - os quais não têm interesse que o público em geral tenha conhecimento. Já o direito à intimidade tem por escopo a proteção de fatos de foro mais íntimo, ou seja, aqueles que envolvem relações familiares e amizades próximas.

Cavaliere Filho (1995, p. 36) assevera que privacidade é o direito de estar só, de possuir a liberdade para tomar decisões na esfera da intimidade bem como para que determinados aspectos da vida privada não cheguem ao conhecimento de terceiros, tais como confidências, hábitos pessoais, relações familiares, vida amorosa, saúde física ou mental, entre outros.

Neste sentido, constata-se o apontamento de Costa Junior (2004, p. 36) em que o direito à privacidade seria gênero do qual a intimidade seria espécie.

Tal distinção feita pelo autor dá-se em decorrência da doutrina alemã, a qual distingue intimidade e privacidade por meio da chamada Teoria das esferas - *Sphärentheorie*. A privacidade, para a referida doutrina, está dividida em três esferas concêntricas: *Privatsphäre*, *Intimisphäre* e *Geheimsphäre*. Com tal divisão, evidencia-se a diferença entre privacidade, intimidade e segredo (COSTA JUNIOR, 2004, p. 37). Na esfera de maior extensão está a *Privatsphäre*, ou seja, a privacidade. Por meio desta segurança, o indivíduo tem o direito de restringir ao conhecimento dos demais, fatos e comportamentos de sua vida particular, os quais ainda assim não revelam aspectos extremamente reservados da sua vida pessoal e sua personalidade. A *Intimisphäre* (intimidade), esfera intermediária, é mais restrita, permite a exclusão de fatos mais sensíveis do indivíduo (vida sexual, política, religiosa, por exemplo) do conhecimento dos demais. Seriam aquelas informações compartilhadas somente com as pessoas a quem lhe outorga confiança, excluindo-se o público em geral. Por fim, a *Geheimsphäre*, ou esfera do segredo - a esfera central - seria a intimidade em sentido estrito, relacionada às informações ou sentimentos não compartilhadas com ninguém ou somente com amigos muito próximos.

Destarte, consoante a doutrina alemã, quanto mais interna a esfera atingida, ou seja, quanto mais íntima a informação divulgada, mais grave é a conduta de quem a divulgou ou acessou.

A despeito da crítica à teoria alemã, surge a Teoria do Mosaico, na qual as informações do indivíduo devem ser todas protegidas com a mesma intensidade, ou seja, um dado pessoal é como uma pequena pedra, que quando aglutinada com as demais (outros dados pessoais) formam um mosaico, o qual caracteriza a personalidade do indivíduo. Para esta teoria, toda e qualquer informação do indivíduo que for coletada deve ser protegida e não divulgada (RUIZ MIGUEL, 1994, p. 242-243).

Doutrinariamente, Lafer (2006, p. 239) tornou o conceito de privacidade não apenas como “o direito do indivíduo de estar só”, mas também como a possibilidade que qualquer pessoa deve possuir de restringir do conhecimento de terceiros aquilo que somente a ela se refere e que faz referência ao seu modo de ser na vida privada.

Apesar da inexistência de uma unicidade na doutrina acerca da distinção dos conceitos de privacidade e intimidade, é inegável o reconhecimento de sua tutela efetiva, por meio dos direitos da personalidade. De todo modo, é possível verificar na doutrina, apesar das divergências apresentadas na conceituação, a grande aceitação da Teoria Alemã, sendo considerados distintas: privacidade e intimidade.

Consoante Bittar (1995, p. 2), os direitos da personalidade são aqueles previstos no ordenamento jurídico com a função de preservar valores inatos do ser humano, sendo possível, assim, exigir dos demais o respeito a ele.

Sabe-se, com isso, que a privacidade é espécie do gênero personalidade, portanto, reporta à criação da humanidade. A humanidade sente a imprescindibilidade de proteger certos fatos particulares ocorridos na vida familiar. Tais fatos não devem transpor essa esfera familiar, haja vista o risco de possibilitar transtornos bem como ameaçar a liberdade individual (BITTAR, 1995, p. 10).

Portanto, a privacidade e intimidade carecem de um tratamento diferenciado porquanto se trata de um dos mais importantes direitos conquistados pelo homem, no plano dos direitos da personalidade. Pode assim, ser considerado como um direito capaz de preservar os valores pessoais, éticos e morais de todo ser humano.

Verifica-se que essa dificuldade em se obter uma conceituação e diferenciação pacífica acerca de ambos os direitos ocorre também no Brasil. A doutrina brasileira decompõe-se entre um entendimento apoiado na “teoria das esferas” - concebe vida privada e intimidade como bens jurídicos da personalidade diferentes e que necessitam de uma disciplina própria - e o entendimento de que as acepções são sinônimas, deste modo, tais direitos devem ser tutelados de forma consolidada.

De todo modo, é perceptível a inclinação doutrinária para a diferenciação dos conceitos, ambos - privacidade e intimidade - são direitos da personalidade protegidos pela Constituição Federal. Verifica-se a intenção do legislador constituinte em distinguir tais direitos quando da descrição de ambos no artigo 5º. Assim, faz-se imperioso analisar a tutela deste direito consoante a legislação brasileira.

3 A TUTELA JURÍDICA DA PRIVACIDADE NO BRASIL

É de longa data a proteção aos múltiplos aspectos da vida privada, a exemplo do artigo 17 do Código Comercial de 1850, o qual assegurava, em especial a privacidade da pessoa jurídica ao proteger a inviolabilidade dos livros de escrituração comercial (CASTRO, 2005, p. 537). Destaca-se, também, o precedente da Constituição Imperial acerca de inviolabilidade da correspondência, que também tutelava indiretamente a privacidade (BITTAR, 1995, p. 55).

Entretanto, no que tange à tutela da privacidade, conceito geral, do indivíduo, pode-se afirmar que a primeira referência explícita, em texto legal brasileiro é o artigo 49 da Lei n. 5250 de 1967, a Lei da Imprensa. A referida determinação legal previa o cabimento de indenização em casos de calúnia e difamação, mesmo que o fato imputado fosse verdadeiro, se ele tratasse da vida privada do ofendido e sua divulgação não estivesse motivada por um interesse público maior (LAFER, 2006, p. 240).

Destarte, a partir da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade defendidos na Constituição de 1988, tanto privacidade como intimidade passaram a ter um grande espaço na doutrina e jurisprudência. Cumpre ressaltar, que os direitos da personalidade se fundamentam no valor conferido à pessoa humana pelo texto constitucional: dignidade da pessoa humana. A tutela e efetivação da dignidade da pessoa humana constituem a base dos direitos assegurados na Lei Maior (SARLET, 2001, p. 67).

Hoje, ambos os direitos - privacidade e intimidade - estão expressos no âmbito dos direitos fundamentais tanto na Constituição quanto no Código Civil. Deste modo, a vida privada está protegida no artigo 1º, III da Constituição, uma vez que a dignidade da pessoa humana não perdura sem a custódia da vida privada. Expressamente, está assegurada no artigo 5º, inciso X, também da Constituição (BRASIL, 1988).

Outros dispositivos constitucionais tratam, separadamente, de aspectos que, filosófica ou sociologicamente, estariam situados no âmbito da privacidade como, por exemplo: a proibição de penas cruéis ou invasivas do corpo e da dignidade (inc. III e XLIII); a proteção da imagem (inc. V); a liberdade de pensamento, de consciência e de crença (inc. IV e VI); a inviolabilidade da casa (inc. XI); o sigilo das correspondências e das comunicações (inc. XII); o direito de autor (inc. XXVII); o respeito à integridade física e moral do preso (inc. XLIX); o direito de conhecer e retificar informações pessoais (inc. XXXIII e LXXII); a escusa de consciência (inc. VIII).

A partir da análise do referido dispositivo juntamente com a definição verificada inicialmente, é possível constatar que vida privada está relacionada ao modo de ser e de viver do indivíduo bem como na faculdade que cada pessoa tem de obstar o acesso de estranhos à sua vida privada e também impedir o acesso de informações acerca da sua vida (MIRANDA, 1996, p. 81).

Destarte, como estão dispostos na Constituição de 1988, os direitos à privacidade e a intimidade são normas de eficácia plena (SILVA, 2003, p. 88). Tratá-los como sinônimos seria negar efetividade a uma norma constitucional, implicaria na impossibilidade de tutelar o referido direito à privacidade. José Afonso da Silva afirma categoricamente que a intimidade foi considerada um direito diverso do direito à vida privada, à honra e à imagem (SILVA, 2003, p. 202).

Neste diapasão, privacidade, à luz da Constituição Federal de 1988 é o composto acerca do direito de o indivíduo viver sua própria vida. Trata-se da possibilidade que cada indivíduo tem de vedar a invasão de estranhos na sua vida privada e familiar. Do mesmo modo, de obstar-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um (GUERRA, 2004, p. 54-55).

Cumpra ressaltar, todavia, que o direito à privacidade também sofre limitações impostas pela própria Constituição, em decorrência dos interesses da coletividade e do desenvolvimento crescente de atividades estatais: exigências de ordem histórica, científica, cultural ou artística; exigências de cunho judicial ou policial; exigências de ordem tributária ou econômica; exigências de informação, pela constituição de bancos, empresas; exigências de saúde pública e de caráter médico profissional e outros (BITTAR, 1995, p. 106-107).

Faz-se necessário anotar outra disposição contida no texto constitucional que confere proteção à família, vedando a intromissão do Estado ou do particular, ou seja, garantindo a sua privacidade: o artigo 226, § 7º.¹

Em sede infraconstitucional, no Código Civil de 1916, os direitos da personalidade não receberam tratamento expresso, abrigando somente o direito à imagem e o direito do autor, talvez pela inspiração no modelo liberal-burguês, ditado pela liberdade de contratar e autonomia da vontade. Deixou de lado a igualdade entre as partes (HAIZENREDER, 2009, p. 33-34).

O Código Civil de 2002 inovou ao inserir o inovador capítulo II, que trata dos Direitos da Personalidade. Assim, o Título I - artigos 11 a 21 - elenca os direitos subjetivos de natureza privada. Salienta-se que, por ser matéria também tratada no texto constitucional, pode-se afirmar que é integrante do Direito Civil Constitucional. No artigo 12, o Código Civil tratou de um direito geral de personalidade. Trouxe previsão de direitos especiais da personalidade: a) nos artigos 13 a 15, tratou da incolumidade física (direito ao próprio corpo); b) no artigo 16, do nome; c) no artigo 20, da imagem, honra e intimidade; e, d) no artigo 21, da privacidade.

Verifica-se, neste contexto, que o legislador civilista, diante de dificuldade em prever todas as possibilidades de constrangimentos que o indivíduo pode sofrer no que concerne à intromissão à sua vida privada, de maneira prudente, deixou à discricionariedade dos órgãos jurisdicionais a medida para coibir tais atos (CASTRO, 2005, p. 542).

Outro dispositivo que torna cristalina a proteção da vida privada no Código Civil, é o artigo 1.513, corolário da regra constitucional, o qual é evidente quanto à proteção da vida privada.

¹ § 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.

Busca-se, com o referido dispositivo legal, a contribuição do Estado como meio de resguardar a dignidade da pessoa humana, respeitando a integridade dos componentes do núcleo familiar, física, psíquica e moralmente (PELUSO, 2013, p. 1615).

Ainda no sentido de preservação do direito à privacidade, no ordenamento jurídico nacional, a Lei n. 8.159 de 08 de janeiro de 1991 (Lei dos Arquivos Públicos) veio regulamentar a parte final do inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Finalmente, a tutela da vida privada se consubstancia com o §8º do artigo 226 da Constituição Federal, o qual, consoante Chapellie assegura a proteção da família e suas relações, o que inclui a sua privacidade. Seguindo nesta esteira, percebe-se não só a tutela da privacidade para todos os indivíduos como também a proteção das relações inter e também intrafamiliares (PEREIRA, 2008, p. 250).

4 DIREITO COMPARADO: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE NO MUNDO OCIDENTAL

Inicialmente, cumpre ressaltar que a privacidade tomou classificações diversas na hierarquia dos valores de cada sociedade, a depender da etapa de evolução da humanidade bem como do padrão cultural adotado. Sabe-se, contudo, que o direito à privacidade é consagrado como um direito fundamental, sendo tratado como uma afirmação das liberdades pessoais, o que remonta a própria história da humanidade.

Como já ressaltado, o direito à privacidade constitui o rol dos direitos da personalidade. Estes, por sua vez, foram sendo conquistados com o decorrer da história.

No mundo ocidental, o Cristianismo foi fundamental na propagação da ênfase do indivíduo como valor supremo. De todo modo, foi a partir do ano 1000 d.C., com a passagem do gregarismo para o individualismo, o espaço doméstico e individual passou a ter um caráter mais privado (RUIZ MIGUEL, 1995, p. 40).

Todavia, o direito à privacidade passou a ser ideologicamente autônomo somente com o nascimento da burguesia e o crescimento dos núcleos urbanos. O direito à privacidade sedimentou-se como uma aspiração burguesa tornando-se a aspiração de muitos (AIETA, 1999, p. 78).

O Humanismo constituiu, assim, o momento de um individualismo acentuado, haja vista ter como filosofia central o homem como centro de tudo. Na *Common Law*, no final do século XVII, surgiu o princípio consagrado na Inglaterra: *man's house is his castle* (a casa do homem é seu castelo), que proclamava a inviolabilidade do domicílio. Contudo, este princípio não resguardava as demais espécies de privacidade (CARVALHO, 2010, p. 346).

Foi no século XIX que as demais formas de privacidade (física, das comunicações, das decisões e de determinadas informações) passaram a ser protegidas (SAMPAIO, 1998, p. 56). Em 1846, na Alemanha, foi publicada a obra *Grundzuge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*, de Karl David August Roder, em que se considerava incomodar alguém com perguntas indiscretas ou entrar em um aposento sem se fazer anunciar, como atos violadores do direito natural à vida privada.

No ano de 1858, a França teve sua primeira decisão reconhecendo o direito à privacidade. Apesar de não possuir, na época, legislação específica acerca do tema, o Tribunal de *Sené* pautou-

-se no art. 1382 do Código de Napoleão² para decidir o emblemático caso da atriz Elisa Felix. Trata-se da decisão que reconheceu à família desta famosa atriz, o direito de não publicar uma gravura com a imagem da mesma em seu leito de morte (DOTTI, 1980, p. 60).

Contudo, o grande marco da doutrina acerca do tema, considerado o ponto de partida para a formulação do direito à privacidade, à intimidade e à vida privada deu-se nos Estados Unidos da América, no ano de 1890, com a publicação do artigo *Right do Privacy*, de Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis na revista *Harvard Law Review*.

Tal artigo foi escrito em decorrência da publicação, em determinado jornal de Boston, das alcovitices ocorridas no salão da filha de um senador americano. Assim, analisando alguns precedentes judiciais da Suprema Corte norte-americana, referentes à propriedade, direitos autorais e difamação, Warren e Brandeis constataram que se poderia deduzir um direito geral à privacidade (RUIZ MIGUEL, 1995, p. 57).

Destarte, delimitaram aquilo que chamaram de *right to be alone*, fundamentado no direito de o indivíduo proteger seus pensamentos, emoções e sentimentos, independentemente da sua maneira de expressão (cartas, livros, música, diálogos, desenhos etc.). Ao final, asseveraram que o direito de estar só não era absoluto, sendo possível abrandá-lo em casos de interesse geral público, autorização judicial e ainda a autorização do próprio indivíduo na divulgação (WARREN; BRANDEIS, 1890).

De qualquer maneira, apesar de o mundo jurídico verificar a necessidade de tutela do direito à privacidade, à intimidade e à vida privada há muito tempo, somente no século XX é que se pode afirmar que tais direitos passaram a ser assegurados em leis constitucionais. Cita-se como pioneira, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Ademais, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948) é o grande exemplo ocidental (ARAÚJO, 1998, p. 18) de dispositivo que garante aos indivíduos os direitos da personalidade, em especial o direito à privacidade, em seu artigo XII.³

Logo em seguida, em 1950, foi assinada em Roma a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950) que, em seu artigo 8º, previa novamente o respeito ao direito à privacidade.⁴

Foi na Conferência Nórdica sobre a Intimidade, ocorrida em 1967 em Estocolmo, que o tema privacidade foi amplamente discutido. Deste estudo, concluiu-se que (GUERRA, 2004, p. 73) o direito à intimidade refere-se ao direito que o indivíduo possui de viver de maneira independente sem a interferência de terceiros. Foram destacadas, também, as principais ofensas a esse direito: espionagem e qualquer interferência na solidão do indivíduo, gravação de conversas e to-

² Todo ato, qualquer que ele seja, de um homem causar a outrem um dano, obriga aquele por culpa do qual veio ele a acontecer, a repará-lo.

³ Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de ataques a sua honra ou sua reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências e ataques.

⁴ Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício desse direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral e a proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

madras de fotografias e de vídeo das pessoas em seu círculo privado ou em circunstâncias íntimas, oitiva de conversas privadas sem autorização, exploração do nome, identidade ou similares sem o seu consentimento e a utilização de declarações falsas ou ainda de fatos íntimos.

Logo em seguida, em 1969, o Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS, 2015), artigo 11 - dando a mesma redação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, assegurou o direito à privacidade.⁵

Entretanto, a despeito dos tratados, declarações e convenções internacionais, a doutrina verificou que a efetiva proteção do direito à privacidade só se daria por meio da conscientização dentro de cada país, sendo recomendada a edição de leis internas com aplicação imediata pelo Judiciário (FLAHERTY, 1990, p. 832).

Assim, as Constituições políticas vigentes apresentam capítulos e dispositivos especiais aos direitos fundamentais, detalhando garantias básicas reconhecidas a todos indivíduos, dentre elas a custódia da privacidade (NOVOA MONREAL, 1981, p. 45).

Destarte, na França, apesar de considerada a pioneira na proteção da vida privada e da intimidade, não possuía legislação específica acerca do tema, haja vista não haver legislação específica, os tribunais franceses foram os grandes responsáveis pela proteção à privacidade. Assim, para a Justiça francesa os artistas e pessoas públicas também conservam o direito à privacidade (SILVA, 1998, p. 94). Este posicionamento firme da jurisprudência parecia não necessitar de uma legislação específica acerca do tema. Contudo, em 1970, foi inserido o art. 9º ao Código de Napoleão, por meio da Lei n. 70.643, a qual passou a garantir ainda mais firmemente o direito à privacidade (FRANÇA, 2015). Tal Lei alterou também o Código Penal daquele País, aumentando o rol de crimes contra a intimidade.

O que se verifica, ademais, é que as primeiras construções de diferenciação entre o direito à privacidade e o direito à intimidade remontam à jurisprudência francesa. Deste modo, para a doutrina e jurisprudência francesa, a intimidade é como uma esfera mais restrita que o direito à vida privada, nela ninguém podendo penetrar sem expresso consentimento (SZANIAWSKI, 2005, p. 322). Neste diapasão, afirma-se que a legislação francesa é tida como um exemplo a ser seguido haja vista tratar-se de um quadro de eficaz proteção à intimidade e à vida privada. Atualmente, o direito à intimidade é reconhecido como um direito geral da personalidade (GIANOTTI, 1987, p. 28).

Na Alemanha, também considerado um país com evoluído entendimento acerca da proteção da intimidade e da vida privada, a partir da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, é que foi possível verificar a proteção legislativa da intimidade (ALEMANHA, 2011). Como já explanado, na Alemanha nasceu a *Sphärentheorie*. O Tribunal Federal Constitucional Alemão aplica tal raciocínio em suas decisões, sendo que a intimidade (esfera íntima) goza de proteção absoluta, sendo um mínimo garantido à pessoa de maneira intacta. A esfera privada - vida privada - por seu turno, teria um contorno de proteção relativo, determinado pela análise do caso concreto (SZANIAWSKI, 2005, p. 361).

⁵ Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

A Itália não possui legislação específica que proteja a vida privada e intimidade (*riservatezza*), seu Código Civil somente reconhece o direito à imagem (ITÁLIA, 1942). A proteção da intimidade e da privacidade está calcada em valores morais e sociais (GIANOTTI, 1987, p. 29). O caso emblemático do não respeito à intimidade ocorreu quando da tentativa de publicação, em forma de seriados e de filmes, dos amores entre Mussolini e Claretta Petacci. Tal veiculação foi proibida pelo Tribunal de Roma, que entendeu ser ilícita a reprodução da imagem da pessoa, mesmo pública, sem o seu consentimento.

Tem-se como inovadora, a Constituição da Espanha, em seu artigo 18, que garante, não só o direito à intimidade e à vida privada, a privacidade do domicílio e das comunicações, como também limita o uso da informática com o intuito de reservar a intimidade pessoal e familiar (ESPANHA, 1978). Ademais, em 1982 foi promulgada a Lei Orgânica 1/82, que reforça o preceito constitucional ao determinar claramente a proteção à intimidade (GARDÓ, 2000, p. 365).

É possível constatar a rápida evolução do direito à privacidade. Inicialmente reconhecido no plano internacional, hoje é tutelado na maioria dos países democráticos ocidentais, inclusive em suas constituições. Tal proteção ocasionou um avanço no seu estudo doutrinário bem como na aplicação jurisprudencial. De outro lado, países com raiz na Common Law, como a Inglaterra, também o asseguram de maneira veemente, por meio da jurisprudência.

O que se verifica, ao analisar o direito à privacidade nos referidos países - França, Alemanha, Itália e Espanha - é que em todos a distinção doutrinária não está consolidada acerca do direito à privacidade e intimidade. A inexistência de um consenso a respeito da conceituação de direito à privacidade e à intimidade, sobretudo no âmbito internacional, é reflexo das diferenças culturais e históricas que existem entre os povos. Szaniawski (2005, p. 138) assevera ser possível determinado comportamento constituir grave ofensa ao respeito à vida privada de outrem em um país e em outros, o mesmo comportamento ser admitido como normal.

Por meio de uma análise mais acentuada, observa-se que a legislação brasileira segue o entendimento da doutrina alemã, ou seja, as leis brasileiras diferenciam os conceitos bem como a tutela de ambos. De qualquer maneira, faz-se imperioso destacar que a dificuldade primordial em relação aos direitos do homem hoje não é tanto o de justificá-los, mas sim o de preservá-los (BOBBIO, 1992, p. 24). Neste sentido, a Constituição Brasileira, determina os limites bem como a tutela destes direitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o direito à privacidade é constantemente expandido ou retraído conforme o desenvolvimento de novas tecnologias, mudanças no padrão de comportamento social, ou nas políticas governamentais aplicadas. Basta, por exemplo, proceder com a comparação entre a qualificação do direito à privacidade presente no trabalho doutrinário inaugural acerca do tema e a atual disposição normativa brasileira.

Ademais, da análise etimológica do termo “privacidade”, fizeram-se necessárias considerações sobre intimidade e personalidade do ser humano. Foram esses os valores que, durante a evolução histórica dos grupos humanos, emergiram como imposições a serem delimitadas e respeitadas.

É possível identificar, deste modo, que o direito à privacidade é o gênero, sendo a intimidade uma esfera mais específica daquele. A proteção de ambos é garantida internacionalmente,

em inúmeros países, como França, Alemanha, Itália e Espanha. Tal segurança deu-se em decorrência da necessidade do indivíduo em resguardar fatos, acontecimentos, relações que interessam somente a sua vida privada. Ambos são considerados espécies dos direitos da personalidade, ou seja, inerentes ao ser humano e protegidos em diversas cartas internacionais.

Destaca-se que a evolução deste direito remonta à Antiguidade, moldando-se consoante os valores da sociedade bem como as transformações tecnológicas. Países europeus que sequer possuíam dispositivos legais específicos para a proteção do direito à privacidade, por meio da construção jurisprudencial fundamentaram-nos como direitos fundamentais a fim de assegurar a intimidade e a privacidade de seus cidadãos.

No âmbito nacional, a constituição de 1988 trouxe a proteção de uma vasta gama de direitos, em especial, o direito à privacidade. Pode-se afirmar, ademais, que ela foi bastante generosa na ampliação e consolidação da consciência jurídica dos cidadãos. Tal consciência tem como fundamento a efetividade dos direitos e garantias fundamentais que são resguardados pela Constituição e que tem por pressuposto a dignidade da pessoa humana.

De todo modo, é imperioso ressaltar que o direito à privacidade não se trata de um direito absoluto e insuscetível de limitações, como acontece com quase todos os demais direitos fundamentais dotados de tutela constitucional. A Constituição de 88 determina tais limites, em decorrência dos interesses da coletividade e do desenvolvimento crescente de atividades estatais: exigências de ordem histórica, científica, cultural ou artística; exigências de cunho judicial ou policial; exigências de ordem tributária ou econômica; exigências de informação, pela constituição de bancos, empresas; exigências de saúde pública e de caráter médico profissional e outros.

Destarte, ao comparar as disposições acerca do direito à privacidade na França, Alemanha, Itália e Espanha, constata-se que tanto no Brasil como naqueles países a distinção doutrinária não está assentada acerca do direito à privacidade e intimidade. A dificuldade em se alcançar um consenso a respeito da conceituação de direito à privacidade e à intimidade é fruto das diferenças culturais e históricas que existem entre os povos.

Sobremaneira, percebe-se que tanto a doutrina quanto a legislação brasileira estão em consonância com a doutrina alemã e as decisões do Tribunal Federal Constitucional Alemão ao diferenciar intimidade de privacidade, sendo esta a esfera de maior amplitude, do que se depreende ser o gênero. A intimidade possui, assim, proteção absoluta, sendo um mínimo garantido à pessoa de maneira intacta e a esfera privada goza de proteção relativa, determinada pela análise do caso concreto.

HISTORICAL EVOLUTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY IN COMPARATIVE LAW

ABSTRACT

This article aims to present the evolution of the protection of the right to privacy in the Western world and draw a comparison with Brazil. In this sense, at first it will be shown briefly doctrinal disagreement about the definition of right to privacy and your right to privacy distinction. It is not intended to exhaust the topic, it is understood that this is too extensive and changeable in accordance with the values of each company. As a result, we seek to analyze the protection of the right to privacy in the Brazilian legal system, through the 1988 Constitution of the study as well as ordinary legislation, such as the Civil Code, will be checking your starting point and how to differentiate between the right to privacy and the right to privacy. Finally, the development

of privacy rights in the West is presented with comparative law in France, Germany, Italy and Spain, its origin and construction from the fundamental rights and personality in order to verify the similarities and differences between the right to privacy in those countries and in Brazil. For this theoretical research, we used the inductive method by means of literature.

Keywords: Right to privacy. Privacy law. Fundamental rights. Historical evolution. Comparative law.

REFERÊNCIAS

- AIETA, Vania Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- ALEMANHA. *Lei fundamental da República Federal da Alemanha*. Berlin: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2015.
- ARAÚJO, José Laércio. *Intimidade, vida privada e direito penal*. São Paulo: Habeas, 1998.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.
- CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Almeida (Org.). *Doutrinas essenciais. Responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 8.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanJose.htm>>. Acesso em: 09 maio 2015.
- CORTE EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. 1950. Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 09 maio 2015.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 3. ed. São Paulo: Sciliano Jurídico, 2004.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 10 maio 2015.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ESPAÑA. *Constituição Espanhola de 1978*. 1978. Disponível em <<http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

FLAHERTY, David H. On the utility of constitutional rights to privacy and data protection. *Case Western Reserve Law Review*, v. 41, 1990-1991.

FRANÇA. *Code civil: version consolidée au 22 mars 2015*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006419288&cidTexte=LEGITEX000006070721>>. Acesso em: 10 maio 2015.

GARDÓ, Antonio Fayos. *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUERRA, Sidney. *O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

HAINZENREDER JUNIOR, Eugenio. *Direito à privacidade e poder diretivo do empregador: uso do e-mail no trabalho*. São Paulo: Atlas, 2009.

ITÁLIA. *Il codice civile italiano*. 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MACHADO, Jânio de Souza. *O dano moral pela violação ao direito à privacidade: o Mercosul e os direitos humanos*. Ijuí: Unijuí, 2003.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. *A proteção constitucional da vida privada*. São Paulo: Editora de Direito, 1996.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información: um conflito de derechos*. México: Siglo Veintiuno, 1981.

PELUSO, Cesar. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013.

PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUIZ MIGUEL, Carlos. Em torno a la protección de los datos personales automatizados. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, v. 84, p. 242-243, abr./jun. 1994.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995.

SAMPAIO, José Adércio. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 2005.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, Cambridge: Harvard Law Review Association, n. 193, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

A TUTELA DA UNIÃO HOMOAFETIVA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E O SEU IMPACTO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Jhonatan Felipe Laurindo Gomes Duarte*

RESUMO

O presente estudo almeja um aporte teórico quanto à atual proteção conferida pela ordem jurídica brasileira aos casos de união homoafetiva, buscando estabelecer o panorama histórico-cultural de tais conjunções, traçando um paralelo com a evolução legal do matrimônio dentro do sistema normativo brasileiro. Inobstante, pretende-se ainda analisar as recentes decisões e posicionamentos judiciais diversos quanto ao regime jurídico aplicável à união homoafetiva no Brasil, além de vislumbrar a aplicabilidade das normas constitucionais existentes após a Assembleia Constituinte de 1988, balizando a substancialidade constitucional pretendida com o reconhecimento do afeto como caractere inafastável para a constituição da unidade familiar, inclusive para os casos de adoção por casais homossexuais.

Palavras-chave: União homoafetiva. Conceito de família. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O Direito enquanto ciência social que busca o acompanhamento das transformações fáticas pelo prisma de suas complexidades inerentes, revela-se enquanto instituição milenar que, por vezes, enfrenta o paradigma da mera escrituração da realidade social apresentada, enquanto outras é convocado a alterar significativamente os procedimentos e significados dos diversos fatores consubstanciados na *vexata quaestio*.

A união entre pessoas do mesmo sexo não é fato antropológico que data de poucas décadas. A própria essência da história da humanidade é capaz de desvelar a existência de relações homossexuais desde o surgimento das próprias práticas historiográficas, sendo que o caso helênico e romano são episódios que marcaram o início do estudo de tais fenômenos pelo prisma social e jurídico.

Com a crescente tendência medieval de conceitualização das relações de afeto pelo viés essencialmente teológico de definição social, vê-se a onda crescente - principalmente em países latino-americanos afetados pelo processo de colonização dos séculos XIV, XV e XVI, apresentados a modalidade de religião arraigada em seus critérios inquestionáveis, sendo que a Europa continental enfrentou um processo de relativização do saber religioso, majoritariamente oriundo da Reforma Protestante e do Anglicanismo - até meados do século XX de definir a união enquanto paradoxo essencialmente patriarcal, instituído pelo matrimônio, com rigidez de papéis sociais e indissolúvel, mesmo diante da manifesta expressão da vontade dos contraentes.

O Brasil, que viveu por décadas sob a égide de um Código Civil datado o início do século passado, enfrentou dificuldades quanto à incapacidade de estruturação de uma união - e de um

* Doutorando en Derecho y Ciencias Sociales da Universidad Nacional de Córdoba; Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; jhonatan_duarte@hotmail.com

organismo familiar, conseqüentemente - orientado pela expressão do afeto, vendo-se a união conjugal reduzida para muito aquém da heterossexualidade, mas também cingida pela ostensividade patrimonial e hierárquica, com o *pater familias* funcionando como núcleo inquestionado - e inquestionável - da instituição familiar.

A mudança de paradigma conceituador, desta forma, merece análise detida para que sejam observados pontos pertinentes da alteração normativa e jurisprudencial dos quadros de conjugação afetiva, como a própria ocorrência da união estável enquanto modalidade jurídica respaldada no texto legal, divergindo da rígida estruturação matrimonial que até então ditava a unicidade familiar na ordem jurídica brasileira. Desta feita, o presente estudo inicia com fulcro na perspectiva civilista vigente até a ocorrência da Assembleia Constituinte de 1988, que alterou drasticamente a conceituação familiar, conforme se fará ver, demonstrando, com o transcorrer metodológico, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário no reconhecimento e estipulação do núcleo familiar homoafetivo, desembocando no *status* jurídico vigente de tais uniões dentro da ordem jurídica brasileira. Perpassando pela horizontalidade dos direitos fundamentais, concretizando assim valores constitucionais.

2 ASPECTOS GERAIS DA UNIÃO HOMOAFETIVA E O DIREITO CIVIL

Laços afetivos enquanto instrumentos sociológicos sempre gravitam em torno de valores culturais e influências religiosas na exata medida em que o próprio padrão de reconhecimento da sociedade quanto a tais laços tende a ser imperioso quanto à normatividade vigente - neste caso, quanto à *heteronormatividade*. O que se vislumbra, assim, são limitações afetivas majoritariamente impostas pelo Estado e pela Igreja, de modo que o próprio exercício dos direitos decorrentes do instituto marital se vê tolhido quando destoante do socialmente padronizado (DIAS, 2009, p. 39 e ss.).

A conexão do Direito Civil brasileiro - ramo responsável pelo ordenamento do matrimônio em seu aspecto jurídico - tem conexão imediata com os valores que vigoram e que são adotados por uma sociedade em certo período histórico. O Códex Civilista anterior, datado de 1916, desta forma, era norteado pela desigualdade na medida em que ancorava no autoritarismo patriarcal, depositando nele o fomento institucional para o estabelecimento e continuidade do casamento, sempre, obviamente, heterossexual (CHILETTO, 2007, p. 14).

O livre exercício da sexualidade e do casamento, como já exposto, é diametralmente limitado pela atuação estatal e religiosa, esta última atuando como indumentária antropológica para o estabelecimento de ditames padronizadores, gerando a tensão existente até os dias atuais, da visualização do casamento ora como contrato, ora como instituição. No caso brasileiro, a ordem jurídica vigente vem, de maneira lenta e gradual, deixando de adotar o casamento como instituição de ordem meramente obrigacional, sendo que, até os anos iniciais deste século, o matrimônio era concebido como relação equiparável à sociedade de fato, com cunho marcada e exclusivamente patrimonial (CHILETTO, 2007, p. 15).

A busca pelo significado histórico do casamento na sociedade brasileira esbarra necessariamente na visualização do romano *pater familias* como mecanismo legitimador do próprio instituto, de modo que o ordenamento patrimonial, matrimonial, patriarcal, indissolúvel e rigidamente hierárquico é o caractere que fornece o próprio significado de organismo familiar aos indivíduos

envoltos nos laços ora contratuais, escamoteando a própria noção de afeto e cumplicidade em detrimento da mera junção financeira e socialmente padronizada (DIAS, 2009, p. 42).

A tendência à sacralização do conceito de família é corrente política e social que esbarra necessariamente na Dignidade da Pessoa Humana, almejando seu detrimento em favor da mera continuidade inquestionável dos moldes sociais, gerando vínculos condenados a indissolubilidade, como expressa claramente a história matrimonial brasileira até o início da década de 1970, com a efetiva implementação da Lei do Divórcio. Tal solidificação de parâmetros sociais expressa de maneira contundente o maior dos riscos que se corre quando da obediência incontida a preconceitos: a ausência de questionamento de origens orgânicas, sociais ou comportamentais do cumprido, perpetuando segregações (DIAS, 2005, p. 47).

A estrutura contratual do matrimônio não exclui apenas casais homossexuais. Até mesmo casais heterossexuais, que já enfrentaram um divórcio, veem-se compelidos a adotar um regime quase empresarial para explicarem a nova junção afetiva que enfrentam, sendo que a impossibilidade de concessão de um regime afetivo desejado revela mais do que a inexistência de parâmetros legislativos dignos; demonstra a incapacidade judicial de uma interpretação axiológica e progressista, não havendo que se falar em prestação jurisdicional que atente à democracia e justiça (DIAS, 2009, p. 50).

A insurgência do afeto como elemento balizador das relações matrimoniais não é de longa data. Tal fato - o do reconhecimento afetivo como caractere indispensável de existência da família - surge concomitantemente à aplicabilidade da Dignidade da Pessoa Humana, desde 1988 insculpida como princípio norteador da República no texto da Constituição Federal brasileira, como aponta o artigo 1º, em seu inciso III. A dignidade aludida apresenta, desta forma, faceta dúplice quanto à sua necessidade de proteção e assistência por parte do Estado, além de se revestir como expressão da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade (SARLET, 2001, p. 17).

2.1 AFETO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como visto, a estrutura essencialmente patrimonial a que eram equiparadas relações familiares que destoavam da índole majoritariamente patriarcal e hierárquica imposta pela ordem civilista e constitucional vigente, revelavam extremo despreço pelo sentido substancial da Dignidade da Pessoa Humana enquanto vetor humanístico de aporte obrigatório para todas as políticas estatais, independentemente da área a que se dirijam (SARLET, 2001, p. 20).

O influxo do Direito Constitucional na ordem jurídica brasileira, ocorrente graças à necessidade de solidificação do texto magno - tão logo o país, quando da promulgação de sua Constituição, enfrentava a saída de mais de duas décadas de regime ditatorial, marcado pelo desrespeito aos ditames constitucionais - imergiu todas as áreas jurídicas num acalorado debate quanto à significância dignificadora de seu texto, estabelecendo o ser humano e suas relações de afeto, solidariedade e honra como axiomas primeiros de toda a ordem jurisdicional, lançando as bases para o reconhecimento dos aludidos sentimentos como indumentária hábil ao estabelecimento institucional familiar (DIAS, 2009, p. 42).

Até então, a dificuldade de conceituar uniões estáveis enquanto famílias desvela a já citada tendência de sacralização do conceito de entidade familiar. A inobservância, assim, da afetividade, estabilidade e ostensibilidade enquanto critérios formuladores de família age de maneira

oposta ao que propõe a dignidade constitucionalmente transcrita, sendo que não apenas a afetividade, mas também a própria sexualidade integra a condição humana enquanto liberdade sexual e liberdade de livre orientação sexual, componentes inafastáveis de tal elemento dignificador (DIAS, 2009, p. 60).

A Constituição Federal brasileira, ao trazer o conceito de família em seu artigo 226, lança mão de uma abertura normativa sem precedentes, possibilitando a inserção de conceitos que avoquem o real alcance e significado da dignidade dos sujeitos de direito. O texto constitucional versa no *caput* do referido artigo que a família é alvo de proteção do Estado - apontando um dos caracteres dúplices já apontados alhures - sendo que o parágrafo terceiro, ainda do artigo 226, reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar. A interpretação de tal dispositivo deve, antes de mais nada, revestir-se de capa meramente interpretativa, sendo que, como se verá no momento oportuno no corrente estudo, buscou a Carta Magna conferir amplitude normativa capaz de abarcar todos os diferentes vetores familiares oriundos da estruturação do afeto enquanto núcleo informador.

A própria diferenciação de homossexualidade e homoafetividade é alvo de apenas recentes estudos brasileiros, sendo que desde 2005 vem o ordenamento jurídico pátrio extrapolando as definições arcaicas e meramente estigmatizantes para perceber no afeto e em reais intenções de parceria intersubjetiva o centro irradiador familiar. Dias (2005, p. 77) é a responsável por cunhar o próprio termo homoafetividade enquanto orientação sexual que não se esgota na mera conjunção carnal, mas é capaz de lançar mão de um leque de nuances que coadunem com a ideia de livre formulação da personalidade e simples envolvimento afetivo alheio à mera promiscuidade.

A Dignidade da Pessoa Humana, assim, é irremediavelmente interligada com a orientação sexual de cada indivíduo na exata medida em que a primeira é campo de desenvolvimento pessoal que só encontra restrições em vedações legais ou constitucionais que, por sua vez, também sejam fincadas na mesma dignidade informadora. Possibilitar o livre desenvolvimento afetivo e emocional de cada indivíduo, desta forma, é consubstanciar o significado axiológico da própria dignidade, conferindo interpretação una e sistemática ao texto constitucional (GIORGIS, 2002, p. 5 e ss).

3 ORDEM CONSTITUCIONAL E RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

A tutela das relações homoafetivas encontra respaldo constitucional e importância jurídica na medida em que se revela como mais do que direito individual, transcendendo até a escala social e difusa enquanto direito capaz de atingir o *status* jurídico de milhões de pessoas. Desta forma, a leitura de elementos normativos que regulem o estado operacional das relações familiares de tais indivíduos deve ser incorporada à realidade histórica que serve como pano de fundo dos acontecimentos sociais (DIAS, 2009, p. 41).

A desvinculação de família do modelo originário exsurge como rompante neoconstitucional na exata medida em que traz à baila uma série de novos desdobramentos conceituais constitucionais que outrora eram impassíveis de questionamento, sempre em função da manutenção do *status quo* vigente. O Direito de Família brasileiro, assim, impulsionado pelo crescente papel feminino desempenhado em sociedade, a insurgência aparentemente rebelde de métodos contraceptivos e o dinamismo constante das relações interpessoais desembocaram no urgente e pertinente debate das novas possibilidades de definição familiar, formulando um critério identitário que seja

capaz de englobar as modalidades cabíveis, mas sempre orbitando em torno de um núcleo valorativo passível de apreciação. Assim, surge o afeto como resposta primeira (SILVA, 2009, p. 14 e ss).

Retomando a análise da consistência familiar e matrimonial pelo viés insculpido no Código Civil de 1916 - hoje revogado pelo diploma de 2002 -, a desigualdade oriunda do autoritarismo patriarcal remete a existência da família e do matrimônio em torno da geração de filhos, que, por sua vez, também cumpriam rígidos papéis institucionais dentro do quadro nuclear familiar. Assim, argumento que subsistiu por muito tempo para a impossibilidade de concessão do estado de família a casais homoafetivos foi a impossibilidade de geração de prole pelos mesmos. O texto constitucional, ao sublevar a identidade genética como critério primordial para o funcionamento familiar também serviu, desta forma, para estender não apenas o direito de adoção a tais pares homossexuais, mas também acobertá-los enquanto indivíduos protegidos pelo Estado pela constituição primordialmente voltada a obtenção da felicidade e realização pessoal, agora também dos filhos (DIAS, 2009, p. 51).

O estado afetivo agora se estende aos filhos consoante o *animus* apresentado pelos pais, ora assemelhado à vontade do possuidor, que se vê responsável pelo desenvolvimento íntimo e duradouro da prole, sendo criada, amada, protegida e educada de maneira coerente e responsável por todos os indivíduos envolvidos no quadro familiar ora arguido. Inobstante, conforme se verá, muitas das mudanças ora apontadas não decorrem de intervenções legislativas que coadunem com a substancialidade fundamental constitucional, mas de atuações judiciais, tão logo o Poder Judiciário brasileiro viu-se imbuído de função que extrapolasse os meros limites exegéticos, mas que beirasse a mera criação valorativa (NOGUEIRA, 2001, p. 81 e ss).

O apontado elemento dignificador como ponte piramidal do ordenamento constitucional aqui adquire tangíveis contornos sociais, tão logo passa a ser base primordial de todo e qualquer decisório que verse sobre o tema, ainda entrevado dentro da atuação do Legislativo. Tal também foi o trilho das relações extramatrimoniais, que agora viam seu mesmo caminho sendo percorrido por pares homoafetivos, sendo que a resistência do Judiciário - que perdurou por décadas, tão logo processos que buscavam o reconhecimento da entidade familiar homoafetiva eram extintos sem julgamento de mérito por impossibilidade jurídica do pedido - era instrumento descabido e impiedoso para os indivíduos ali envolvidos. Ou, nas raras ocasiões de posicionamento jurisprudencial diverso do citado, o máximo que conseguiam os hipotéticos nubentes era o reconhecimento de relação jurídica pautada no Direito das Obrigações, plenamente equiparável a instrumentos contratuais simples (DIAS, 2009, p. 56).

O reconhecimento constitucional às diferentes modalidades de família é tema de diversos desdobramentos jurídicos tão logo possibilita a insurgência das mais variadas visões quanto aos elementos informativos de tais eventuais espécies familiares. A família monoparental, por exemplo, é alvo de proteção constitucional na medida em que o texto magno versou o fato de reconhecer indistintamente como unidade familiar os membros unidos em torno de apenas um dos genitores. Além disso, a união estável enquanto unidade familiar também reconhecida revela, mais uma vez, o afeto como critério nuclear da constituição de tal família (MARANHÃO, 2009, p. 5 e ss.).

Embora o texto constitucional reconheça tanto a união estável quanto o casamento como entidades familiares autônomas e equivalentes, diferenças normativas cuidam se estabelecer regimes jurídicos divergentes entre tais modalidades, majoritariamente quanto aos efeitos sucessórios e patrimoniais existentes. Historicamente, a união estável adveio do instituto do concu-

binato puro, caso em que ambos os contraentes eram desimpedidos para o matrimônio, porém não optavam pelo mesmo. O ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988, regulou a união estável através da Lei n. 8.971 de 1994, posteriormente revogada pela Lei n. 9.278 de 1996, que culminou nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil de 2002, que regulou definitivamente a matéria. Já quanto ao matrimônio, estabelecer uma base histórica mínima levaria um trabalho antropológico e sociológico específico, razão pela qual opta o presente estudo por seu simples estabelecimento como formalidade legal hodiernamente existente e incentivada (CABRAL, 2009, p. 1 e ss).

O casamento, assim, apresenta-se como formalidade extremamente solene, carecendo de capacidade das partes contraentes, aposição de fé pública, livre manifestação da vontade e testemunhas, entre outros. A informalidade, noutra senda, é característica marcante da união estável, onde o mero anseio pela manifestação contínua do afeto é base atuante de tal instituto, que, como já frisado, goza de equânime proteção constitucional. Também os efeitos civis de tais modalidades são diversos, de modo que ao fim da união estável, tem-se a manutenção do estado de solteiro de ambos os conviventes, enquanto no casamento vê-se a ocorrência do *status* de divorciado; o princípio da *mater semper certa*, que acaba por culminar na presunção de paternidade do marido é aplicável apenas ao casamento, não fruindo a genitora de idêntico axioma quando do estabelecimento da modalidade informal de conjunção; e, por fim, de modo a não estender desnecessariamente o rol diferenciador, vê-se a possibilidade de adoção de qualquer regime de bens possível no casamento, enquanto a união estável fica restrita à comunhão parcial de bens, consoante a alta subjetividade dos laços instituidores da relação (CABRAL, 2009, p. 2).

3.1 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL QUANTO ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS

Deixando de lado o reconhecimento das uniões homoafetivas cingidas pela patrimonialidade e demais espécies de relações obrigacionais existentes no Código Civil, insta salientar o panorama histórico de reconhecimento de tais uniões, uma vez que, como já visto, coube ao Poder Judiciário a implementação do sentido substancial - e não meramente formal, como o era previamente à Carta Magna de 1988 - da letra da Constituição.

O Rio Grande do Sul foi o primeiro estado brasileiro a iniciar a corrente jurisprudencial - que hoje, majoritária, já é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como se verá no momento apropriado - que passou a não vislumbrar a incidência das normas de Direito das Obrigações, mas sim do Direito de Família para a estipulação do regime jurídico devido, levando em consideração as circunstâncias em comento, e não a mera continuidade de segregações que confrontassem os mais fundamentais dos direitos insculpidos na Constituição Federal (DIAS, 2009, p. 55).

Os critérios de isonomia e vedação de discriminação, máximas axiológicas postas no artigo 5º da Constituição, que arrola exemplificativamente os mais expressivos Direitos Fundamentais do indivíduo, funcionam como instrumentos de sedimentação da interpretação judicial, de modo que a ausência de texto exposto que aduza *ipsis litteris* a solução normativamente adequada não deve impedir uma prestação jurisdicional voltada aos fins democráticos que consubstanciam e chancelam a existência do próprio Estado. É justamente nesse espaço de discricionariedade que deve residir a substancialidade da Justiça (DIAS, 2009, p. 60).

A timidez do legislador brasileiro é, talvez, a maior barreira para um avanço jurisprudencial que podia ter caminhado a passos largos. A necessidade de concatenação do jogo político em torno de uma razão estratégica, pautada na mera manutenção do poder - que envolve, necessariamente, a imutabilidade de estigmas como paradigma para aceitação da grande maioria populacional - gerou a necessidade de estipulação pelo Poder Judiciário de uma interpretação sistematizada que aliasse todos os valores e princípios constitucionais, revestindo o imbróglio de tais uniões com elementos dignificadores informativos (SALOMÃO; MARQUES, 2014).

A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro dispõe em seu artigo 4º a necessidade do magistrado não se esquivar da prestação jurisdicional pela simples lacuna de lei, fazendo-se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito para decidir o caso concreto apresentado. Foi nesta abertura possibilitada pelo texto constitucional e pela aplicabilidade dos princípios informadores do sistema jurídico que a jurisprudência passou a inovar, reconhecendo a união estável pautada no afeto entre duas pessoas do mesmo sexo (CHILETTO, 2007, p. 80).

A divisão de lucros e o papel do indivíduo no âmbito societário cederam lugar para a formação afetiva quando da decisão por parte da Justiça rio-grandense de julgar dentro das Varas de Família e Sucessões - e não mais em Varas Cíveis comuns - as causas envolvendo tal situação familiar, e tão logo o Rio Grande do Sul também apresenta repartição de competências no segundo grau de jurisdição, os acórdãos passaram a ser lavrados por desembargadores especializados na matéria. Além disso, impulso verdadeiramente motivador da alteração do entendimento jurisprudencial também foi a aplicabilidade imediata conferida ao dispositivo constitucional da vedação de discriminação por sexo, fazendo tais uniões homoafetivas adquirirem *status* plenamente equiparável aos casais heterossexuais (DIAS, 2009, p. 59).

O reconhecimento dos efeitos sucessórios de mesma ordem matrimonial para as uniões entre indivíduos homossexuais também é notável avanço jurisprudencial oriundo do estado referido. Tal decisão retirou de vez a noção de relacionamento entre pares homoafetivos como se pautadas na obtenção de lucro, rechaçando o aludido viés comercial. Desde o início de tais avanços, começados mormente no final da década de 1990, outros tribunais vinham utilizando de tais jurisprudências para concederem o *status* marital às pessoas envoltas na relação. A medida cautelar de justificação foi o instrumento processual encontrado como base para o interesse de agir, de modo que a elaboração de decisão judicial que, mais do que meramente vislumbrar a existência de união, mas de atestar juridicamente sua aplicabilidade como instituto constitucional apto à produção de efeitos patrimoniais, iniciando o trâmite rumo ao reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo (DIAS, 2009, p. 66).

A decisão que determinou o pagamento de pensão para parceiro homossexual viúvo, agora de lavra nortenha, por sua vez, já contava com precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, que concedia efeitos sucessórios para tais uniões, sendo que no ano de 2003 o âmbito jurisprudencial do reconhecimento de tais uniões deixou de ser meramente estadual, passando a existir até mesmo no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, lançando precedentes jurisprudenciais para todo o âmbito nacional. Assim, consoante o crescimento do reconhecimento entre uniões homoafetivas como plenamente equiparáveis às heteroafetivas, o Instituto Nacional do Seguro Social, responsável pelo aparelhamento de pensões e auxílios assistenciais gerais, editou Instrução Normativa que já reconhecia no âmbito autárquico a união entre pessoas do mesmo sexo (CHILETTO, 2007, p. 86).

3.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES ESTÁVEIS HOMOAFETIVAS

Antes do efetivo julgamento quanto às uniões homoafetivas - que hoje baliza definitivamente o debate nacional quanto ao tema - o Supremo Tribunal Federal entendeu que a via adequada para sua provocação para se manifestar quanto ao tema seria por via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Desde antes de tal via direta, contudo, o referido tribunal já vinha entendendo tais uniões como entidades familiares regulares, sem distinções quanto às heterossexuais, mas sem lançar as bases vinculantes quanto ao tema (CHILETTO, 2007, p. 88).

Os princípios até então apontados pelo Supremo eram os da liberdade, da autodeterminação, do pluralismo, da igualdade, da não-discriminação e da intimidade, consoante a construção doutrinária que já se solidificava no início do corrente século. A construção cultural dos homens não deve ser, consoante o entendimento jurisdicional da Corte, instrumento para o não reconhecimento das diferentes formas de afeto, mesmo numa sociedade dominada pelo papel machista e patriarcal.

Demonstração do grande rompimento de paradigmas que foi a interpretação que o Supremo Tribunal Federal começou a dar é a oposição que tal entendimento jurisprudencial apresentou em face dos decisórios oriundos do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto o primeiro se apresenta como guardião do texto e substancialidade da Constituição, o Superior Tribunal de Justiça almeja o alcance interpretativo das normas infraconstitucionais, conforme repartição existente na própria Carta Magna. Assim, destoando do sentido amplo que almejou a Constituição conferir às relações afetivas constituídas como entidade familiar, o Superior Tribunal de Justiça vinha, até mais da metade da última década, decidindo pela manutenção dos organismos familiares homoafetivos como instituição meramente patrimonial, equiparável a pequenas empresas (MARANHÃO, 2009, p. 6).

O Supremo Tribunal Federal brasileiro foi provocado através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, sendo ambas julgadas em conjunto pela pertinência temática, iniciando o julgamento em sessão plenária no dia 04 de maio de 2011. Ambas as ações versavam quanto à interpretação que deveria ser conferida ao artigo 1.723 do Código Civil, norma que estabelecia o reconhecimento de união estável entre homem e mulher pautada no convívio duradouro entre ambos. A importância de tal julgamento era o efeito vinculante que seria conferido às demais esferas do Poder Judiciário pátrio, sendo que todo o ordenamento jurídico brasileiro passaria a operar em conformidade com o decisório exarado naquele julgamento conjunto (MARANHÃO, 2009, p. 7).

A relatoria de tal decisão coube ao Ministro Ayres Britto, acompanhado pela unanimidade dos membros componentes daquele tribunal. O acórdão lavrado deu conta do pleno estabelecimento do afeto como critério componente essencial do núcleo familiar, a própria substancialidade do sentimento de amor - aqui desdobrando-se em nuances eróticas, familiares, de parceria, amizade, fidelidade e respeito mútuo - como elemento subjetivo indissociável da própria formação de família. O constitucionalismo fraternal, corrente jurídica pautada nos laços intersubjetivos entre sujeitos que veem no afeto o mote para o estabelecimento do próprio significado da vida, ganhou força com o julgamento, abrindo caminho para a percepção dos sentimentos como valoração do próprio sentido da Dignidade da Pessoa Humana (MARANHÃO, 2009, p. 10).

A busca pela atenção aos princípios da igualdade, da proibição da discriminação odiosa, da liberdade, da dignidade e da proteção à segurança jurídica, todos insculpidos nos artigos iniciais do texto constitucional, foi a base para o início do julgamento que culminou com o reconhecimento da união estável homoafetiva como núcleo familiar, conferindo interpretação meramente exemplificativa aos dispositivos que versavam quanto a necessidade de homem e mulher, tão logo o sentido constitucional sistemático erige-se com norte axiológico, devendo as normas positivadas seguirem tal trilha (DIAS, 2009, p. 55).

Em última análise, o que tal julgamento conferiu foi a própria mensuração do exercício democrático, vislumbrando a própria democracia como modalidade governamental que conta com a inserção de todas as minorias de modo equivalente, a exemplo do já ocorrido com mulheres, índios, negros e portadores de deficiências físicas e mentais. A iniciativa de estipulação de medidas judiciais pautadas na política - sem almejar o corrente estudo o aporte da politização do judiciário - revela a tentativa, assim, de estabelecer condições equânimes de participação e realização pessoal. Desta forma, quando do contexto geral da orientação sexual dentro da ordem jurídico-constitucional vigente, o particular não está obrigado a agir de determinado modo, estando juridicamente autorizado a realizar-se em plenitude, pautado sempre pelos princípios éticos que incumbem toda relação, independentemente do sexo dos sujeitos envolvidos (MARANHÃO, 2009, p. 10).

A relação tricotômica da unidade familiar é vislumbrada através do viés família/sociedade civil/Estado, de maneira que a simbiose entre os três elementos não é limitada à mera informação de seus conceitos definidores, mas também equilibrada quanto à proteção direcionada aos núcleos afetivos oriundos de qualquer das esferas aludidas. O sentido familiar levantado pelo tribunal foi no sentido de reconhecer a família como unidade cultural e espiritual, onde laços biológicos não exsurtem como indumentária necessariamente válida para sua conceituação (MARANHÃO, 2009, p. 15).

4 A CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO: O CASO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O texto constitucional vigente após a ordem de 1988 traz no aludido artigo 226, em seu terceiro parágrafo, o dever do Estado de facilitar a conversão da união estável em casamento, de modo que a hermenêutica constitucional é capaz de aduzir a tentativa da Carta Magna em fortalecer os vínculos familiares que gravitam em torno da geração e manutenção de laços afetivos. Assim, retomando o quadro do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, o que se viu foi o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, e não do estado matrimonial.

Dentro da senda apontada, o Conselho Nacional de Justiça emergiu como instituição conflituosa ao obrigar cartórios a registrar o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou converter a respectiva união estável em casamento, consoante o ditame constitucional apontado. O caminho inconstitucional controverso gerou inúmeros debates quanto à fragilidade do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo na ordem jurídica brasileira, consoante a própria atuação do Conselho (OLIVEIRA, 2013, p. 1).

O Conselho Nacional de Justiça foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional 45, datada de 2004. O artigo 92 da Constituição Federal passou a conter, em seu inciso I-A, a expressa existência do aludido Conselho como membro integrante do Poder

Judiciário pátrio, sendo que o texto constitucional alude suas funções de regulamentação e fiscalização junto de todas as instâncias judiciais cabíveis, exercendo o órgão função administrativa junto de cartórios e demais repartições judiciais públicas.

O presidente do Supremo Tribunal Federal - e concomitantemente presidente do Conselho Nacional de Justiça, como bem obriga a Constituição Federal - editou, em 2013, a Resolução 175, que obriga todos os cartórios do país a procederem visando a facilitação ou o registro do casamento, consoante exposto alhures. Assim, a via adotada para o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo destoou da esperada estruturação legislativa, atuando o Poder Judiciário de modo indubitavelmente ativo para a concretização das premissas integrantes do conceito de dignidade exposto linhas acima.

A questão extrapola os limites do mero ativismo judicial, trazendo à baila a existência de preconceitos arraigados na sociedade brasileira, tão logo pesquisas de opinião conduzidas por institutos davam conta de que a grande maioria da população era contrária a implementação do casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que acabou por gerar reações inflamadas de setores sociais e políticos marcadamente religiosos e/ou conservadores (OLIVEIRA, 2013, p. 1).

A questão da dificuldade contramajoritária literal - como se denomina o paradoxo conflituoso entre a expressão judicial e a vontade da maioria, mensurada por instrumentos de pesquisa de opinião - traz consigo a explicação quanto à inércia do Legislativo, que acabou por fomentar a atuação ativista do Conselho Nacional de Justiça, sendo que questões oriundas do regime marital ficaram circunscritas aos anseios do legislador, mas aqui já são objeto de políticas judiciais autoaplicáveis, uma vez que a inércia do corpo legiferante traz consigo a manutenção de preconceitos e estigmas que não coadunam com o espírito plural e libertário transcrito na Constituição de 1988 (SALOMÃO; MARQUES, 2014).

O que não pode ocorrer, assim, é que indivíduos sejam reféns do desinteresse estatal - aqui manifestamente legislativo - para a pactuação de condições isonômicas de participação política e realização social, ficando a mercê de majorias populacionais que não almejam nada além de suprimir direitos fundamentais inafastáveis dos sujeitos de direito, perpetuando preconceitos e segregações sem questionar as origens orgânicas e comportamentais das falsas verdades que compartilham e lançam à eternidade. Assim, inobstante a eficácia vinculante do decidido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro - o que por si só já obrigaria todas as instâncias judiciais e administrativas do país - não se afasta o acerto da conduta exarada pelo Conselho Nacional de Justiça, que atuou legitimamente como mecanismo defensor das premissas substanciais da Constituição Federal.

5 HORIZONTALIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E UNIÕES HOMOAFETIVAS

A horizontalidade dos direitos fundamentais passa, por óbvio, pela constituição das relações privadas enquanto pano de fundo para concretização dos valores constitucionais. Tal construção de garantias jusfundamentais no plano particular se dá através da doutrina e jurisprudência, uma vez que, conforme apontam Dimoulis e Martins (2014) não há previsão constitucional alguma em tal sentido.

Criado pela doutrina alemã no contexto pós-Segunda Guerra, o *Drittwirkung*, ou apenas *efeitos perante terceiros* emergiu da necessidade de observância dos direitos fundamentais como critérios além da relação Estado-indivíduo, sendo que as garantias constitucionais “[...] vincula-

riam, em determinadas situações, os particulares e poderiam ser invocados perante os tribunais para que estes resolvam conflitos havidos entre eles.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 103-104).

A teoria dos direitos fundamentais, previamente a qualquer análise, adquire inegável importância na ordem jurídica a partir do momento em que tais direitos fundamentais são fundados dentro de um contexto sabidamente democrático. Passam, assim, a ser definidos como “[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41).

Tal “[...] vinculação de sujeitos de direito além do Estado” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 103) traz indubitavelmente em seu bojo uma série de nuances vislumbráveis dentro do pano de fundo constitucional. O primeiro de tais vetores é quanto à *aplicabilidade* dos direitos fundamentais em relações horizontais, tão logo, num primeiro momento, a horizontalidade jusfundamental foi percebida apenas no âmbito direto, ou seja, com todas as normas constitucionais revestidas de aplicabilidade imediata entre particulares.

A exigibilidade horizontal jusfundamental pode ser levada a cabo graças a tal eficácia direta ou imediata que emana dos direitos fundamentais, sendo que Canaris (2003) já chegou a explicitar o fato da relação Constituição-particular ser o grande problema da teoria constitucional deste século. Urge frisar, contudo, o fato de que o direito passou a reconhecer, posteriormente, o efeito horizontal indireto, com aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais dentro da seara privada. Assim, dentro do *Ausstrahlungswirkung*, o efeito de irradiação dos direitos fundamentais horizontais, “[...] o problema que se apresenta é saber *como* se manifesta o efeito horizontal nos casos concretos [...]” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 104).

Apesar de objetiva, a resposta não é simples. Aperceber-se da aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais exsurge da análise das circunstâncias fáticas, tão logo o elemento indispensável para tal aplicação “[...] não é uma desigualdade geral e de cunho material (ricos vs. pobres, empregados vs. empregadores, empresas vs. consumidores etc.)” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 106), mas, sim, uma diferenciação desigual de posições no cerne da relação jurídica analisada - e comprovada - no caso concreto.

No caso das uniões homoafetivas, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais adquire salutar importância graças à forma como tal direito se adquiriu perante a sociedade civil, qual seja, por meio de atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal. Conforme apontam Salomão e Marques (2014), a questão das dificuldades contramajoritárias emerge de inúmeros instrumentos legitimadores da jurisdição constitucional - *expertise* jurídica, papel de defensora de direitos fundamentais e até mesmo ignorância do eleitorado - que atuam diretamente contra a vontade de maioria, que, no caso das uniões entre pessoas do mesmo sexo, encontrava resistência em mais da metade da população, explicitamente contrária à união civil e/ou casamento entre homossexuais.

Para os autores apontados, “[...] o sentido substancial de democracia vislumbrado no papel de defesa de direitos humanos efetivado por suas instituições - como as Cortes Constitucionais, neste caso - é um dos argumentos precursores do próprio funcionamento minoritário do Poder Judiciário.” (SALOMÃO; MARQUES, 2014, p. 17). Assim sendo, o papel da horizontalização dos direitos fundamentais surge na observância entre os particulares de todos os direitos já jurisprudencial e doutrinariamente reconhecidos, além de imediatamente aplicáveis em suas respectivas relações.

O noticiário brasileiro apresenta inúmeros casos de flagrante desrespeito aos direitos de indivíduos homoafetivos. De expulsões a estabelecimentos comerciais¹ a registros de violência física,² o histórico de desrespeito aos direitos de tal minoria é constante, de modo que o campo de incidência da horizontalização dos direitos fundamentais, ainda que árido, é amplo.

A noção de percepção do outro como parte integrante da sociedade é campo de discussão até mesmo da psicologia. Contudo, o espaço de livre interação entre os indivíduos avoca necessariamente a incidência dos direitos fundamentais pelo fato de serem elementos basilares de sedimentação dos costumes e relações, sejam elas verticais ou horizontais. No caso de reconhecimento das relações homoafetivas, o efeito horizontal dos direitos fundamentais estabelece a necessária integração e reconhecimento de tais indivíduos pelo viés intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana, fundamento indissolúvel da Constituição que funda a ordem jurídica nacional.

É imperiosa a incidência de toda a sorte de direitos fundamentais em tal quadro de repressão homoafetiva, mas, mais importante do que a própria incidência, é o reconhecimento interpessoal e social entre as diferenças fundantes do convívio social. Nesta senda, a decisão em controle de constitucionalidade acerca da validade de uniões homoafetivas exerce papel fundante no início da dissolução de uma segregação secular, impulsionando a verdadeira horizontalização dos direitos fundamentais atinentes a tal minoria.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adotar uma postura voltada para a obtenção de fins eudemonistas que não esbarre na continuidade de manutenção de preconceitos e segregação de indivíduos que destoam de qualquer medida socialmente padronizada é atitude que, em seu bojo, traz o rompimento com diversas modalidades inquestionadas de políticas e instituições sociais.

O casamento - quando da tentativa de sua dessacralização formal em detrimento da substância afetiva que se espera de tal instituição - é exemplo vívido e dinâmico da colisão com o majoritariamente ansiado, como exposto alhures. A desconstrução institucional de um fenômeno sobre o qual se desdobra a antropologia, a sociologia e principalmente o direito traz consigo uma série de acalorados debates, onde, muitas vezes, o conservadorismo é escancaradamente pautado em preconceitos infundados.

O viés patrimonial, hierárquico, indissolúvel e patriarcal não é mais suficiente - ou justo - para abarcar o real significado das relações de afeto que tomam conta da ordem jurídica brasileira, independentemente da orientação sexual dos indivíduos ali envolvidos. Iniciada pelos casais adotantes de regime extramatrimonial, a linha jurisprudencial de reconhecimento afetivo como critério balizador da relação conjugal foi fortemente influenciada pelo potencial irradiador da Constituição, como em parte propunha Kelsen, no início do último século. Desta maneira, a complexidade das relações sociais funda a necessidade de detenção por parte de todos os poderes republicanos para a obtenção do fim último do próprio Estado: a realização pessoal dos indivíduos que o compõem.

Sonegar o direito à afeição, ou genuínos sentimentos, numa sociedade estudada pela decadência de seus valores morais e da banalização sexual, é pugnar pela própria destruição do sen-

¹ Exemplificativamente, cita-se o caso apresentado por Piolli (2015).

² Um dos casos mais notáveis é o jovem homossexual atingido por uma lâmpada no rosto enquanto caminhava pela Avenida Paulista, em São Paulo (PENSEI..., 2010).

tido de humanidade e decência construído ao longo dos séculos. Ao se colocar de lado o hedonismo como medida que rechace o alcance imperioso da norma constitucional e infraconstitucional, passa-se a ver as sociedades conjugais homossexuais como núcleos afetivos aptos a produzirem todos os efeitos em torno de patrimônio, filiação e sucessão, como o é com uniões entre pessoas de sexos diversos.

Mais do que a cisão entre Estado e Religião, a significância de tal dicotomia deve ser refletida pela absoluta ausência de preconceitos por parte do organismo estatal, sendo que a realização dos sonhos e projetos - de ordem tanto objetiva quanto subjetiva - é mote da continuidade do Estado, sempre orientado pelo ser humano e por sua dignidade como fins em si mesmos. A regulamentação do casamento e da união estável de modo plenamente equiparável aos casais heterossexuais desvela a atuação estatal voltada à obtenção dos fins citados, sempre estabelecendo o indivíduo como máxima do ordenamento vigente.

THE HOMOAFECTIVE UNION LEGAL PROTECTION IN BRAZILIAN LAW INSTITUTE AND ITS IMPACT ON PRIVATE RELATIONS

ABSTRACT

The present study aims a theoretical contribution about the actual protection given by Brazilian juridical order to the homoafective union cases, looking for the establishment of historic and cultural panorama of those conjunctions, tracing a parallel with the legal evolution of marriage inside the Brazilian normative system. Notwithstanding, it yet pretends to analyzes the recent decisions and other judicial positions when of the applicable juridical regime of homoafective unions on Brazil, besides to glimpse the applicability of constitutional norms existents after the Constituent Assembly of 1988, marking out the constitutional substantiality pretended with the recognition of affect as a necessary character for the familiar unity constitution, including for the cases of adoption by homosexual couples.

Keywords: Homoafective union. Family concept. Human Dignity. Fundamental Rights.

REFERÊNCIAS

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. *Diferenças: contrair casamento e constituir união estável*. Fortaleza: Ministério Público, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Lisboa: Almedina, 2003.

CHILETTO, Maria Cláudia Cairo. *Uniões Homoafetivas: Uma nova concepção de família na perspectiva do Direito Civil-Constitucional*. Campo dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Família Homoafetiva. *Revista Bagoas*, Natal, v. 2, n. 3, p. 39-63, 2009. Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v02n03art02_dias.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual, o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica*. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, t. 1, n. 88, p. 244, dez. 2002.

MARANHÃO, Gabriela. *Relações Homoafetivas: uniões de afeto*. Goiânia: Ministério Público, 2009.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

OLIVEIRA, Mariana. Decisão do CNJ obriga cartórios a fazer casamento homossexual. *G1*, São Paulo, 14 maio 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/05/apos-uniao-estavel-gay-podera-casar-em-cartorio-decide-cnj.html>>. Acesso em: 20 maio 2015.

“PENSEI que ia morrer”, diz jovem agredido com lâmpada na Paulista. *G1*, São Paulo, 05 dez. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/12/pensei-que-ia-morrer-diz-jovem-agredido-com-lampada-na-paulista.html>>. Acesso em: 25 maio 2015.

PIOLI, Amanda. Após beijo gay, jovens dizem ter sido expulsas de bar em Ribeirão Preto. *G1*, São Paulo, 28 jan. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2015/01/apos-beijo-gay-jovens-dizem-ter-sido-expulsas-de-bar-em-ribeirao-preto.html>>. Acesso em: 25 maio 2015.

SALOMÃO, Kátia R.; MARQUES, Douglas Maranhão. Dificuldades Contramajoritárias: Critérios Legitimadores da Jurisdição Constitucional. *E-Civitas*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 1-22, dez. 2014. Disponível em: <<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/1322/758>>. Acesso em 25 maio 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Maria de Fátima Diaz Perez da. *A união homoafetiva como entidade familiar*. Rio de Janeiro: Emerj, 2009.

Capítulo II

Ativismo judicial na proteção das relações de trabalho, consumo e do meio ambiente

A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA PELA PRÁTICA DO CRIME DE EXPLORAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO E A SUPREMACIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE SOBRE A PROPRIEDADE

Marcio Cristiano de Gois*
Matheus Felipe de Castro**

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar as características do Direito da Propriedade e o Direito à Liberdade sob a ótica dos direitos fundamentais, bem como a função que exercem esses direitos dentro do trabalho escravo. Busca-se, através de um corte metodológico, ressaltar que a propriedade e a liberdade possuem comportamentos diferenciados ao longo da história, especialmente na fase de transição do modelo de Estado absolutista até o Estado Social. Parte-se da linha de raciocínio que propriedade e liberdade são direitos umbilicalmente interligados, especialmente, pois se pode verificar que na maioria das vezes o capital encontra-se submisso na tutela da liberdade dentro de um plano jurídico atual. Nesse sentido, a Desapropriação Confiscatória da propriedade que explora trabalho escravo é um instrumento de efetividade da garantia do direito fundamental à liberdade, analisando os limites que existem no direito da propriedade na contemporaneidade. Fomenta-se no estudo a valorização da desapropriação, bem como apresenta discussões acerca da definição de trabalho escravo já definidas no Art. 149 do Código Penal, bem como a regulação do Art. 243 da Constituição Federal pelo Projeto de Lei do Senado n. 432/2013 que irá disciplinar a expropriação pela prática de trabalho escravo.

Palavras-chave: Propriedade. Liberdade. Trabalho escravo. Desapropriação confiscatória.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem objetivo promover uma reflexão acerca do direito da propriedade e do direito à liberdade na relação de escravidão contemporânea e histórica. Neste passo, objetiva-se analisar o papel dos direitos fundamentais, bem como a valorização da desapropriação confiscatória como instrumento de combate ao trabalho forçado vivenciado na atualidade.

Através de uma comparação entre os modelos dos estados absolutistas, liberais e sociais, procura-se estudar o direito da propriedade e liberdade, no intuito de identificar a relação intrínseca que possuem tais direitos ao longo destes períodos históricos.

Busca-se, apresentar dados da Organização Internacional do Trabalho, bem como documentos nacionais e internacionais que justificam a importância do debate, bem como a necessi-

* Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera; Especialista em Direito Civil e Empresarial pela União do Ensino do Sudoeste do Paraná; Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina na área de concentração dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais; Professor assistente da Universidade Paranaense de Francisco Beltrão; Avenida Antonio de Paiva Cantelmo, 570 - Industrial, 85601-270, Francisco Beltrão, Paraná, Brasil; degois@hotmail.com

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor adjunto III do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; matheusfelipedecastro@gmail.com

dade de coibir a prática que promove a coisificação do homem, promovendo uma das mais graves formas de violação aos direitos humanos da contemporaneidade.

O presente artigo foi dividido em quatro capítulos, utilizando-se da pesquisa qualitativa e do método dedutivo, pois procura estudar tanto a importância da tutela aos direitos fundamentais, bem como o papel que a desapropriação confiscatória irá promover no combate ao trabalho forçado.

O primeiro capítulo busca estudar o Direito da Propriedade e da Liberdade, procurando num desfecho final promover o debate acerca da relação de dependência existente entre esses direitos, analise suas peculiaridades e características durante os modelos de Estado Absolutista, Liberal e Social.

O segundo capítulo procura apresentar quais seriam as funções dos direitos fundamentais, analisando especialmente o direito à liberdade, destacando que cabe no atual modelo de estado não apenas reconhecer os direitos fundamentais, cabe ao estado promover a defesa da pessoa humana e da sua dignidade.

O Terceiro Capítulo tem a função de localizar a importância do combate à escravidão no modelo brasileiro, destacando o papel do Estado brasileiro perante a comunidade internacional, bem como apresentar a importância do tema e a existência do trabalho escravo no Brasil, esquecendo a falsa impressão de que o tema seria eminentemente histórico da época do Brasil Colônia.

O Quarto Capítulo busca estudar a desapropriação confiscatória e, principalmente a Emenda Constitucional n. 81/2014 que alterou a redação do Artigo 243 da Constituição Federal incluindo a previsão expropriatória sem indenização nos casos em que for verificada a presença da exploração de trabalho escravo dentro da propriedade.

Por fim, conclui-se o trabalho visando analisar a importância da expropriação confiscatória no combate do trabalho escravo e na efetividade do direito fundamental à liberdade.

Apresenta-se, por fim, as atuais dificuldades existentes na norma Constitucional expropriatória, especialmente em relação a sua (des)necessidade de regulamentação. Caso seja necessária a criação de uma lei específica somente será possível expropriar uma propriedade particular após a vigência da PLS n. 432/2013.

Contudo, no intuito de valorizar a norma constitucional, bem como das obrigações assumidas internacionais, fomenta-se a discussão se no nosso ordenamento jurídico já existem normas que permitiriam a desapropriação confiscatória, como é o caso da combinação dos artigos 91 e 149 do Código Penal.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIBERDADE E PROPRIEDADE

Liberdade e Propriedade sempre estiveram intimamente interligadas, ainda mais quando se aborda temas relacionados com o trabalho escravo. Contudo, inicialmente procura-se estudar esses dois direitos em capítulos separados, como se fossem isolados.

2.1 DIREITO DA PROPRIEDADE

Em cada momento histórico e em cada concepção e modelo de Estado o direito de Propriedade vem sendo tratado de forma diferente. Com a finalidade de limitar o objeto deste estu-

do, busca-se o estudo da propriedade a partir do fim do Estado absolutista, especialmente com o surgimento do Estado Liberal e com a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão.

Dentro do modelo liberal é importante que seja destacado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ela trata da propriedade da seguinte forma: A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Desta forma, durante o Estado Liberal, assim como a liberdade, o direito à propriedade seria um direito natural do homem. Contudo, analisando novamente a Declaração pode-se destacar que a mesma traz em seu artigo dezessete a afirmação que o direito de propriedade além de natural, também é um direito inviolável e sagrado e somente poderia ser privado do particular, quando houver uma necessidade pública comprovada e mediante uma justa e prévia indenização.

No modelo de Estado Absolutista a concentração do poder encontrava-se nas mãos de uma única pessoa, o monarca, desta forma, o surgimento do Estado Liberal se deu em razão do inconformismo da sociedade que aspirava uma pretensão libertária e de acesso à propriedade que se encontrava nas mãos de uma classe restrita.

Contudo, o Estado Liberal não nega que deve existir um Estado, como seria o pensamento anarquista, mas crê que ele não deve intervir na economia diretamente e nem na vida privada da comunidade, em especial no direito da propriedade, partindo da premissa de um modelo de Estado mínimo não interventor.

O Estado liberal visto sob a forma teórica e abstrata descrita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, parte da premissa de que todos os membros da sociedade são iguais e, além disso são igualmente livres em direitos e deveres. Para isso uma das formas da representatividade do direito da liberdade, encontrava-se necessariamente no direito à propriedade, presumindo que seria livre aquele que tivesse uma propriedade e o direito de explorá-la sem a intervenção do Estado.

Nesta época, verifica-se, portanto, o surgimento do direito da propriedade como um direito absoluto, divino e natural. Neste sentido:

Cria-se a estrutura liberal da propriedade, na qual o proprietário possuía uma gama de poderes, com escassas limitações, uma vez que explorava a propriedade com pouca intervenção estatal. O Estado, por sua vez, naquela época, preocupava-se, prioritariamente, com a produção, para gerar cada vez mais riquezas através da exploração da terra [...] O Estado liberal surgiu pela necessidade de garantia dos direitos individuais, sendo que o direito de propriedade se insere nesse contexto; no entanto, sendo exercido sem preocupação com obrigações sociais, ou seja, no que tange à propriedade, ela poderia ser explorada com respaldo, de forma que o proprietário assim o desejasse para alcançar os seus objetivos com a exploração, sem que houve aquela troca de obrigações entre os senhores feudais, reis, servos ou camponeses. (SOARES, 2007, p. 29).

Contudo a valorização apenas das liberdades e a despreocupação com as questões sociais começaram a apresentar os problemas do modelo liberal proposto, especialmente com a Revolução Industrial Inglesa, fato que gerou o início da decadência deste modelo de Estado.

O modelo liberal que trouxe a premissa de que o Estado deve ser um mero expectador das questões sociais e que o seu papel se encontra atrelado apenas na garantia da liberdade absoluta,

natural e ilimitada encontra desafios com o início do desenvolvimento industrial. Neste momento em que o homem começa a ser objeto da produção parece não representar mais de forma uníssona às aspirações da sociedade, neste momento só a liberdade não basta.

Com o início da industrialização o que se constatava era uma sociedade teoricamente livre, mas que no dia a dia, na sua forma de trabalho e a forma que conduzia a vida era materialmente escravizada (MALUF, 1999, p. 130). Neste modelo surge um novo indivíduo, aquele que começa a comercializar a sua mão de obra em troca do sustento de sua família, provocando questionamentos acerca do modelo do Estado Liberal.

Desta maneira é com o surgimento da industrialização, que o papel do Estado de apenas observar e garantir a liberdade dos indivíduos, direito negativo, não representava mais a vontade maciça da população. Surge assim a necessidade e o clamor por medidas sociais, direitos positivos, e que o Estado de certa forma venha a intervir no direito da propriedade para garantir direitos coletivos, especialmente da classe trabalhadora oprimida.

Dentro da democracia de massa, talvez seja o Direito do Trabalho o ramo jurídico que há mais tempo retrata fielmente o seu papel democrático. Isso porque coincide com a época em que o Estado deixava seu estágio liberal de inércia (*Laissez faire*) do século XIX para tutelar às relações de emprego, desta feita sob a ótica do direito social. (MOREIRA DE PAULA, 2014, p. 132).

Pela revolução industrial nascem outros ideários que distanciam do modelo de Estado Liberal, surge assim a primeira concepção do Estado social com suas raízes ideológicas nos pensamentos de Marx e Rousseau.

A causa mais importante - e portanto não a única - foi sem dúvida a ocorrência no século XX de crises econômicas que, provocando a recessão e o desemprego, demonstravam ser os mecanismos auto-reguladores da economia insuficientes para promover harmonicamente o desenvolvimento da riqueza nacional. A presença do Estado se fazia, pois, imprescindível para corrigir os profundos desequilíbrios a que foram levadas as sociedades ocidentais que não disciplinavam a sua economia por meio de um planejamento centralizado, como se dava nos países comunistas. (BASTOS, 1999, p. 142).

Com o nascimento do Estado Social, intensificam-se os movimentos sociais, que visam à inclusão social para garantia do mínimo de dignidade, uma vez que a liberdade econômica alcançada até então não gerou contribuições positivas igualitárias para a população. Ao contrário muitas vezes o uso ilimitado da propriedade contribuiu na violação da liberdade da classe operária.

Desta forma o direito pleno do exercício da propriedade a qualquer custo, que foi visto a um primeiro momento pela Revolução Francesa como um instrumento de efetivação do direito de liberdade, com a sua utilização ilimitada culminou na promoção da desigualdade e conseqüentemente a promoção do cerceamento da liberdade.

No Estado Social o direito de propriedade começa a sofrer limitações no plano normativo eis, que surge a ideia de que a propriedade deve necessariamente cumprir uma função, deve-se analisar a propriedade sob uma visão coletiva na promoção da igualdade social.

Importante destacar que esses dois modelos de Estado acabaram trazendo conclusões importantes acerca do direito da propriedade. O primeiro deles, Estado Liberal, trouxe a realidade

de que a limitação de acesso total ao direito da propriedade como era realizada pelos modelos absolutistas, representam necessariamente a privação da propriedade e da liberdade.

A concepção do direito da propriedade como um direito natural igual à liberdade, no modelo liberal, acaba transformando e proporcionando que o uso indevido da propriedade na busca do lucro a qualquer custo, promovendo reais limitações ao direito de liberdade dos trabalhadores, sendo necessária a criação de outro modelo de Estado e outra visão do direito da propriedade, que venha intervir nestas relações.

A transformação no modelo de Estado Social trouxe a preocupação que nunca se teve à propriedade, qual seja, não basta a existência de um título para ser considerado proprietário, resta necessário que seja dado aquela propriedade a devida destinação, visando promover o desenvolvimento e não se tornar ferramenta de especulação e maior desigualdade social, necessitando uma atividade positiva e interventiva do Estado.

Demais, o caráter absoluta do direito de propriedade, na concepção da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (segundo a qual seu exercício não estaria limitado senão na medida em que ficasse assegurado aos demais indivíduos o exercício de seus direitos), foi sendo superado pela evolução, desde a aplicação da teoria do abuso do direito, do sistema de limitações negativas e depois também de imposições positivas, deveres e ônus, até chegar-se a concepção da propriedade como função social, e ainda à concepção da propriedade socialista, hoje em crise. (SILVA, 2003, p. 271).

Desta forma, no modelo social como no social regulador, o direito da propriedade não será mais ilimitado, natural e divino como diziam os liberais, nestes modelos da sociedade pós-moderna a preocupação prescinde o direito de propriedade para o cumprimento de sua função social.

A sociedade pós-moderna em relação a propriedade encontra-se atrelada a ideia de função social da propriedade, que representa a ideia de que a exploração deve estar em acordo com as expectativas sociais. Desta forma, afasta-se a ideia individualista típica do modelo liberal, atribuindo a propriedade uma obrigação social especialmente quanto sua forma de exploração. (SOARES, 2007, p. 43).

No modelo liberal pouco importava o que o particular fazia com sua propriedade, esse sentimento inclusive era a representatividade do direito da liberdade, contudo, com os inúmeros problemas sociais o direito da propriedade sob essa ótica divina e natural não pode mais ser aceita. Quanto a propriedade:

[...] esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do Direito Privado. Por isso, deveria ser prevista apenas como uma instituição da ordem econômica [...] Isto tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da relação de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. (SILVA, 2003, p. 269-270).

Assim, após o modelo de estado liberal, assume a propriedade uma função de extrema importância para o cumprimento dos demais direitos fundamentais, desta forma deixa a propriedade de ser considerada um direito fundamental totalmente puro e intocável, ela começa a sofrer restrições, ou melhor, para existir o direito de propriedade, além do título, deve existir o cumprimento de expectativas que se tem sobre o bem.

A partir do que foi escrito, é possível concluir que a propriedade sempre teve suas prerrogativas alteradas no decorrer do tempo, durante o modelo absolutista pode-se dizer que o Direito a propriedade era um sinônimo da própria ausência da liberdade, ou de uma liberdade cerceada a poucos.

Com o Estado liberal, em um primeiro momento só poderia imaginar uma liberdade se o indivíduo tivesse acesso à propriedade e, que tanto liberdade, quanto a propriedade seriam direitos naturais, ilimitados e divinos.

Com a revolução industrial, o uso ilimitado da propriedade representou mais uma vez a ofensa ao direito da liberdade, especialmente no seu aspecto social e na exploração da classe operária que buscava uma condição digna de vida. Nesta época o indivíduo era livre no plano dos direitos, mas materialmente, no plano fático o que se identificava era um novo modelo de escravidão.

Uma gênese histórica passaria pela descrição do poder soberano que vem pôr fim às guerras religiosas e que, posteriormente, submete-se aos limites impostos pelo movimento liberal e pelos direitos de propriedade; em seguida, são acrescentados os direitos sociais, como um compromisso entre capitalismo e democracia: o resultado é um sistema jurídico autopoietico que “juridifica” suas próprias condições de legitimidade. (MEYER, 2005, p. 39).

Com o surgimento do Estado social a propriedade deixa de ser um bem absoluto e passa a ser instrumento de políticas sociais, voltadas a promoção das desigualdades sociais. Assim, a propriedade deixou de ser um bem totalmente intangível, absoluto, ilimitado e divino.

A propriedade existe com a necessidade do cumprimento de sua função social, com a responsabilidade daquele que lhe é dono, que lhe deve dar uma função essencial em prol da coletividade, só assim poderá ter direito a ela de forma livre e, desta maneira exercer o seu direito de liberdade sobre a propriedade.

2.2 DIREITO À LIBERDADE

Quando se aborda o tema escravidão, trabalho forçado, trabalho escravo, necessariamente o bem jurídico violado ao caso será o direito de liberdade. Esse direito, como já destacado no tópico da propriedade teve o seu auge conquistado com a ruptura do modelo absolutista.

Desta forma, diante da alta complexidade do direito de liberdade e por suas diversas interpretações, classificações e espécies, tem-se neste trabalho a finalidade de não as ignorar, mas justificar o estudo apenas do Direito da Liberdade da pessoa física, de locomoção, de ir e vir. Com o intuito de localização é importante destacar que o direito da liberdade pode ser dividido em cinco grandes grupos:

(1) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação); (2) liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação,

artística, comunicação do conhecimento; (3) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); 4 liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); 5) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual de ensino e liberdade de trabalho) de que trataremos entre os direitos econômicos e sociais, porque não integram o campo dos direitos individuais, mas o daqueles. (SILVA, 2003, p. 234).

No tema proposto e na vinculação do Direito de liberdade sob a ótica da escravidão, pode-se repousar a violação do bem jurídico tutelado da liberdade tanto em seu gênero como em todas as suas espécies.

Quer-se dizer, portanto, que durante o modelo da escravidão colonial tem-se o direito da liberdade ofendido em todas as suas modalidades, seja o direito de ir e vir, seja na liberdade de pensamento, liberdade de expressão, liberdade de exercício de trabalho, bem como liberdade econômica. Contudo, parece que é na violação da liberdade da pessoa física que mais se adere no trabalho escravo colonial e contemporâneo.

[...] a liberdade da pessoa física (também impropriamente chamada de *liberdade individual*, já que todas o são) constitui a primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar. Ela se opõe ao estado de escravidão e de prisão. A revolta de Espártaco tinha por objetivo a conquista dessa liberdade elementar do ser humano. A Guerra dos Palmares durante cem anos foi a mais expressiva batalha dos negros brasileiros contra o seu cativo. (SILVA, 2003, p. 235-236).

Assim, como foi objeto no capítulo anterior que, pretende neste momento estudar o direito da liberdade apenas em dois momentos históricos específicos, durante o Estado Liberal e o Estado Social. Isso não quer dizer que durante a análise destes modelos não serão trazidas lembranças históricas da época colonial brasileira, muito menos que será esquecido o período absolutista que antecedeu o Estado Liberal.

No entanto, no conflito propriedade e liberdade, aparenta ser a criação e a passagem do modelo de Estado Liberal para Social que mais contribui para o tema proposto, uma vez que o instituto da desapropriação confiscatória por trabalho escravo colide nesses dois direitos, liberdade e propriedade, especialmente na tentativa de valorizar a propriedade sobre a liberdade.

Como já visto, foi com a Revolução Francesa e com a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão em que se pode sacrificar o Direito da Liberdade como um direito universal, divino e imprescritível de todos os homens.

A Declaração dos Direitos do Homem e Do Cidadão, após a revolução Francesa foi responsável por incorporar o direito à liberdade no pensamento francês. Pode-se verificar no Artigo primeiro e Segundo da respectiva declaração tal direito: Art. 1º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos; Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.

Considerando a liberdade como o direito da primeira geração dos direitos fundamentais, direito negativo, reflete a característica de ser um direito em oposição a figura do Estado, promovendo uma necessária prestação negativa, uma atividade decorrente do ato de não fazer do Estado em prol do indivíduo.

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. [...] Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2011, p. 563-564).

Uma das razões principais para figurar como direito da primeira geração seja seu aspecto histórico valorativo como destaca (SILVA, 2003, p. 231) no sentido de que a liberdade “[...] depende do poder do homem sobre a natureza, a sociedade, e sobre si mesmo em cada momento histórico.” Realmente, a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante.

Durante a história o direito à liberdade nem sempre foi visto como um direito fundamental a ser tutelado, inclusive durante um longo período de tempo a prática escravagista era considerada como prática legal e lícita. Neste sentido destaca-se:

Do exposto acima, decorre uma lei específica ou monomodal do modo de produção escravista colonial, assim formulada: a inversão inicial de aquisição do escravo assegura ao escravista o direito de dispor de uma força de trabalho como sua propriedade permanente e simultaneamente esteriliza o fundo adiantado neste puro ato de aquisição, resposto à custa do excedente a ser criado pelo mesmo escravo. (GORENDER, 2010, p. 221).

Assim, pode-se verificar a importância do direito da liberdade, uma vez que, como dito acima, a existência de regulamentação da propriedade de homens, valorizava o instituto do capital, da propriedade sobre o direito de liberdade dos escravizados, em razão disso, verifica-se a vinculação do direito da liberdade ao próprio direito da dignidade da pessoa humana, especialmente com os exemplos e valores adquiridos ao longo da história.

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos Do Homem de 1789. (BONAVIDES, 2010, p. 562).

No sentido da vinculação do direito à liberdade com a dignidade humana, é importante observar que integra o direito à liberdade como um atributo do próprio homem e, por isso a ele está ligado com a sua dignidade.

O que se percebe em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos

fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2005, p. 34-35).

São, portanto, dignidade e liberdade institutos inseparáveis que durante a escravidão transformaram o homem a um objeto; uma coisa; uma propriedade. A liberdade integra a própria definição do que define o próprio homem, como observa Maurer (apud SARLET 2005, p. 75): “[...] a dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade. De fato, encerrar a dignidade numa definição é negar o irreduzível humano.”

Neste sentido, por muito tempo, possuíam relações estreitas os direitos da propriedade, liberdade e dignidade, confundindo-se inclusive, contudo:

Atualmente, os direitos humanos parecem assumir uma outra dimensão. Eles não estão mais centrados na propriedade, mas na dignidade. A diferença é de medida. A referência à dignidade da pessoa humana é, por isso, considerada como a última proteção contra o liberalismo exagerado e a barbárie. Os direitos humanos exigem, então, obrigações positivas por partes dos poderes público, mas também por parte dos indivíduos. (MAURER apud SARLET, 2005, p. 78).

Desta forma, no modelo liberal tem-se no direito da propriedade uma das expectativas da garantia do direito à liberdade. Na atualidade, o modelo proposto assume outra dimensão e afasta a ideia da universalidade do direito da propriedade e valoriza o direito a liberdade. No entanto, exercendo a propriedade de sua função social possuirá o proprietário a liberdade de explorá-la, desde que de forma sustentável e consciente.

Assim, como pode ser visto, no Estado Liberal o ideário da liberdade esteve atrelado ao ideário da universalidade do direito da propriedade. No entanto, o resultado foi o de que o direito natural e ilimitado da propriedade, muitas vezes foi responsável pela privação da liberdade de muitos durante a revolução industrial.

Desta forma, os direitos da propriedade e da liberdade não se encontram em um mesmo nível, o direito da propriedade é acessório ao direito da liberdade e somente pode ser tutelada a propriedade se agir no cumprimento de seu dever. Agindo contra sua função, como é o caso do trabalho escravo, a propriedade deve ser perdida como prevê a nova redação do Artigo 243 da Constituição Federal, não só pelo descumprimento da função social, mas pela prática do crime de exploração de trabalho escravo.

3 A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE E DA PROPRIEDADE

A primeira função dos direitos fundamentais se encontra na intenção de promover a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado. Sobre essa primeira função de garantir o direito de defesa:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob um dupla perspectiva (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de

exigir omissões dos poderes público, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 2000, p. 408).

Pode-se destacar que outra função dos direitos fundamentais é a função de prestação social e da função de não discriminação, contudo, em nosso tema verifica-se aderência a terceira função dos direitos fundamentais destacadas por (CANOTILHO, 2000, p. 409), trata-se da função de proteção perante terceiros.

Desta forma, pode-se atrelar à função dos direitos fundamentais a necessidade de um dever ao Estado de proteger perante terceiros os direitos fundamentais. Assim, cabe ao Estado tutelar os direitos fundamentais e muitas vezes impor medidas que visem resgatar direitos fundamentais violados.

Desta maneira, partindo da premissa que o Estado possui tanto a função de guardião dos direitos fundamentais perante terceiros, bem como possui a função negativa de que o Estado não pode se ingerir na esfera individual do indivíduo, tem-se que na Desapropriação Confiscatória, a esfera positiva e participativa do Estado que respeita um desses direitos (Liberdade) e, por consequência acaba violando outro (Propriedade). Neste sentido a Liberdade, no plano jurídico, encontra-se acima da propriedade.

A desapropriação confiscatória, prevista no Art. 243 da Constituição Federal é uma modalidade de confisco, expropriação do Estado sem qualquer indenização pela ocorrência do plantio de plantas psicotrópicas ilegais, bem como pela exploração de trabalho escravo.

Desta forma, para proteger a liberdade do indivíduo contra a escravidão, o Brasil cumpre a sua função de guardião dos direitos fundamentais, contudo, a forma que utiliza para guardar e desestimular essa prática é retirando a propriedade do infrator.

Sob esse ponto de vista é possível concluir em um primeiro momento, que no período histórico trazido neste estudo, tanto o direito de propriedade quanto o direito da liberdade estiveram umbilicalmente interligados.

Contudo, na atualidade, é possível concluir que existam sim esses dois direitos fundamentais no modelo brasileiro, propriedade e liberdade, contudo, o capital se encontra submetido ao direito da liberdade. No entanto, é a propriedade e o uso dela no plano econômico que justificam ainda a existência do trabalho escravo no mundo.

4 A ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA

Depois de localizado o direito da propriedade e da liberdade na esfera dos direitos fundamentais do homem e sua relação recíproca e acessória, importante destacar que diante da supremacia do direito da liberdade e da escravidão como forma de violação deste direito, o Brasil bem como todo o cenário internacional tem assumido compromissos na tutela desse direito fundamental e no combate à escravidão.

De acordo com dados da OIT, pelo menos 12,3 milhões de pessoas são vítimas de trabalho forçado em todo o mundo. Destas, 9,8 milhões são exploradas por agentes privados, incluindo mais de 2,4 milhões em trabalhos forçados em decorrência do tráfico de seres humanos. Mulheres e crianças são particularmente vulneráveis ao abuso, mas os homens também são afetados, especialmente em setores tais como

construção e mineração. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 17).

Toda vez que se adentra ao instituto da escravidão é normal que se tenha lembranças de filmes antigos, ou que o tema proposto se encontra voltado apenas na esfera histórica do Brasil colônia e da época em que o Brasil ainda era um país estritamente ruralista. Contudo, o tema proposto não é histórico e reflete um problema atual que vivencia o nosso país, tanto isso é verdade que o GEFM (Grupo Especial de Fiscalização Móvel) ligado ao Ministério do Trabalho divulgou neste ano, que desde 1995 até o ano passado, promoveram o afastamento de 50 mil trabalhadores em condições análogas às de escravo. Além disso, a Organização das Nações Unidas divulgou que:

Estima-se que cerca de 25.000 trabalhadores brasileiros se encontrem em condições análogas à escravidão no Brasil hoje. A maioria deles está encurralada em situações de servidão por dívida em acampamentos da Região Amazônica onde trabalham e são forçados a pagar por transporte, alimentação, alojamento e ferramentas. Apesar dos trabalhadores geralmente começarem a trabalhar voluntariamente, é papel dos “gatos” (agentes de recrutamento) persuadirem as pessoas a virem para os acampamentos por meio de promessas de bom pagamento, boas condições de trabalho e benefícios. Uma vez empregadas, as pessoas muitas vezes descobrem que não são livres para partir em função das dívidas assumidas e de ameaças de violência física. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 5).

O Brasil é signatário de diversos tratados internacionais que objetivam eliminar o trabalho escravo. No campo histórico pode-se destacar que o Brasil foi o último país independente da América a abolir a escravatura. Contudo, ultrapassados 127 anos, falsa é a impressão que o trabalho escravo seria algo que ficou na história, uma triste lembrança que faria menção apenas aos tempos do Brasil Colônia:

Quando se fala em trabalho escravo, o pensamento imediatamente remete às senzalas ou a indivíduos acorrentados enquanto aguardavam os golpes com açoite. No entanto, adquiriu nova feição na atualidade. O bem juridicamente tutelado hoje é a liberdade da vítima, que tem impedido seu direito de ir, vir e permanecer. Além disso, quando o legislador incluiu como crime o trabalho em condições degradantes, passa-se a tutelar também os bens da vida, da saúde e da segurança do trabalhador. (QUEIROZ SILVA, 2012, p. 7).

Já em 1930 o Brasil fora signatário da Convenção 29, da OIT, sobre a erradicação do trabalho forçado ou obrigatório, documento inaugural que obrigava os países signatários a adotar medidas apropriadas para o Combate ao trabalho forçado.¹ Destaquem-se, neste documento, as seguintes passagens: “medidas apropriadas serão tomadas” e “Outras medidas serão igualmente

¹ Artigo 24. Medidas apropriadas serão tomadas, em todos os casos, para assegurar a rigorosa aplicação dos regulamentos concernentes ao emprego de trabalho forçado ou obrigatório, seja pela extensão ao trabalho forçado ou obrigatório das atribuições de algum organismo de inspeção já existente para a fiscalização do trabalho voluntário, seja por qualquer outro sistema adequado. Outras medidas serão igualmente tomadas no sentido de que esses regulamentos sejam do conhecimento das pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório.

tomadas no sentido de que esses regulamentos sejam do conhecimento das pessoas submetidas a trabalho forçado ou obrigatório.”

Assim, a desapropriação confiscatória é mais um dos instrumentos de efetividade para o cumprimento de acordos internacionais que o Brasil firmou e, nos quais comprometeu-se a tomar e implementar medidas adequadas para o reconhecimento, divulgação e vedação da prática de trabalho forçado.

A tutela universal dos direitos fundamentais que se procura efetivar faz com que a soberania do Estado e a proteção aos direitos humanos sejam um vetor único de implementação tanto no plano interno como no externo. Considerado o Brasil como um Estado Democrático de Direito e tendo ele reconhecido a presença de trabalho escravo, outra não seria a opção a não a criação de medidas efetivas de combate a escravidão e, neste sentido, o perdimento da propriedade aparente ser outro instrumento de combate a essa prática atual que valoriza o capital, em detrimento da liberdade.

A efetiva proteção interna pode ser analisada a partir de uma perspectiva ampla, uma vez que as três esferas de poder têm atribuições nessa área. Ou seja, de modo simplificado, pode-se aferir que o Executivo - ao assinar tratados internacionais acerca da matéria e atuar mediante a execução de políticas públicas - o Legislativo - ao aprovar os tratados assinados e ao criar lei internas (que podem ou não se adequar a normativa internacional e, desta forma, podem ensejar violação do Direito Internacional no caso da não adequação) - e o Judiciário - ao assegurar a efetividade do cumprimento das normas - atuam de modo a efetivar as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. (AMARAL JUNIOR; JUBILUT, 2009, p. 38).

Verifica-se que cabe, portanto, ao poder judiciário assegurar o cumprimento das normas e ao legislativo criar leis internas para regular as medidas de combate ao trabalho escravo. Assim, esses dois poderes devem necessariamente cumprir o seu dever, pois no plano do formal tem-se o direito da liberdade acima do direito da propriedade, contudo materialmente, ainda existem milhões de pessoas escravizadas no mundo.

5 A DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA PELA PRÁTICA DO CRIME DE EXPLORAÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO

A Emenda Constitucional n. 81 de 2014 alterou o Artigo 243² da Constituição Federal e trouxe a possibilidade da desapropriação confiscatória em caso de exploração de trabalho escravo.

A Desapropriação em sua essência é uma representatividade decorrente de um ato do Poder de Polícia do Estado e uma forma de aquisição da propriedade pelo Estado, além de nítida intervenção na propriedade privada, o requisito essencial encontra-se fundado na prévia indeniza-

² Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

ção, ou ainda, nas situações por descumprimento da função social da propriedade e na prática de crimes, como é o caso do trabalho escravo e no plantio de plantas psicotrópicas ilícitas.

Para os casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, ocorrerá a desapropriação em sua modalidade originária caracterizada pela prévia indenização, adquirindo o Estado a propriedade do particular.

Quando se trata de desapropriação por descumprimento da função da propriedade urbana e rural, tem-se a característica da posterior indenização, a qual será paga através de títulos, chama-se essa modalidade de desapropriação sanção, não tem a função de adquirir a propriedade com a intenção de realizar uma obra de interesse público, mas retirar do particular uma propriedade que não vem cumprindo sua função.

Desta forma, pode-se destacar que com a desapropriação o Estado retira do particular sua propriedade e necessariamente paga uma justa indenização, seja prévia nos casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social ou pagamento posterior nos casos de descumprimento da função social.

O Artigo 243 da Constituição Federal não se enquadra em nenhuma dessas modalidades, trata-se de uma expropriação nitidamente confiscatória em que ocorre o perdimento da propriedade sem qualquer indenização ao proprietário. Não se trata apenas em descumprimento da função social da propriedade, mas a necessidade de a prática de um crime e que acarreta o perdimento da propriedade.

Para regular a desapropriação por exploração de trabalho escravo, encontra-se em trâmite perante o Senado Federal o Projeto de Lei (PLS) n. 432/2013 e, traz como destaque o parecer do Ministério Público do Trabalho,³ destaca-se no parecer a tentativa do Poder Legislativo de regular novamente o que seria o trabalho escravo, ignorando a expressão do Art. 149 do Código Penal e, remetendo a processos históricos similares a escravidão colonial.

Contudo, por mais que ainda esteja em trâmite a lei que irá regular a desapropriação por exploração de trabalho escravo, cumpre destacar que no modelo penal brasileiro, tem-se a definição do trabalho escravo como crime, de acordo com o Art. 149⁴ do Código Penal e, essa é a linha de raciocínio do Ministério Público do Trabalho, no sentido de que não é necessário regular novamente o trabalho escravo, pois a lei penal já traz elementos suficientes para a identificação do trabalho escravo.

³ Razões de ordem humanitária e econômica justificaram a alteração do texto maior, uma vez que o trabalho em situação análoga à escravidão também prejudica os empresários que cumprem a legislação trabalhista, sobrepujados pela concorrência desleal daqueles que não a observam. A expropriação elimina, dessa forma, a “premiação” de empregadores que, acintosamente, descumprem a lei. [...] Ocorre que o Projeto de Lei do Senado n. 432/2013 tenta redefinir o trabalho escravo com contornos confinado à idade média, e com isso o Ministério Público do Trabalho não pode concordar. As práticas contemporâneas de escravidão não se limitam à restrição do direito de ir e vir do empregado. Sabemos que trabalho escravo é muito mais do que isso. É escravo o trabalho que flerta com a morte por exaustão. É escravo o trabalho em cujos alojamentos não há sanitários nem água encanada, sendo necessário recorrer-se a água de poços onde animais também se hidratam. Às condições degradantes acrescenta-se o que a lei define como jornada exaustiva (BRASIL, 2015, p. 2).

⁴ Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Desta forma, configurado o crime e, mesmo não tendo sido ainda aprovada a PLS 432/2013, fomenta-se a discussão se na atualidade, ocorrendo o crime de trabalho escravo o que ocorreria com a propriedade, ainda mais com a redação do Artigo 243 da Constituição Federal. Ao que tudo indica o artigo seria uma norma constitucional de eficácia de limitada, ou seja, necessita de uma Lei específica para regular o tema, desta forma, enquanto não aprovada a PLS n. 432/2013 a norma constitucional não produz qualquer efeito, ou seja, quem explora trabalho escravo não terá confiscada a propriedade.

Contudo, diante da riqueza do tema, pelo problema mundial, pelo reconhecimento do trabalho escravo no Brasil e, principalmente, pela importância dos compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito internacional, pode-se observar que talvez seja possível executar a expropriação por uma norma vigente no país.

O Artigo 91⁵ do Código Penal define são efeitos da condenação a perda em favor da união dos instrumentos do crime, bem como qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do crime, tornando possível que o magistrado na sentença penal condenatória aplique como efeitos da condenação o perdimento da propriedade em favor da união, assim como ocorre, diariamente, nos crimes de contrabando.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escravidão como pode ser observada ao longo do estudo não é uma passagem histórica que relembra a época do Brasil colônia. Os relatórios fornecidos pela OIT, bem como os dados divulgados pelo Ministério Público do Trabalho permitem a conclusão que o trabalho forçado é um tema presente, o que reflete a importância do debate.

No ano de 2014, a Emenda Constitucional n. 81 alterou o artigo 243 da Constituição Federal de 1988, prevendo a hipótese de expropriação de propriedades urbanas e rurais onde fosse identificada a ocorrência de trabalho escravo, como já acontecia no caso de utilização da propriedade privada para fins de culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

Durante o modelo liberal a propriedade foi elevada ao *status* de um direito natural, universal e divino, assim como a liberdade. Contudo, pelo uso de forma livre da propriedade motivou o surgimento de conflitos sociais que muitas vezes colaboram e promoveram restrições ao direito da liberdade, como foi o caso das revoluções industriais.

Diante disso, com o surgimento do Estado Social, a propriedade deixa de ser um bem natural e divino e, em proteção da coletividade, e do direito da liberdade. Contudo, mesmo que se tenha previsão de tal supremacia do direito da liberdade sobre a propriedade no plano jurídico, dentro dos fatos, materialmente ainda existem milhões de pessoas que são escravizadas, mostrando a dura reflexão envolvendo propriedade e liberdade.

Isso quer dizer que a propriedade pode significar a efetivação do direito à liberdade, especialmente quando é utilizada para que o cidadão possa ter acesso a ela e a utilizá-la de forma pacífica. Contudo, o direito da propriedade também pode representar a violação da liberdade,

⁵ Art. 91 - São efeitos da condenação: [...] II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

quando é utilizada de forma ilimitada como ocorreu na revolução industrial, bem como quando é empregada na captação e exploração de trabalho escravo como ocorre na atualidade.

A Desapropriação Confiscatória é instrumento de efetividade do direito fundamental à liberdade e, neste sentido os direitos fundamentais devem cumprir uma função de prestação social e, também implementar medidas de combates a sua violação.

Dessa forma não cabe mais ao Estado apenas respeitar os direitos fundamentais, mas também programar medidas concretas no combate de práticas que oportunizem a sua violação.

Sendo o trabalho escravo uma violação ao direito da liberdade e, destacando os diversos compromissos internacionais assumidos no combate do trabalho escravo, a desapropriação confiscatória é instrumento eficaz do direito fundamental da liberdade.

Tendo em vista, a existência do artigo 149 do Código Penal, fomenta-se a discussão acerca da (in)aplicabilidade da norma constitucional pela ausência de regulamentação especial, propõe-se a discussão sobre a lei que irá regulamentar a desapropriação confiscatória, bem como a possibilidade de ser utilizada a previsão contida nos Artigos 91, II e 149 do Código Penal até que seja regulamentada eventual lei específica.

THE EXPROPRIATION CONFISCATORY THE PRACTICE OF SLAVE LABOUR EXPLOITATION OF CRIME AND THE SUPREMACY OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM OF PROPERTY

ABSTRACT

This study aims to analyze the characteristics of the Law of Property and the Right to Freedom from the perspective of fundamental rights, and the role that exercise those rights within the labor. Seeks, through a methodological approach, noting that property and freedom have different behaviors throughout history, especially in the transition phase of the absolutist state model to the welfare state. It starts with the line of reasoning that property and freedom are inextricably linked rights, especially as it can be seen that most of the time the capital is submissive in the protection of freedom within the current legal level. In this sense, expropriation confiscatory property which exploits slave labor is a means of ensuring the effectiveness of the fundamental right to freedom, analyzing the limits that exist in the law of property in the contemporary world. Is fostered in the study valuing expropriation and presents discussions about the definition of slave labor already defined in Art. 149 of the Penal Code and the regulation of Art. 243 of the Federal Constitution by Senate Bill No. 432 / 2013 that will regulate the expropriation by the practice of slave labor.

Keywords: Property. Freedom. Slavery. Expropriation confiscatory.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Decreto n. 41.721, de 25 de junho de 1957. Promulga as Convenções Internacional do Trabalho de n. 11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101 firmadas pelos Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jun. 1957. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm>. Acesso em: 29 abr. 2015.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Das razões de inconformismo do Conselho Superior do Ministério Público em relação ao PLS n. 432/2013*. Brasília, DF: Procuradoria-Geral do Trabalho, 2015. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=165708&tp=1>>. Acesso em: 27 maio 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GORENDER, Jacob. *O Escravismo Colonial*. 4. ed. São Paulo: Fundação Pserseu Abramo, 2010.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saravia, 1999.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade*. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A tese central de Jurgen Habermas em Facticidade e Validade. *Estudos Jurídicos Unisinos*, v. 38, n. 3, p. 38-49, 2005.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *Democracia e Jurisdição*. 1. ed. Curitiba: JM Editora, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Combate ao Trabalho escravo: um manual para empregadores e empresas*. Brasília, DF: OIT, 2011. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf>. Acesso em: 28 maio 2015.

QUEIROZ SILVA, Carolina Gottardi. *O crime de redução à condição análoga à de escravo: meios de prevenção e combate*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2012/trabalhos_12012/carolinagottardiqueiroz.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Rafael Machado. *Direitos fundamentais e expectativas normativas: o caso da função social no direito de propriedade*. 2007. 130 p. Dissertação (Pós-graduação em Direito)-Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/direitos%20fundamentais.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2015.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E O ATIVISMO JUDICIAL

Jean Thiago Vilbert Pereira*

RESUMO

Este estudo pretende analisar a posição dos direitos fundamentais no âmbito do neoconstitucionalismo, perpassando o ativismo judicial e sua eventual afronta em relação à tripartição funcional dos poderes. Isso porque os direitos fundamentais parecem exercer, na contemporaneidade, uma dupla função: a original (externa), de limitação do poder estatal e de defesa dos indivíduos; e a surgida após o Estado ter incorporado o discurso de tais direitos aos seus mecanismos de poder (interna: instrumentos do poder). Dada conjuntura é notadamente relevante na medida em que os poderes Legislativo e Executivo encontram-se não apenas esgotados pela miríade de atividades vinculadas às políticas públicas, como desacreditados perante a população. Assim, apresenta-se como uma necessidade que o Judiciário passe a exercer parcela das atribuições que historicamente competiam aos demais poderes. Ocorre que para isso é necessário legitimar tais ações, pois os juízes brasileiros não são eleitos. Essa legitimação é provida pelo discurso de defesa dos direitos fundamentais. Tal realidade não só é perigosa, permitindo que um magistrado julgue unicamente com base em suas convicções pessoais ou guiado pelo imediatismo, afastando a lei com arrimo em fundamentação que sempre encontrará guarida nos inflados direitos fundamentais, mas também representa mácula à tripartição dos poderes e, por conseguinte, ao regime democrático. É preciso retornar as origens, restringindo e densificando o núcleo dos direitos fundamentais, para que eles atuem como verdadeiras defesas dos indivíduos, e não como insidioso instrumento do poder estatal.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Neoconstitucionalismo. Ativismo judicial.

1 INTRODUÇÃO

Em algum momento da história, segundo os contratualistas - de expoentes como Hobbes, Rousseau e Locke - o homem pactuou o contrato social e renunciou à liberdade natural absoluta para ingressar na sociedade, palco em que pode desenvolver ao máximo suas potencialidades e, consoante apregoam os teóricos do Estado, goza de uma liberdade um tanto restrita, mas mais segura.

Os naturalistas - a exemplo de Aristóteles e São Tomás de Aquino - de outro lado, assentam que o homem é um animal político e, por isso, nunca foi encontrado fora da vida gregária. A sociedade é, portanto, natural ao ser humano.

Qualquer que seja a teoria adotada, a verdade é que as relações de poder são verificadas em todas as sociedades de que se tem notícia. Sopesadas as mais diversas formas e regimes de Estado e governo, a constatação fácil é de que sempre há uma figura incumbida - de maneira mais ou menos interventiva - de organizar a sociedade.

* Pós-graduado pela Universidade Anhanguera Uniderp em Ciências Penais; Pós-graduado pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó em Direito Processual Civil; Mestrando pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777 D, Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; jeanthiago@tjsc.jus.br

A essa figura aqui se denominará Estado; não exatamente na acepção clássica de Estado-instituição, nem como governo, mas sim como poder público supremo, manejado por uma organização ou grupo de homens - muitas vezes ocultos atrás dos governantes formais - sob o pretexto de viabilizar o bem comum, não raro direcionando as ações públicas a interesses bem particulares.

E não é de hoje - a despeito dos regimes absolutistas que o mundo já presenciou - que a limitação desse poder público se põe em evidência nos debates teóricos. Muito antes de o Estado tomar a forma moderna, pensadores das mais variadas épocas e lugares já direcionavam seus esforços a tratar do tema, tanto é que datam de muito as reminiscências da teoria da tripartição dos poderes, considerada um dos principais instrumentos no afã de controlar o poder.

Ademais, hodiernamente, em vista da prevalência do Estado Democrático de Direito, a lei delinea-se em contornos capitais - ainda mais imperativos do que outrora - uma vez que a própria figura estatal se encontra estritamente adstrita aos termos do sistema legal vigente: a lei não é só limite, mas pressuposto para a atuação estatal.

Acontece que a história é testemunha das maiores barbáries praticadas sob o manto da legalidade, de maneira que, mormente após a Segunda Guerra Mundial, o advento do neoconstitucionalismo faz o direito voltar às origens e beber novamente nas fontes jusnaturalistas: direito é muito mais que lei, são princípios e outros comandos axiológicos que visam, mesmo que a par do direito objetivo, à consecução da justiça.

O Estado abandona seu caractere negativista - não intervencionista, preocupado especialmente com questões vinculadas à segurança e à garantia de não agressão aos direitos alheios - e passa a pautar sua atuação na concretização direta de prestações materiais prometidas à sociedade, o que tem como corolário uma expressiva ampliação do âmbito dos direitos fundamentais.

Em tal conjuntura, o Judiciário passa a exercer um papel assaz relevante de protetor dos direitos fundamentais. Contudo, nesse mesmo contexto, tornam-se abstrusos os limites entre o ativismo judicial, a atuação legítima e a intervenção indevida, com desdouro à própria tripartição das funções e prejuízos ao regime democrático de governo.

Desse modo, é não somente relevante, como bastante prudente, que se busque discernir acerca das modificações implementadas pelo neoconstitucionalismo e sua interação com a tripartição das funções estatais, verificando a posição dos direitos fundamentais nessa seara e a atuação do Poder Judiciário com relação a tais circunstâncias, o que permitirá elucidar questões vinculadas à própria função atual dos direitos fundamentais.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: DECORRÊNCIAS PRÁTICAS

O Brasil, assim como quase a totalidade do mundo - especialmente ocidental - tem como pedra fundamental de seu ordenamento jurídico a constituição. Todo o restante do direito é organizado a partir do texto maior, responsável por traçar as linhas mestras da atuação estatal: pelos institutos que disciplina - a forma de governo, o sistema econômico, assim como, e não menos importante, os direitos fundamentais -, a carta magna acaba por indicar com alguma precisão o status jurídico, político e econômico adotado pela sociedade a qual regula.

Eis que “[...] toda a vida de uma sociedade organizada em Estado está necessariamente submetida a certa ordem fundamental, consuetudinária ou rígida, a que se deu o nome de constituição: a constituição representa uma ordem estável, permanente.” (COTRIM NETO, 1975, p. 7).

A carta magna, como se observa, intenta representar uma ordem de valores até certo ponto transcendentais, tendo compromisso mais rígido e duradouro que a legislação infraconstitucional, por vezes, fugaz. Sua menor volatilidade se justifica na medida em que traça fundamentos e objetivos que devem ser perquiridos a longo prazo, além de responder à demanda por uma ordem minimamente estável sobre a qual se possa instituir a sociedade, elidindo parcialmente os riscos de o homem deixar-se levar por emoções momentâneas, oriundas de situações excepcionais, tais como crises políticas ou econômicas, guerras, desastres sociais ou naturais.

Disso se extrai que, tecnicamente, o texto constitucional apresenta-se como um conjunto jurídico-normativo (composto por princípios e regras jurídicas), principiológica e juridicamente prevalente (hierarquicamente superior às normas infraconstitucionais), prescrevendo os direitos e deveres, bem como as condutas permitidas e vedadas aos entes públicos e aos indivíduos, e também estabelecendo as regras de composição, funcionamento e organização dos poderes estatais.

Mas nem sempre foi assim. O valor normativo supremo da constituição não surge na condição de uma verdade autoevidente, sendo resultado de profundas reflexões e do empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política (MENDES; BRANCO, 2012).

Por muito tempo o texto magno - recheado de princípios dotados de alta carga de abstração e normas programáticas - não passou de uma carta de promessas, mera orientação política desprovida de cunho normativo e relegada ao domínio da quase irrelevância jurídica, situação que se estendeu genericamente até pelo menos meados da década de 50 do século XX.

Nesse interstício, o direito natural - calcado no jusnaturalismo - chegou mesmo a ser marginalizado. Sob os auspícios kelsenianos, o mundo respirava o positivismo jurídico, sendo amplamente prevalente o modelo inglês, que outorga preponderância à lei - até porque a Inglaterra classicamente dispensara a constituição escrita.

A história, no entanto, é permeada de peripécias. Conforme anota Barroso (2006), a derrocada do positivismo exacerbado é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ética e os valores começam a retornar ao direito.

É bom que se diga que o abandono ao positivismo absoluto, menos que uma escolha, apresentou-se inevitável, na medida em que este se mostrou insuficiente ao atendimento dos ideais de justiça consagrados na própria gênese humana. O campo jurídico, então, reconcilia-se com ideais considerados acientíficos - provenientes do jusnaturalismo - e volta a admitir a importância de preceitos como a ética e a moral.

E essa a superação do jusnaturalismo romântico e do positivismo extremado - cegamente aferrado ao culto à lei - abre caminho à doutrina pós-positivista, que mescla os modelos, humanizando o direito com valores como dignidade e justiça, sem desprezar a segurança jurídica (PUCINELLI JÚNIOR, 2012).

O modelo daí surgido é comumente cognominado de neoconstitucionalismo ou de constitucionalismo moderno, cuja afirmação, segundo Barroso (2006), traz três fundamentais decorrências:

- a) o reconhecimento da força normativa à constituição;
- b) a expansão da jurisdição constitucional;
- c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Logo, primeiramente, os preceitos constitucionais passam a contar com o *status* de norma jurídica, superando o paradigma anterior, que considerava a constituição um documento essencialmente político, mero convite à atuação dos poderes.

Em segundo plano, o modelo de supremacia do poder legislativo, inspirado principalmente na doutrina inglesa de soberania do Parlamento, dá lugar a uma expansão da jurisdição constitucional, com a constitucionalização de direitos fundamentais, que são postos fora do alcance do processo político majoritário, cabendo aos Tribunais Constitucionais a sua guarda.

Por fim, a hermenêutica jurídica tradicional, calcada na temporalidade, especialidade e hierarquia, não se mostra suficiente ao completo entendimento do novel sistema legal, em virtude da recém-adquirida força normativa da constituição e da prevalência desta sobre a legislação infraconstitucional. Assim, surgem métodos alternativos de interpretação constitucional que, sem olvidar das técnicas clássicas (gramatical, histórica, sistemática e teleológica), buscam subsídios em novos mecanismos, como a supremacia da constituição; a presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público; a interpretação conforme a constituição; a unidade e a razoabilidade; a máxima efetividade dos preceitos constitucionais.

Esse modelo volta-se ainda à consecução de prestações materiais ao cidadão, intentando um Estado Social de Direito, o que, no Brasil - entrementes ao processo de redemocratização do país - vem a lume com a Constituição de 1988, marco filosófico e histórico responsável por implementar uma mudança paradigmática que mobiliza a doutrina e a jurisprudência pátrias, criando uma nova percepção do texto magno e do seu papel no ordenamento jurídico.

É notável que sob o manto da Constituição Federal de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância prática ao apogeu em menos de uma geração (BARROSO, 2006). E apesar de atalhada por quase uma centena de emendas nesses nem trinta anos de sua promulgação,¹ a carta cidadã rapidamente impôs seu modelo social-democrático à política, inclusive com a comemorada incorporação do Judiciário ao entorno da efetivação positiva dos direitos ali assinalados.

Seja por meio dos instrumentos específicos - a exemplo da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação direta de constitucionalidade por omissão - ou mesmo por ações pontuais como as cominatórias, os magistrados são diariamente convocados a responder ao reclamo social pela implementação de normas programáticas e de direitos fundamentais supostamente (ou efetivamente) desrespeitados.²

Ocorre que tal sistema de materialização da constituição vem sendo acusado recorrentemente de deslocar a constituição de seu eixo de gravidade, retirando-a do âmbito político e guiando-a para uma insuportável e não democrática judicialização das decisões, com hipertrofia sufocante do sistema jurídico sobre o político (TAVARES, 2012).

¹ A constituição norte-americana, por exemplo, datada de 1787, conta com apenas sete artigos, subdivididos em seções, e sofreu, nesses quase trezentos anos de vigência, tão somente vinte e sete emendas.

² Compulsando o teor do texto constitucional, o clamor social é previsível e inevitável. Como muito bem discerne Bastiat (1991, p. 42-43): “[...] é claro que a responsabilidade do governo é imensa. Os bens e os males, as virtudes e os vícios, a igualdade e a desigualdade, a opulência e a miséria, tudo emana do governo. Ele se encarrega de tudo, mantém tudo, faz tudo, logo, é responsável por tudo. Se somos felizes, certamente reclama nosso reconhecimento com todo direito. Mas se nos encontrarmos na miséria, só poderemos acusá-lo de ser o responsável. Por acaso não dispõe ele de nossas pessoas e de nossos bens?”

E é por isso que é curial estudar - ainda que superficialmente - a teoria da separação ou tripartição dos poderes, para depois verificar as linhas de intersecção (ou colisão) entre o neoconstitucionalismo e a estruturação do Estado.

3 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES: INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO AO PODER ARBITRÁRIO

Historicamente, o homem vive em constante cabo de guerra com o Estado, ora reclamando liberdade, ora provendo mais poderes à figura estatal, e exigindo que esta atue diretamente na comunidade, tencionando solucionar as malesas sociais.

Féder (1997) assenta com rara felicidade que o homem está constantemente dividido entre a vocação de liberdade e a necessidade de segurança. Tenta contínua e esforçadamente equilibrar os braços da balança entre si e o poder; mas tal equilíbrio revela-se difícil, instável, precário.

Não é de causar estranheza, nesse sentido, que o homem, desde os primórdios, tenha procurado fórmulas de frear o poder, tanto é que já por volta de 348 a.C., época em que a organização estatal ainda era primitiva, Aristóteles lança as primeiras sementes da divisão dos poderes estatais, as quais são responsáveis por fazer germinar as posteriores teorias da tripartição dos poderes - ou das funções, como prefere a doutrina moderna (FIGUEIREDO, 2001).

E deu-se como grande avanço na história da humanidade a descoberta de tal teoria, a qual reparte as funções do Estado em três grandes compartimentos funcionais, agindo cada um de maneira independente dos demais, porém, operando de forma harmônica, segundo a crença doutrinária (ANDRADE, 2010).

É de se ressaltar que muito embora Montesquieu receba, em dias coevos, boa parte dos méritos pela teoria, não é verdade que a tenha desenvolvido em sua plenitude, visto que se inspirou em autores de renomada monta que haviam se destacado na produção político-literária dos séculos anteriores.

A divisão segundo o critério funcional foi aparenta ter sido esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra *Política*, e posteriormente detalhada por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*. Séculos mais tarde, a obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, organizou a divisão e distribuição clássicas, as quais, consagradas, vieram a se tornar princípio fundamental da organização política liberal.

Claro que não se está pondo em cheque a notoriedade do teórico francês, afinal, os autores anteriores a ele não trouxeram uma fórmula efetiva ao exercício dos poderes, de modo que estes pudessem funcionar dentro de um modelo equilibrado.

Logo, conquanto a ideia da separação dos poderes tenha sido defendida muito antes de Montesquieu, em todo esse interregno os governos exerceram os poderes das mais variadas maneiras, sendo constante a preponderância de uma função sobre as demais. É somente com a obra *O Espírito das Leis* que efetivamente se fertiliza o terreno para o desenvolvimento do constitucionalismo (CRUZ, 2001).

Andrade (2010) infere que, em termos elementares - já que tudo pode ser explicado de modo simples, sem floreio - na separação das funções estatais cada compartimento recebeu o nome de poder: um, encarregado de confeccionar as leis, que devem ser a diretriz máxima de uma sociedade organizada; outro, incumbido de executá-las; o terceiro, árbitro das controvérsias criadas em torno da lei. Legislativo. Executivo. Judiciário.

E tal separação busca claramente equilibrar as funções do Estado, de maneira que um poder possa controlar o outro e evitar que ressoem novamente sentenças como a prolatada pelo rei francês Luís XIV: o Estado sou eu! (“*L’État c’est moi!*”).

Nesse sentido, Caetano (1996, p. 320) assevera que “[...] a separação e a divisão dos poderes foram concebidas como fórmulas práticas de obter a limitação efetiva do Poder político e a garantia dos direitos individuais”, isto é, pretendem a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.

Em consonância, Féder (1997) rememora que Montesquieu acreditava que a natureza humana vinculada ao poder não é confiável - sobre isso ainda hoje poucos discordariam dele. Então, estruturou sua teoria de maneira que o abuso do poder fosse refreado pela existência de outro poder de mesma força.

Consoante o próprio Montesquieu (1996), quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de pessoas, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o monarca ou senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo: se unido ao Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; se unido ao Executivo, o juiz teria a força de um opressor. Enfim, tudo estaria perdido se o mesmo homem ou grupo de homens exercesse os três poderes: de fazer as leis, de executar as resoluções públicas e de julgar.

Não é sem razão, portanto, que a tripartição dos poderes se transformou em dogma liberal com sua positivação, em 1789, no art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo, no Brasil, preceituada no art. 2º da Constituição Federal de 1988 e considerada cláusula pétrea - insuscetível de supressão via emenda constitucional - pelo art. 60, § 4º, III.

De outro modo, é vívido que, conforme a prática demonstraria, “[...] a separação absoluta dos poderes levaria ao engessamento no exercício dos poderes.” (MOTA; SPITZCOVSKU, 1999, p. 97-98). Tem-se hoje, destarte, uma versão adaptada da teoria clássica, pelo que “[...] será perda de tempo querer encontrar o desenho fiel da divisão de poderes que se corporificou no Estado contemporâneo na exposição de Montesquieu. Ali estão, e tão somente, as suas raízes.” (FÉDER, 1997, p. 29).

Em linhas gerais, modernamente houve a inclusão dos poderes em um sistema de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos”, oriundo do sistema americano “*checks and balances*”, o qual busca equilibrar as funções estatais, fazendo-as obrar em harmonia. Evita-se, desse modo, o arbítrio de um poder sobre os outros, em prejuízo da sociedade (SILVA, 2002, p. 110).

A atuação dos poderes não é, por conseguinte, estanque, regida por competências exclusivas, mas sim por atribuições preponderantes: nos ditames da vigente ordem constitucional brasileira, cada um dos poderes, em casos específicos, é autorizado a exercer, atipicamente, atividades típicas dos outros poderes.

O Legislativo exerce a jurisdição quando julga o Presidente da República por crime de responsabilidade; o Judiciário legisla quando emite portarias e resoluções e administra quando gere seu orçamento em virtude do autogoverno da magistratura; o Executivo legisla (e como o faz) editando medidas provisórias (NERY JUNIOR; NERY, 2009).

Nada obstante, não é incomum que nos meandros do referido sistema de freios e contrapesos exsurja uma zona cinzenta, sombria, em que não se pode afiançar com segurança se se está

diante de uma atuação que respeita a função predominante de cada poder, bem como a independência orgânica, ou se o que se apresenta é verdadeiro vilipêndio à separação das funções.

Esse cenário abrolha notadamente em meio ao avanço da jurisdição constitucional e na vereda em que os direitos fundamentais passam a representar o fiel da balança na resolução de lides individuais e também coletivas. Há, nesse ínterim, uma sensível mudança de paradigma, com reflexos que vão muito além da positivação dos direitos humanos.

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em meados da década de 1980, as ruas brasileiras estremeciam, ao tempo em que eram invadidas pelo curso de dois movimentos de forte apelo popular: a campanha pela Constituinte e a cruzada das Direitas-Já. Logo após, com a eleição³ de Tancredo Neves à presidência da república, nos idos de 1985, chega ao fim - passadas mais de duas décadas - o regime militar no Brasil. Tem início o período de redemocratização do país (BONAVIDES, 2006).⁴

É nesta conjuntura que se dá o renascimento do Direito Constitucional brasileiro; num ambiente de reconstitucionalização por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2006).

E após um longo caminho - com requintes de drama, mistério e aventura - o projeto, que em sua redação original possuía 501 artigos, é reduzido para 245 artigos no corpo permanente e setenta artigos no Ato das Disposições Transitórias, sendo deliberado em plenário, em dois turnos. Na segunda votação, no histórico dia 22 de setembro de 1987, resta aprovado por 474 votos a favor, quinze contra e seis abstenções (BONAVIDES, 2006).

O texto deveras prolixo adotou, notoriamente, a forma analítica, abordando matérias que haveriam de ser deixadas ao legislador infraconstitucional - inclusive cometendo deslizes como o art. 242, § 2º, que dispõe que “[...] o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.” Outros tantos foram evitados. Bernardo Cabral, relator do projeto que viria a ser aprovado, em uma conferência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, relatou contribuições folclóricas, dentre as quais, rememorou sumariamente a emenda de seguinte teor: “Todos os carros oficiais serão pintados de uma só cor. Parágrafo único: Lei complementar definirá qual a cor.”

Messa (2010), observa que a característica analítica tem por resultado uma visível maior amplitude no texto constitucional, e pode ser explicada em partes pela ânsia do poder constituinte em elaborar um documento eclético, formado pela soma de ideologias em voga (conciliatório), bem como principiológico - muito em virtude dos ideais pós-positivistas -, com predominância de princípios de elevado grau de abstração, ensejando, por conseguinte, em constituição dirigente, a qual estabelece programas, diretrizes e rumos a serem seguidos como projeto de Estado, malgrado não perca totalmente o atributo de garantia, isto é, que visa proteger a liberdade dos cidadãos, limitando o poder estatal.

³ A Emenda Constitucional n. 25 de 1985 determinou eleições diretas, com sufrágio universal, à presidência da República.

⁴ Anteriormente a este período, merece destaque a Emenda Constitucional n. 11 de 1978, que revogou os atos institucionais e permitiu uma abertura lenta e gradual do regime militar ao regime constitucional pleno.

Em suma, o extenso rol de direitos e garantias - não só disposto entre os primeiros artigos, mas pontilhando todo o texto magno - carrega a orientação do documento a um viés intervencionista, com franca ampliação da atuação positiva do Estado, ao mesmo tempo em que se alarga sensivelmente o âmbito dos próprios direitos tidos por fundamentais: saúde, moradia, alimentação, lazer, cultura, emprego, comunicação, etc.

Tanto é assim que alguns autores, a exemplo de Lenza (2010), chegam a asseverar que a ideologia da carta é “[...] sobremodo encarecida por juristas de inspiração marxista, como o português Canotilho, que desejam prefigurar na constituição uma implantação progressiva de um Estado socialista, primeiro, comunista, a final”. Roberto Campos - Senador à época da constituinte - comentou que a Constituição de 1988 apresenta-se “[...] saudavelmente libertária no político, cruelmente liberticida no econômico, comoventemente utópica no social.” (BONAVIDES, 2006, p. 497).

Evidente que a orientação da Constituição Federal de 1988 se explica, em muito, pelo momento histórico vivenciado - fim de um regime ditatorial. É de se observar, de toda forma, a advertência tecida por Féder (1997), segundo a qual os avanços do Estado se realizam, regra geral, em tempos de miséria pública; necessidade de proteção do indivíduo, de defesa para a comunidade. As forças de expansão estatal estão sempre em atividade; em certos momentos o Estado dá um grande passo, e não se pode mais fazê-lo recuar em seguida, pois toda função uma vez exercida por ele se junta inexoravelmente a seu repertório mágico.

Nessa senda, o Estado social-democrático de direito publicizou a vida social, convertendo-lhe todos os aspectos em conteúdo da vontade política, projetando o Estado como prestador de serviços públicos. O alargamento de funções prestacionais confere-lhe o papel de agente do bem-estar do maior número possível: é o Estado controlador da produção e do consumo, o Estado-gerente, o Estado-administrador, o Estado-banqueiro, o Estado-educador, o Estado-árbitro dos valores artísticos e científicos (VILANOVA, 1977).

Suscitar qualquer crítica mais apurada ao sistema de intervenção estatal baseado na ampliação dos direitos fundamentais, porém, é penetrar em campo minado, terreno dos mais sensíveis ao hasteamento de bandeiras de oposição. Nessa linha de pensamento, Douzinas (2009) discerne que os direitos fundamentais ganharam a boca do povo, tornando-se expressão das aspirações dos homens e do que é universalmente bom. Entranham-se na nova ordem mundial; suas reivindicações adotadas, absorvidas e reflexivamente seguradas contra objeções, a ponto de que para muitos questionar os direitos humanos é tomar o partido do que é inumano, anti-humano, do mal.

Ocorre que essa nova realidade, marcada pela constante e aplaudida ampliação dos direitos fundamentais, pela judicialização da política - ou politicalização da justiça - e pela atuação estatal cada vez mais frequente nas órbitas outrora reservadas à autonomia da vontade, ao esforço individual, à iniciativa privada, tem implicações que adentram profundamente aos entranhas mais íntimas da estrutura estatal, impactando na própria organização e exercício das funções do Estado.

5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

Os direitos fundamentais - tal qual o próprio constitucionalismo - têm gênese e desenvolvimento inicial na qualidade de agente externo ao Estado, pretendendo exatamente limitá-lo, traçar uma linha de garantia mínima que viabilize o livre desenvolvimento do homem.

As origens do Direito Constitucional, portanto, encontram-se atreladas à conjuntura de formação dos Estados liberais, em oposição aos Estados absolutistas, episódio em que se busca limitar a atuação estatal, assim como preservar e garantir direitos fundamentais aos cidadãos (MESSA, 2009).

Contudo, “[...] no frígido dos ovos, os direitos humanos foram transformados de um discurso de rebeldia e divergência em um discurso de legitimidade do Estado” (DOUZINAS, 2009, p. 25), isto é, o Estado, com sua já conhecida resiliência, incorporou o discurso dos direitos fundamentais e pô-lo a obrar em seu favor, seja para intervir com progressiva frequência no espaço outrora destinado à autonomia da vontade, seja para justificar intromissões que porventura extrapolam a esfera democrática.

A constatação que se apreende de um exame mais detido é a de que, antagonicamente, os direitos fundamentais passaram de sua nobre função de limitadores do poder estatal para exercer, também, uma função legitimadora desse mesmo poder. Enfim, atualmente o discurso dos direitos humanos exerce um papel dúplice: legitima e é a maior resistência ao poder estatal. Mas como pode exercer papel tão bipolar? Exatamente por ser um discurso! Pode ser acionado e posto em circulação por indivíduos e instituições diferentes, em estratégias diferentes e opostas (BOTH, 2008, p. 10).

Isso sobeja hialino quando sopesada a atuação cada vez mais constante do chamado ativismo judicial. Noutros termos, o Judiciário é conclamado a exercer uma função que, *prima facie*, não é sua: tal qual implementar políticas públicas. E por mais que se diga que democrático é o órgão que serve à democracia, é fato que os juízes não são eleitos pelo povo. Então, como legitimar as escolhas tomadas pelos magistrados? Direitos fundamentais!

É nessa senda que se pode afiançar que os direitos fundamentais da contemporaneidade, dada sua extensão e seu alto grau de abstração, podem dar fulcro a toda e qualquer decisão, mesmo que eventualmente em mácula à própria separação dos poderes, o que não deixa de ser irônico, pois o Judiciário sempre foi tido como o poder mais frágil da tríade, considerando a “[...] nítida e constante supremacia do legislativo e executivo, ao longo da história mundial das instituições.” (TAVARES, 2012, p. 23).

Locke (2005, p. 106) afirmava que “[...] quem tem a tarefa de definir o modo com que se deverá utilizar a força da comunidade para a preservação dela própria e dos seus membros é o legislativo.” Por sinal, Montesquieu chegou até mesmo a destacá-lo como principal poder do Estado, fato que não é surpresa, uma vez que em tempos antigos predominava o ideal de que cabia tão somente ao legislativo representar a vontade do povo (FÉDER, 1997 p. 75). É que, “[...] como a ideologia de sustentação é a da soberania do povo, o órgão imediato, de exercício dessa soberania, é o legislativo.” (VILANOVA, 1977, p. 26). Classicamente, o poder por excelência é o legislativo.

Mais recentemente, o Executivo despontara, especialmente no regime presidencialista (acúmulo das funções de chefe de Estado e de governo), não raro dominando o Legislativo - por meio da iniciativa de lei e do controle partidário das votações no Parlamento. Ilustrativamente, é bem pouco provável que alguma criança sonhe em ser Senador ou Deputado, mas muitos pretenderão a presidência da República. O imaginário popular bem demonstra o prestígio que possui o chefe do Executivo.

Acontece que o fracasso estatal em ofertar à população as benesses anunciadas no transcorrer dos tempos - promessas agora positivadas no bojo da carta magna - arranhou a reputação tanto do poder Legislativo quanto do Executivo. O Judiciário, pouco testado anteriormente, sobrelêva-se como o poder da efetivação: manda fazer (cominatórias); afasta a aplicação da lei (análise de inconstitucionalidade); cria a norma jurídica (mandado de injunção, inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental); anula atos (controle externo da administração).

Aí está o porquê de o atual estágio do constitucionalismo se peculiarizar por uma aguda tensão entre si e a democracia: é intuitivo que o giro de materialização da constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. *Paripassu*, o juiz passa a exercer parcela mais considerável do poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo, além de postulados ético-morais ganharem vinculatividade jurídica e passarem a ser objeto de definição pelos juízes, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico (MENDES; BRANCO, 2012).

É que o mau funcionamento do Executivo e do Legislativo inevitavelmente (ou propositadamente) acaba desaguando no Judiciário. E ao passo que o poder Judiciário toma posição de destaque frente aos demais poderes (deixa de ser pedra e passa a ser vidraça), maior relevância ganha a questão da limitação de suas decisões - discussão pública cara ao próprio regime democrático, pois a ausência de controle pode levar ao autoritarismo (STRECK, 2013).

E não deixa de ser paradoxal que o acesso à justiça traga consigo uma judicialização exacerbada não só da vida privada, mas ao mesmo tempo da própria política. Apenas a título ilustrativo, cumpre salientar as inúmeras decisões mandamentais nas ações cominatórias relativas a medicamentos e tratamentos de saúde em geral, a par de quaisquer análises orçamentárias - quiçá um castigo merecido para um Estado que assume o ônus de ser prestacional a tal ponto -, ou o ingresso no mérito de atos administrativos com supedâneo em assaz abstratos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Não se defende, evidentemente, um engessamento dos poderes, mormente do Judiciário, mas é visível que o descrédito popular nos políticos - legisladores e administradores -, assim como o reiterado descumprimento estatal das exacerbadas promessas assistencialistas, acabou por depositar sobre os ombros dos juízes responsabilidades que vão muito além de suas atribuições originais, e talvez de suas forças ou do que a tripartição dos poderes autoriza.

Um dos perigos dessa prática é que se a política ingressa às portas do Judiciário, a recíproca também pode ser verdadeira: o Judiciário periga a, aos poucos, tornar-se político - por detrás das puídas cortinas das relações de poder, a função jurisdicional corre o risco de, sem a devida atenção, transmutar-se furtivamente em mais um instrumento à disposição da política estatal, quando deixaria de fazer justiça para fazer política (em sentido amplo).

Outrossim, todo direito carrega consigo uma obrigação e diversos efeitos secundários. Em geral, as prestações positivas prestadas pelo Estado - que pouco ou nada produz - custam muito caro, demandando pesada tributação. O quadro se agrava em Estados como o brasileiro, em que a máquina estatal mostra-se como uma mão perene, que arrecada muito e devolve pouco à sociedade - pelos mais diversos motivos, dentre os quais a corrupção, o inchaço da estrutura funcional e a incompetência na gestão das verbas.

Para além disso, os direitos de índole prestacional abrem as portas à firme intervenção estatal. Foucault (2004) ressalta que no Estado interventor o sujeito passa a ser permanentemente acompanhado, porque é a partir da vigilância que a figura estatal aumenta e exerce o seu poder. Em troca, oferece a promessa de que, cuidando da vida dos homens, torná-los-á mais felizes.

O mesmo ocorre com o direito à saúde. Com a entrada na vida nos cálculos do poder e do saber (biopolítica), o poder passar a se preocupar com os aspectos do homem em sentido orgânico: comer, vestir, dormir, trabalhar, ter saúde e moradia, etc. Os elementos mais comezinhos da vida passam a ter espaço central na agenda do poder (FOUCAULT, 2002).

Porventura exatamente em vista disso, para Foucault os direitos humanos devem ser inseridos em um contexto muito mais amplo do que o reconhecimento de serem fruto do progresso da humanidade, pois também serviram para legitimar um dos principais aparelhos à sujeição do homem moderno (BOTH, 2008).

Logo, é imprescindível que o discurso dos direitos fundamentais não seja encarado como dogma, pelo contrário, seja introduzido continuamente nos colóquios, discutido, sopesado e limitado, sob pena de se assentar definitivamente como um poderoso instrumento de legitimação da atuação estatal arbitrária.

O Judiciário, por seu turno, não pode ser visto como o herói dos tempos contemporâneos. Se sua função não é mais meramente a de solucionar lides - mas também a de postar sob sua égide os direitos fundamentais -, é de se ter muito cuidado para não se permitir que tal função descambe ao autoritarismo, transmutando o magistrado em um pequeno ditador, que afasta a lei ao seu alvedrio, baseado em convicções exclusivamente pessoais ou guiado pelo imediatismo.

As relações de poder não perdoam a ingenuidade, é preciso notar que a permissão do ente estatal para a atuação ativista dos magistrados pode ter fins abstrusos não aprioristicamente verificados: a necessidade de um novo instrumento de intervenção na ordem social - estando o Legislativo e o Executivo já saturados e desacreditados, o poder estatal recorre ao antes esquecido Judiciário.

6 CONCLUSÃO

No conturbado período de Guerra Fria, o movimento neoconstitucionalista expandiu-se pelo mundo, marcando a ascensão da constituição ao topo da pirâmide normativa, bem assim a intervenção estatal na senda de prestar comodidades aos indivíduos.

Como decorrência desse processo, os textos magnos passaram a positivar uma extensa gama de direitos e garantias, ensejando em uma ressaltada ampliação do âmbito dos direitos fundamentais - de vida a vestuário, de liberdade a meios de comunicação, de propriedade a aparência física - os quais se demanda sejam implementados por ações positivas do Estado.

Fenômeno interessante é que, dado tal contexto, o Judiciário, pragmaticamente o mais ignóbil na estrutura da tripartição dos poderes, ganha novo sopro de vida, alavancado não apenas por sua função de defensor dos direitos fundamentais, mas em razão do próprio descrédito do povo em relação aos poderes Legislativo e Executivo: o Judiciário é promovido pelo grande Leviatã.

Só que como os juízes não são eleitos - não representam a vontade popular, pelo que o Judiciário é comumente tratado como um poder contramajoritário, defensor das minorias e opositor das maiorias eventuais - é preciso encontrar um discurso que justifique e legitime o ativismo judicial.

E o discurso dos direitos fundamentais, certamente, adequa-se perfeitamente a tal intento: a dignidade da pessoa humana - e seus corolários: saúde, integridade física, emprego, moradia, cultura, lazer... - justifica, embasa, legitima a mais ampla série de interferências estatais no domínio privado.

Não é de causar espécie, nesse atinente, que os direitos fundamentais tenham seu âmbito ampliado dia após dia, afinal, o Estado, deles se apropriou, de modo a transformar seu maior inimigo (limitador) no mais eficaz instrumento de legitimação. Hodiernamente, a intervenção estatal na vida do indivíduo, o controle social, a carga tributária esmagadora, tudo tem justificação na consecução dos pretensos direitos fundamentais. A aparente ineficiência estatal em algumas áreas é inversamente proporcional à sua eficiência nos escopos obscuros.

De todo o exposto, conclui-se que é preciso retornar um tanto às origens: nem todo direito deve ser vestido com a capa de fundamental, mas tão somente aqueles que efetivamente representem as defesas mais basilares à dignidade do homem - a receita é restringir para densificar. Essa medida é necessária para que os direitos fundamentais voltem a atuar como verdadeiras defesas dos indivíduos, aos poucos desnudando e soterrando a atual faceta de insidioso instrumento do poder estatal incorporada ao discurso dos direitos humanos.

Por derradeiro, importante salientar que não se pretendeu aqui tecer uma crítica aos direitos fundamentais em si, inegável conquista da humanidade, alcançada com o sacrifício de incontáveis vidas; sangue, suor e lágrimas. Mas, não se pode deixar de anotar que recentemente houve uma guinada desses direitos para a base dos interesses estatais, sendo acionados como quicá invencíveis instrumentos do poder. É imprescindível retroceder para, então, avançar.

CIVIL RIGHTS UNDER THE BRAZILIAN MODERN CONSTITUTIONALISM AND THE JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT

This study aims to analyze the position of civil rights under the modern constitutionalism, especially in regard to the judicial activism and its possible affront to the separation of powers. It was noticed that the civil rights, in contemporary times, appears to exercise a dual function: the original (external), limitation of state power and defense of individuals; and another one which has emerged after the State incorporate the discourse of such rights to their mechanisms of power (internal: instruments of power). This situation is notably relevant considering that the Legislative and Executive powers are exhausted not only at the issues linked to the public policy activities, as well discredited before the population. This way, it is required that Judiciary starts to exercise some functions historically related to the other powers. However it is necessary to legitimize such actions because the Brazilian judges are not elected. This legitimation is provided by the speech of civil rights defense. It is reality dangerous, not only allowing that some magistrate set aside the law - solely based on their personal convictions or guided by immediacy, always finding shelter in inflated civil rights - but also representing a macula to the separation of powers and, therefore, to the democratic regime. It is necessary return to the origins, and restricting the core of civil rights, in order to they act as true defenders of individuals, and not as insidious instrument of state power.

Keywords: Civil rights. Modern constitutionalism. Judicial activism.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luciano Benévolo de. Ato político: omissão judicial. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, DF, ano 14, n. 316, p. 47, 15 mar. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar./abr. 2006.

- BASTIAT, Frédéric. *A lei*. Tradução Ronaldo da Silva Legey. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991. (Série Pensamento liberal, n. 5).
- BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. Brasília, DF: OAB Editora, 2006.
- BOTH, Vlademir. *O biopoder e o discurso dos direitos humanos: um estudo a partir de M. Foucault*. 2008. 121 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia)-Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.
- COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. A administração pública e o direito no Estado antigo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 33, p. 5-22, jan./mar. 1975.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009.
- FÉDER, João. *Estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução Roberto Cabral e de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MESSA, Ana Flávia. *Direito constitucional*. São Paulo: Rideel, 2010.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SANDKÜHLER, Hans Jörg. A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos: o exemplo da constituição da República Federal da Alemanha. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. A influência do sistema presidencialista no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro: quem deve efetivar os direitos fundamentais na democracia. In: ALEXY, Robert et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Manual do poder judiciário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais: Educ, 1977.

A TENDÊNCIA DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS EM DECORRÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. UMA SOLUÇÃO PARA A CRISE DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO?

Jeison Francisco de Medeiros*

RESUMO

O Brasil enfrenta hoje uma verdadeira crise processual no sistema judiciário que tem aumentado com o passar do tempo, tendo em vista a implementação de medidas que visam efetivar o direito de proteção judicial sendo este um dos fatores preponderantes de ampliação do acesso à justiça. A partir disso, várias reformas ocorreram com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que culminaram numa valorização do precedente judicial e, com isso, presencia-se a busca pela celeridade processual para entrega da prestação jurisdicional em detrimento da qualidade dessa prestação no julgamento dos processos. Estes fatores nos remetem às alterações nos Tribunais Superiores que resultaram em redução de recursos distribuídos desde 2007. Estas alterações contrapõem-se ao direito fundamental de duração razoável do processo que visa dar segurança jurídica na prestação jurisdicional em tempo razoável, com observância dos princípios de processo civil que garantem o devido processo legal. Desta forma, pretende-se demonstrar que se encontra na fundamentação da decisão judicial o caminho mais adequado para assegurar a eficácia do referido direito fundamental sem descuidar da segurança jurídica.

Palavras-chave: Processo. Duração razoável. Direito fundamental. Precedentes. Segurança jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Há muito se vê falar na morosidade de entrega da tutela jurisdicional pelo Judiciário, o que tem se revelado numa crise do sistema processual civil brasileiro na medida em que um conjunto de ações foi tomado desde a Emenda Constitucional n. 45/2004 que trouxe como base de toda essa mudança o reconhecimento do direito fundamental de razoável duração do processo.

A partir daí o que se tem visto é uma crescente tendência de valorização dos precedentes judiciais, em especial a nível recursal do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que lava a refletir se esta é solução para a crise do judiciário.

Para solucionar essa reflexão, há a necessidade de buscar entender o problema por que passa o sistema processual civil e, conseqüentemente, o judiciário para a solução dos litígios.

A partir daí, entender o que efetivamente significa o direito fundamental de razoável duração do processo, positivado na Carta Magna de 1988 e em que medida esse direito fundamental contribui para a valorização dos precedentes judiciais, especificamente a nível recursal do STJ e STF.

* Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Advocacia Universidade do Contestado de Curitiba; Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professor de Direito Processual Civil e Direito Tributário; Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade do Contestado de Curitiba; Advogado; Avenida Doutor Leoberto Leal, 1904, Universitário, 895200-000, Curitiba, Santa Catarina, Brasil; jeisonmedeiros1@hotmail.com

Por fim, verificar se essa tendência de valorização dos precedentes se apresenta como solução à crise por que passa o sistema processual civil.

Com a tendente valorização dos precedentes judiciais, se visualiza a pretensão do Estado em proporcionar celeridade à resolução das demandas em processos judiciais atendendo, assim, o princípio da eficiência da administração da justiça.

Contudo, não parece razoável o entendimento de que razoável duração do processo e celeridade processual tenha o mesmo significado, posto que quando se fala em direito fundamental à razoável duração do processo subentende-se um processo tramitando em tempo módico, porém observando o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa bem como do próprio acesso à justiça.

A partir daí se evidencia a importância do tema em destaque, já que na busca pela celeridade processual há sempre o risco daqueles princípios serem preteridos, relegados frente à necessidade de se entregar a prestação jurisdicional ou mesmo desafogar os Tribunais.

Para tanto, o presente artigo pretende buscar colaborar no entendimento do que efetivamente vem ocorrendo, ou seja, se todas estas mudanças ocorridas realmente partiram da positividade do direito fundamental de razoável duração do processo e, neste aspecto, em que medida isso pode influenciar como solução à crise do judiciário derivada da morosidade na entrega da prestação jurisdicional.

2 SOBRE A CRISE DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Desde que promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verificou-se uma crescente onda viabilizadora do acesso à Justiça,¹ tendo a Carta Magna elevado essa garantia a status de princípio constitucional, positivando-o no art. 5º, XXXV, no rol de direitos e garantias fundamentais.

Isso porque grande parcela da população brasileira acaba sendo excluída do acesso à justiça, já que o sistema processual brasileiro tem em sua estrutura o princípio da inércia, ou seja, que o Judiciário somente se movimentará após uma ameaça ou efetiva violação de direitos subjetivos e ainda quando provocado pelas partes. Isso transmite um caráter elitista aos litigantes!

Várias foram as tentativas de ampliar e efetivar essa garantia, podendo-se citar como exemplos a maior autonomia concedida ao próprio Poder Judiciário e também a outras instituições como o Ministério Público, possibilitando-se, ainda, maior estrutura e funcionamento a instituições cujas funções são essenciais à Justiça, como advocacia e as Defensorias Públicas, estas instituídas pelo art. 134 da Constituição Federal de 1988 e que tem por fim a assistência jurídica integral e gratuita à população de baixa renda.

Somado a isso, ampliou-se o número de pessoas legitimadas à propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, a criação das ações de Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental, ação popular, ação cível pública, ação declaratória de Constitucionalidade, mandado de segurança coletivo, legislação consumeirista, sem esquecer, é claro, da numerosa

¹ “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.” (CAPPELLETTI; BRYANT, 1988, p. 5).

possibilidade de recursos cabíveis dentro do processo civil e medidas liminares e antecipatórias de tutela jurisdicional.²

Tudo isso viabilizou sobremaneira o acesso à justiça, chegando-se ao ponto deste mesmo Poder estar sofrendo séria crise com a quantia infindável de processos que adormecem nas prateleiras, nos escaninhos, nos gabinetes e até nos escritórios, aguardando cumprimento de despachos, publicações, julgamentos, movimentação, enfim, esperando a efetiva entrega da prestação jurisdicional a quem dela necessita.

Além disso, o próprio Estado por suas funções Legislativa e Executiva contribuíram significativamente para a crise ora instalada.

O Executivo, que exerce a função administrativa e que atua com seus defensores através das procuradorias e advocacia geral da União na representação judicial e extrajudicial dos Municípios, Distrito federal, Unidades Federativas e da própria União, pelo que se tem visto, não atua no âmbito preventivo ou mesmo de resolução administrativa dos conflitos de interesses.

Basta ver a quantidade de processos que se acumulam no Judiciário e que possuem como parte algum destes Entes Federados que não medem esforços para ajuizar demandas de execução fiscal³ em muitos casos cobrando crédito tributário sabidamente prescritos ou indevidos por irregularidade na sua constituição; interpor recursos e mais recursos protelatórios por serem isentos de custas processuais, e outras tantas modalidades que os instigam a litigar por saberem que a morosidade processual é seu maior aliado.

Já o Legislativo tem contribuído com sua ausência em elaborar leis que efetivamente regulem situações para os fatos em concreto, ou seja, que efetivamente acompanhem a evolução social.

Diante dessa ausência do Legislativo o que se presencia é o cidadão buscando cada vez mais a tutela jurisdicional para a efetiva aplicação do direito aos casos em concreto, já que a lei não mais tem regulado com eficiência as relações sociais, tendo o Judiciário atuado hodiernamente como legislador, interpretando a lei de acordo com a Constituição, de acordo com o sistema normativo. Como exemplo disso, têm-se os recentes casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que reconheceram a possibilidade de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo na ADI 4277/ADPF 132 bem como de adoção por casal homoafetivo no Recurso Extraordinário n. 846.102.

² “Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.” (CAPPELLETTI; BRYANT, 1988, p. 5).

³ Conforme se extrai do CNJ, justiça em números no relatório de 2014, “[...] desde o ano de 2011 o quantitativo de processos baixados é inferior ao de casos novos, ou seja, o Poder Judiciário não consegue baixar nem o quantitativo de processos ingressados, aumentando ano a ano o número de casos pendentes. Este indicador do total de processos baixados divididos pelo número de casos novos é conhecido como o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que diminui desde o ano de 2009, passando de 103% nesse ano para 98% em 2013. Tanto o maior quantitativo de casos pendentes de baixa de anos anteriores, quanto a maior taxa de congestionamento no ano de 2013, são relacionados aos processos de execução de título extrajudicial fiscal, que representam 41,4% de todos os processos pendentes e que registram taxa de congestionamento de 91%, ou seja, de cada 100 processos que tramitaram no ano de 2013, apenas 9 foram baixados nesse período. Tal indicador deverá permanecer alto no próximo ano, já que o quantitativo de casos novos de processos de execução fiscal ultrapassa em 565.466 (mais de meio milhão) o total de processos baixados dessa classe.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014).

Assim, medidas foram necessárias para solucionar a crise que assola os processos judiciais tendo em vista a sua morosidade que, inevitavelmente, culmina na entrega tardia e muitas vezes ineficaz da tutela jurisdicional.

Por outro lado, a abertura de tantas modalidades de ações judiciais bem como a quantidade de recursos cabíveis para os Tribunais superiores acabou se tornando um convite a processar, principalmente para o transgressor da norma jurídica, já que este é que se beneficia arduamente dessa quantidade de ações, de defesas e de recursos visando procrastinar o máximo possível a entrega da prestação jurisdicional.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A TENDÊNCIA DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO STF E STJ

3.1 DIREITO FUNDAMENTAL DE RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A Emenda Constitucional 45/2004 tratou de possibilitar uma verdadeira reforma no Judiciário, visando dar maior celeridade aos processos e, assim, efetivar a entrega da prestação jurisdicional de forma concreta, eficaz e célere.

“E eficaz é a tutela jurisdicional prestada *tempestivamente*, e não tardiamente.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 26).

“Não por outra razão se tem visto uma atuação intensa do Poder Legislativo, já há algum tempo, no sentido de se implementarem reformas no Código de Processo Civil, com vistas a uma atuação mais efetiva do processo e do Poder Judiciário.” (COUTO, 2012, p. 371).

Pode-se dizer que aí está o ponto de mudança no sistema processual civil brasileiro, pois após 16 anos instituindo-se medidas para ampliação de acesso ao judiciário, verdadeira crise foi instalada com o aumento do número de processos que resultaram na tardia entrega da prestação jurisdicional.

A Emenda Constitucional n. 45/04 trouxe importante positividade, qual seja, a prevista no artigo 5º, LXXXVIII, quando positivou em seu texto o direito fundamental à “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Trata-se de direito humano fundamental reconhecido e positivado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de San José de Costa Rica.⁴

Da mesma forma, esse direito fundamental vem reconhecido na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em seu art. 47.⁵

Decorre do princípio da garantia de acesso ao Judiciário, estando o cidadão com a expectativa não somente das facilidades desse acesso, mas também de uma duração razoável do proces-

⁴ I - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁵ Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

so de forma efetiva, subentendendo-se, aí, que não serão relegadas outras garantias fundamentais para a efetividade da tutela jurisdicional.

O direito de acesso aos tribunais reconduz-se fundamentalmente ao direito a uma solução jurídica de actos e relações jurídicas controvertidas, a que se deve chegar um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras de contraditório, em termos de cada uma das partes poder deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretar sobre o valor e resultado de causas e outras. (CANOTILHO, 2002, p. 433).

Ao que tudo indica, desde e principalmente com a promulgação da Constituição da República de 1988, o que se buscou implementar foi a facilitação e ampliação do acesso ao Judiciário, chegando-se a um ponto que instalou-se verdadeira crise processual, tendo em vista a quantidade de processos se acumulam nos Fóruns e Tribunais.

Hoje o resultado está aí! Há 10 anos positivou-se na Carta Magna de 1988 o direito fundamental de razoabilidade de duração do processo visando buscar, além de uma solução para a morosidade do processo, uma proteção ao cidadão, posto que a demora processual resulta numa descrença generalizada da justiça gerando, assim, instabilidade da ordem social e do desenvolvimento econômico e, principalmente, insegurança jurídica.

Com tudo isso, observa-se que esse novo enfoque de acesso à justiça traz a ideia de que o princípio da proteção judiciária se constitui um direito humano fundamental de acesso a uma ordem jurídica justa. E o acesso à justiça é o garantidor de todos os demais direitos, pois ao seu redor convergem todos os princípios e as garantias constitucionais, razão pela qual é uma maneira de assegurar a efetividade aos direitos de cidadania. Dessa forma, é um direito de suma importância, por ser um direito elementar do cidadão, pelo qual ocorre a materialização da cidadania e a efetivação da dignidade da pessoa humana. (SCHIEFELBEIN DA SILVA; SPENGLER, 2015, p. 134).

Diante disto, “[...] o problema já não está mais em prever normativamente a asseguarção ao acesso à justiça, mas em como este modelo de sistema jurídico moderno e igualitário fará para garantir e efetivar e não somente proclamar os direitos de todos.” (MAILLART; SANCHES, 2012, p. 585).

“É que a prestação jurisdicional tardia é fator de insegurança, na medida em que contribui para a intranquilidade do que seja, efetivamente, o sentido do Direito para os cidadãos.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 27).

Até porque, ao se positivar esse direito fundamental pretendeu o legislador não só trazer celeridade processual às demandas, mas, acima de tudo, entregar a tutela jurisdicional num tempo razoável sem comprometer a justiça da decisão aplicada, pois a tutela jurisdicional entregue de forma célere pode acabar por comprometer garantias fundamentais, como a ampla defesa, a produção de provas, enfim, o próprio acesso à justiça.

O processo não precisa ser célere, contudo necessita tramitar em tempo razoável⁶ o que significa a garantia de acesso à justiça e a segurança de uma prestação jurisdicional adequada e justa, com efetiva e ampla influência das partes no convencimento do julgador.⁷

“A duração razoável do processo, assim, será aquela em que melhor se puder encontrar o meio-termo entre definição segura da existência do direito e realização rápida do direito cuja existência foi reconhecida pelo juiz.” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005, p. 29).

Buscando, então, meios de tornar eficaz esse direito fundamental, a partir da própria EC 45/2004 medidas foram traçadas com o escopo de acelerar o andamento e o término dos processos, medidas estas implantadas nos procedimentos de primeira e segunda instância. Contudo, para delimitar a pesquisa, opta-se por tratar das inovações estabelecidas em nível recursal para os Tribunais Superiores (STJ e STF).

Em decorrência da referida Emenda Constitucional, o Legislativo estabeleceu procedimentos em nível de segundo grau de jurisdição que mais tratam de limitações recursais nos Tribunais, para não falar em limitação de acesso à justiça, como no caso do advento dos efeitos de decisão em recurso repetitivo, da súmula vinculante, a qual estende determinadas decisões do STF a outros órgãos da administração pública direta e indireta, bem como o instituto da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

Trata-se de conjunto de medidas que buscam evitar o prolongamento demasiado dos processos nos Tribunais.

3.2 DO RECURSO REPETITIVO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Implantado pela Lei Federal n. 11.672/2008, o art. 543-C do CPC visou editar técnica capaz de permitir a resolução de questões de direito para se evitar a proliferação de recursos no STJ bem como dar maior celeridade no julgamento dos recursos já em trâmite.

Para alguns, essa modalidade de análise recursal resgatou o papel do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, de uniformizador da legislação infraconstitucional.

Havendo multiplicidade de processos tratando de mesma matéria de direito nos Tribunais de Justiça, cabe ao presidente do Tribunal de segunda instância encaminhar um ou mais recursos representativos para análise do STJ que o julgará e, pelo disposto no art. 543-C do CPC, estenderá seus efeitos aos demais que estarão sobrestados aguardando seu julgamento.

Como requisito de adequação ao instituto do recurso repetitivo, todos os demais que sejam atingidos pelos seus efeitos devem tratar de mesma matéria, ou seja, com fundamento em idêntica questão de direito.

O fato de se editar o instituto dos recursos repetitivos demonstra que a função constitucional do STJ de unificar a jurisprudência em torno da interpretação da Lei Federal está fracassada, posto que se há a necessidade de se editar instituto para assegurar o que a Constituição já assegurava é porque as decisões do Superior Tribunal não estavam sendo respeitadas.

⁶ “Deve-se tomar o devido cuidado para que as coisas não se acelerem por demais, visto que o direito deve seguir seu tempo normal, sem uma aceleração exacerbada e desmotivada que prejudicaria e muito a natural preservação de um direito em sua essência máxima.” (OST, 1999, p. 39).

⁷ “Com as reformas que incidem sobre a morosidade sistêmica podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã.” (SANTOS, 2008, p. 27).

De qualquer forma, trata-se de instituto que visa, além dos objetivos já comentados, fazer respeitar os precedentes do STJ para garantir maior segurança jurídica em suas decisões, o que de fato vem ocorrendo, pois há uma tendência muito forte pelas instâncias inferiores em observar as decisões do STJ proferidas em âmbito de recurso repetitivo.

Além disso, o novo Código de Processo Civil, lei 13.105 de 16 de março de 2015, traz previsão expressa⁸ que as decisões do STJ em recurso repetitivo terão efeito vinculante, inclusive podendo o juiz efetuar julgamento liminar do pedido, O que “[...] também está intimamente ligado à questão da força vinculante das decisões nos Tribunais Superiores” quando contrariar seus precedentes (MARINONI, 2011, p. 492).

3.3 DA SÚMULA VINCULANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As Súmulas surgiram no direito processual brasileiro com a justificativa de desafogar o Judiciário e de facilitar o julgamento dos processos, servindo de guia de interpretação.⁹

Porém, jamais poderia ser pensada como precedente judicial. Até porque sua decisão não vinculava a nada e ninguém, como também, sobretudo, nunca foi instituída com base em análises fáticas das questões postas em juízos, como realmente é no sistema precedentalista.

Desta forma, sob argumento¹⁰ não mais de apenas conferir celeridade ao trâmite processual no Judiciário, mas também de efetivar coerência e segurança jurídica, foi instituída pela Lei Federal n. 11.417/2006 a súmula vinculante, a qual vincula ao seu conteúdo toda a Administração Pública direta e indireta nas esferas Federal, Estadual e Municipal, como também todo o Judiciário. Até o presente momento já foram editadas 42 súmulas vinculantes desde 2006.

Nos termos do § 1º do art. 103-A da CF/88, a súmula vinculante tem por objetivo superar “controvérsia atual” capaz de gerar “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos”.

Destaque-se, por oportuno, que não há como pensar que as Súmulas do STF, de um modo geral, “[...] quando pensadas como enunciados elucidativos dos precedentes que tocam em determinada questão, possam não ter eficácia vinculante.” (MARINONI, 2011, p. 489).

De qualquer forma, a Súmula vinculante é a inscrição de um enunciado a partir da *ratio decidendi* de precedentes - ou, excepcionalmente, de precedente - que versam uma mesma questão constitucional (MARINONI, 2011, p. 492).

⁸ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

⁹ Lembre-se que, para justificar as súmulas, aludiu-se à necessidade de “desafogar o judiciário”, mas nunca se disse - ao menos antes da “súmula vinculante” - que era preciso afirmar a coerência da ordem jurídica, garantir a segurança jurídica e impedir que casos semelhantes fossem decididos de modo igual. (MARINONI, 2011, p. 492).

¹⁰ “Esta nova ‘modalidade’ de súmula surgiu da percepção de que as súmulas vinham sendo tratadas como enunciados gerais e abstratos, descompromissados com os casos e precedentes que lhes deram origem e com uma metodologia incapaz de permitir a sua adequada aplicação num sistema preocupado em tutelar a coerência da aplicação do direito e da segurança jurídica.” (MARINONI, 2011, p. 489).

3.4 DA REPERCUSSÃO GERAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A repercussão geral foi instituída pela Lei Federal n. 11.418/2006 que regulamentou o artigo 102 da CF/88, tendo acrescentado o artigo 543-A e 543-B no Código de Processo Civil, que passou a exigir como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário que o recorrente demonstre que a matéria a ser apreciada pela Suprema Corte repercute além do interesse subjetivo das partes, tendo em vista seu caráter econômico, político e social ou jurídico.

Desta forma, como primeiro requisito de admissibilidade do recurso extraordinário está a repercussão geral que, uma vez não demonstrada, inevitavelmente resultará em não seguimento do recurso e, conseqüentemente, dos demais que se encontram sobrestados até a apreciação da repercussão daquele, desde que se trate de matéria semelhante, tendo em vista o caráter vinculante da decisão em comento, que inclusive é irrecorrível.

O efeito vinculante da repercussão geral reforça a supremacia do precedente do STF, estabelecendo que deve ser seguido obrigatoriamente a decisão que apreciar a repercussão geral.

Do ponto de vista da celeridade processual, o referido instituto é eficiente, posto que permite que por meio de um julgamento evite-se a análise de outros tantos processos com questões semelhantes.

3.5 PREVISIBILIDADE NAS DECISÕES

Apenas com estas três alterações no sistema recursal cível brasileiro, percebe-se que o objetivo é estabelecer uma maior previsibilidade nas decisões judiciais, isso tudo até mesmo por orientações externas, derivadas de documento técnico emitido pelo Banco Mundial.¹¹

Mas será que essas alterações corroboram com o que se sobressai da duração razoável do processo ou estão mais ligadas ao princípio da eficiência da administração da justiça?

De qualquer forma, o objetivo imediato de desafogar o Judiciário parece que vem sendo alcançado, pelo menos para os Tribunais Superiores, aonde o número de processos que chegam para julgamento de mérito vem diminuindo acentuadamente ano após ano, desde a edição da EC 45/2004.

Para uma melhor visualização destes resultados, veja que nos três primeiros anos seguintes à regulamentação da repercussão geral houve uma queda no ingresso de recursos extraordinário no STF. “Em 2007 foram 49.708. Em 2008 foram 21.531 e em 2009 o total de 7656.” (SALDANHA, 2010, p. 689).

Sem dúvida, estas modificações resultaram em alterações significativas no perfil de julgamento dos Juízes e Tribunais, prestigiando-se sobremaneira estes precedentes judiciais.

“Uma análise do comportamento dos Tribunais Constitucionais leva à conclusão de que o fundamento de suas decisões é preponderantemente jurisprudencial.” (BARACHO, 2008, p. 306).

O que se presencia nos dias atuais são os operadores do direito, em seus misteres, buscando solução para casos jurídicos primeiro no repertório jurisprudencial e após na lei. O mesmo ocorre nos gabinetes judiciais, ao se elaborar uma decisão, onde, casos há, e não são poucos, que

¹¹ Documento Técnico 319S - O setor judiciário na América Latina e no Caribe, 1996 do Banco Mundial.

uma sentença vem toda amparada apenas em ementas jurisprudenciais, ou seja, o que se tem visto é uma valorização das decisões judiciais, encaradas como precedentes.¹²

Um dos resultados mais claros desse conjunto de reformas é, com efeito, a fragilização do ato decisório como momento magno da compreensão e do encontro do sentido do caso (SALDANHA, 2010, p. 690).

4 A TENDÊNCIA DE VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO SOLUÇÃO À CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

A ampliação do acesso à justiça e, posteriormente, a positivação do direito fundamental de entrega da tutela jurisdicional em duração de tempo razoável, culminou em todas as alterações que ocorreram desde 2004 no sistema processual civil brasileiro, o que, de fato, tem gerado uma tendência de valorização dos precedentes judiciais.

Atualmente, outra alteração mais recente se encontra no texto do Novo Código de Processo Civil que, dentre outras previsões precedentalistas, traz de forma expressa em seu art. 927 que os juízes e Tribunais deverão observar os precedentes judiciais para dar efetividade aos julgamentos, o que leva à seguinte indagação: Tal modificação no sistema processual, valorizando os precedentes judiciais, proporcionando maior autonomia e independência aos juízes, será suficiente para resolver a crise do judiciário no Brasil?

Espera-se que sim! Até porque já é uma realidade e, pelo que tudo indica, não voltará atrás.

Contudo, ao se pesquisar sobre os precedentes judiciais o caminho que se toma é da análise dos sistemas jurídicos do *Civil Law* e *Common Law* e, conseqüentemente, sobre a segurança jurídica a ser encontrada na aplicação do direito ao caso concreto.

“A segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade de relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização.” (GONÇALVES, 2012, p. 5).

Se partirmos do conceito que o direito é o que está escrito na lei, pura e simples, visão esta defendida por *Rousseau* no século XVIII, então deveríamos ter segurança jurídica em face do império legal, já que, pelo menos em tese, a lei seria a melhor forma de regular todos os possíveis direitos que, uma vez violados, seriam efetivamente aplicados pelo Estado através de sua função jurisdicional.

“Assim, ao imaginar que o juiz atuaria limitado à vontade da lei, os cidadãos teriam previsibilidade nas relações jurídicas.” (GONÇALVES, 2012, p. 6).

Não é o que tem ocorrido! O mínimo que os cidadãos devem fazer é observar as leis para, assim, cumprir com seus deveres, respeitando direitos de outrem e tendo os seus respeitados.

No entanto, o que se observa é uma evolução numérica de processos no Poder Judiciário decorrente de conflitos de interesses. Se há estes conflitos é porque a lei não está sendo respeitada e, portanto, não está sendo o suficiente a transmitir segurança jurídica.

¹² “Mas, apesar do caráter constitucional do *legicentrismo* brasileiro, são muito comuns por aqui as decisões que sequer fazem qualquer referência ao texto da lei ou da Constituição, remetendo a vinculação de suas razões tão somente a um trecho ou ementa de um julgado pretérito.” (RAMIRES, 2010, p. 62).

Por outro lado, a evolução da sociedade tem ocorrido tão rápida que o próprio direito necessitou evoluir de forma conjunta para atender desde as mais simples até as mais complexas relações jurídicas.

O que se tem visto com o passar dos tempos é que não se pode dizer que o direito é o que está apenas previsto na lei, mas sim no ordenamento jurídico que contempla tanto a lei como os princípios, a jurisprudência, a doutrina. A lei perdeu sua supremacia com o advento do constitucionalismo.

“Por isso, em face da globalização, a qual para o bem ou para o mal facilitou as comunicações, observa-se um diálogo mais intenso entre as famílias romano-germânicas e a da *Common Law*, onde uma recebe influência direta da outra.” (PORTO, 2010, p. 6).

Contudo, os defensores do sistema Romano-germânico defendem não haver segurança jurídica nesse novo sistema que se implanta no Brasil, pois que a força obrigatória do precedente judicial impediria o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, deixando o direito engessado, bem como que estaria impedindo os juízes de analisar cada caso em concreto e, assim, poderem dar tratamento diferenciado a quem deles necessitasse, violando os princípios da isonomia e da autonomia do juiz, já que, necessariamente, teriam de seguir os precedentes já tomados.¹³

Esse pensamento racionalista do processo já fora defendido por Carnelutti, no sentido da máxima duração do processo como medida de segurança jurídica.¹⁴

Em outro norte, argumenta-se no sentido de que a previsibilidade¹⁵ das decisões judiciais no sistema jurídico da *Common Law* gera segurança jurídica, posto que, ao contrário de se congelar o direito, estaria, na verdade, definindo-se um horizonte para a juridicidade.

Até porque, defende-se que o precedente judicial não é imutável posto que, no Estados Unidos, onde se encontra esse sistema, com bastante frequência a Suprema Corte tem revogado seus julgados de força obrigatória.

Frise-se que os precedentes, num sistema que se funda no seu respeito, somente podem ser revogados excepcionalmente, quando o desenvolvimento da doutrina

¹³ A respeito disso, aliás, veja-se o paradoxo que o novo sistema “reclamacional” poderá gerar: se um juiz brasileiro resolver por bem, em uma sentença, descumprir diretamente um preceito legal ou mesmo constitucional, isso será tido como decisão judicial, inevitavelmente (não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação. Incorreta. Mas é.) A decisão será reformada, ou até anulada. Mas, para isso, deverá ser objeto de recurso ordinário, como qualquer outra decisão: o sistema não concede qualquer atalho para a correção de tais “desobediências”. Entretanto, caso deixe de seguir um entendimento do Supremo exarado em controle difuso de constitucionalidade (e atenção: não se trata de desrespeitar súmula vinculante ou decisão em controle concentrado, que até podem sem igualar à lei para estes efeitos), a decisão poderá ser objeto de “providenciais” de forma direta pela Corte. A “*autoridade*” das teses ou entendimentos do STF, assim, passa a ser mais garantida do que a da lei ou mesmo a da própria Constituição (RAMIRES, 2010, p. 82).

¹⁴ Sobre o tema, o autor italiano já mencionou que “[...] a semente da verdade necessita, às vezes, de anos, ou mesmo de séculos, para tornar-se espiga [...] O processo dura; não se pode fazer tudo de uma única vez. É imprescindível ter-se paciência. Semeia-se, como faz o camponês; e é preciso esperar para colher-se. Ao lado da exigência de atenção, coloca-se a paciência entre as virtudes inafastáveis do juiz e das partes. Infelizmente estas são impacientes por definição; impacientes como os doentes, visto que também sofrem. Uma das tarefas dos defensores é aquela de inspirar-lhes paciência. O slogan da justiça rápida e segura, que anda na boca de políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição in adiecto: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida, não é segura.” (SILVA, 2005, p. 198).

¹⁵ “Em sendo assim, sustenta-se que a previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento das normas com base nas quais a ação poderá ser qualificada.” (MARINONI, 2011, p. 123).

demonstra que o precedente está, *indiscutivelmente*, equivocado ou quando surgem novos valores ou novas circunstâncias fáticas - como aquelas derivadas da evolução tecnológica - que *impõem a sua redefinição*. (MARINONI, 2011, p. 193).

Para que isso ocorra, a doutrina *stare decisis*¹⁶ é essencial.

A respeito disso, importante menção fez a Ministra aposentada do STF, Ellen Gracie Northfleet, que em tradução de artigo desenvolvido por Edward D. Re, analisa a doutrina do *Stare Decisis* e explica que:

Além de prestigiar a estabilidade e permitir o desenvolvimento de um direito consistente e coerente, também servia a outras benéficas funções. Ele preservava a continuidade, manifestava respeito, assegurava igualdade de tratamento aos litigantes em idêntica situação, poupava juízes da tarefa de reexaminar as regras de direito a cada caso subsequente e assegurava à lei uma desejável medida de previsibilidade. (GONÇALVES, 2012, p. 6).

A observância obrigatória aos precedentes ainda fortalece o acesso à justiça, na medida que várias situações que hoje possuem interpretação dúbia, pelo fato de a lei não ser suficiente a garantir estabilidade, teriam maior previsibilidade e respeitabilidade partindo-se de decisões judiciais, pois

[...] obrigar ao respeito aos precedentes elimina as despesas, o tempo e todos os transtornos advindos de uma litigiosidade desnecessária, como é aquela que obriga a parte, cujo direito é respaldado no precedente, a interpor recurso para ter seu direito efetivamente tutelado. Afinal, se existe algo que viola o direito de acesso à justiça, o seu lugar está na imposição do ônus de a parte desnecessariamente litigar para ter o seu direito protegido. Isso viola, de forma inocultável, os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à razoável duração do processo. (MARINONI, 2011, p. 211-212).

Contudo, já que a obrigatoriedade de observância aos precedentes é uma realidade no nosso sistema processual civil, o que deve se tomar atenção é que a segurança jurídica, tão almejada no reconhecimento e aplicação do direito ao caso em concreto, não seja prejudicada pelo arbítrio e discricionariedade nas decisões judiciais.

Além disso, as decisões judiciais de observância obrigatória, quando utilizadas para enfrentamento de novas situações e até mesmo para fundamentação destas próprias decisões, devem ser analisadas em todo seu conteúdo, em toda sua fundamentação para que possa, assim, aplicar em casos efetivamente semelhantes.

Não é o que vem ocorrendo atualmente!

“A invocação de precedentes, no Brasil, tem seguido uma lógica de aleatoriedade que é estranha a qualquer sistema de *case law* que se conheça, e em especial ao inglês e ao americano.” (RAMIRES, 2010, p. 31).

O que se presencia são muitas decisões deficientes, que se contentam em fundamentar a entrega da tutela jurisdicional apenas amparadas em verbetes e/ou ementários jurisprudenciais

¹⁶ A expressão *stare decisis* é uma redução da frase latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que se pode traduzir por “ficar como foi decidido e não mexer no que está quieto.” (RAMIRES, 2010, p. 65).

sem atentar-se para o fato de serem decisões de casos semelhantes, que podem ser aplicados àquele caso em julgamento.

Para que isso não ocorra é de fundamental importância a obrigatoriedade e fiscalização da fundamentação das decisões judiciais, para que seja observado e respeitado o devido processo legal até a entrega da tutela jurisdicional.

A garantia da motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado. [...] ainda, porém que não houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido, o princípio da motivação não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, eis que consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 227-228).

Até porque, neste sistema processual de vinculação a precedentes, “[...] as decisões judiciais não importam somente às partes mas também aos juízes, a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito e aos jurisdicionados que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades.” (GONÇALVES, 2012, p. 11).

Desta forma, a fundamentação da decisão é necessária num Estado democrático de Direito,¹⁷ pois assegura todos os princípios constitucionais do processo, inclusive do contraditório já que, por este princípio, não se pode pensar apenas no direito de se manifestar mas, também, de obter respostas adequadas à sua manifestação.

A motivação das decisões judiciais garante às partes, aos terceiros interessados e à sociedade em geral, verdadeiro acesso à *ratio* do Poder Judiciário, isto é, permite-lhes conhecer as razões de fato e de Direito sobre as quais se funda a tutela jurídica buscada, amparando ou rejeitando a pretensão deduzida. (CRETELA NETO, 2006, p. 114).

Assim, para uma motivação ser completa e corresponder à pretensão à tutela jurídica, o julgador, além de confirmar por *modus ponens* as hipóteses do vencedor, deve negar por *modus tollens* o alvitre do vencido (RAMIRES, 2010, p. 43).

Não basta, portanto, dizer e explicar na decisão porque o vencedor teve direito. É preciso também fundamentar o porquê o perdedor do processo não teve seu direito assegurado pelo ordenamento jurídico.

A motivação das decisões judiciais, além de poder-dever do magistrado, no Estado de Direito, garante ao indivíduo acesso às razões pelas quais o Judiciário não lhe acolheu a pretensão, ou lhe ordenou sanção, permitindo-lhe pleno direito de defesa. (CRETELA NETO, 2006, p. 121).

¹⁷ O Estado de Direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que se justifica, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: *materialmente*, pois a intromissão tem fundamento, e *formalmente*, pois o fundamento é *declarado, exposto, demonstrado*. (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2005. p. 35).

“Uma decisão não está fundamentada só porque haja boas razões para sustentá-la; dizer que uma decisão está fundamentada é dizer que, consideradas todas as razões, a decisão representa *a melhor* resolução das razões apresentadas.” (RAMIRES, 2010, p. 121).

“Daí que, como se disse, o direito à tutela jurisdicional não se identifique com o direito a uma decisão favorável, antes se reconduza ao direito de obter uma decisão fundada no direito [...]” (CANOTILHO, 2002, p. 494).

Desta forma, a observância obrigatória aos precedentes judiciais pode até trazer alguma solução à crise do judiciário aqui mencionada, dando-se efetividade ao direito fundamental de duração razoável do processo.

No entanto, “[...] as regras jurídicas e os precedentes jurisprudenciais são imprescindíveis para construir uma ordem jurídica estável e confiável, para que os contratos sejam cumpridos, para que os negócios jurídicos sejam respeitados.” (CRETELA NETO, 2006, p. 115).

Porém, para que isso ocorra sem gerar uma outra crise será necessário uma observância rigorosa em relação à fundamentação das decisões judiciais, para que outros direitos fundamentais não sejam relegados, como direito do devido processo legal que engloba princípios importantes como o direito ao contraditório e ampla defesa, produção de provas, duplo grau de jurisdição e acesso ao judiciário, dentre outros tão necessários à entrega de uma tutela jurisdicional justa, já que “[...] o juiz não está a serviço do poder que o nomeou, está a serviço da justiça.” (CRETELA NETO, 2006, p. 115).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão problema do presente trabalho foi verificar se a tendência de valorização dos precedentes judiciais, em decorrência do direito fundamental da razoável duração do processo, pode ser uma solução para a crise do judiciário.

Pela presente pesquisa verificou-se que o sistema processual civil brasileiro continua com sua crise do judiciário, derivada do acúmulo de processos bem como da morosidade processual, que acaba por culminar numa entrega tardia da prestação jurisdicional.

A lei, fonte primária de direito, já não mais é observada, o que inevitavelmente tem desencadeado conflitos de interesses a serem resolvidos litigiosamente no Judiciário bem como o Legislativo, responsável pela criação de leis, não tem efetuado seu papel a contento, não tendo a lei acompanhado a evolução da sociedade que acontece de forma célere, surgindo aí o ativismo judicial.

Neste seguimento, os precedentes judiciais ganharam força, principalmente a nível de Tribunais Superiores no sentido de, direta ou indiretamente, cercearem o acesso à justiça com a previsão das súmulas vinculantes, repercussão geral e decisões em recurso repetitivos, o que diminuiu acentuadamente o número de processos tramitando em tais Tribunais contrariando, assim, o direito fundamental de razoável duração do processo na medida que este garante o devido processo legal e demais princípios que decorrentes.

Esse direito fundamental garante que o processo não se prolongará infinitamente no tempo bem como trará uma decisão justa, baseada em ampla cognição com a produção de provas, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição e demais princípios que norteiam uma decisão na medida da justiça.

Neste seguimento, a atribuição de que a valorização dos precedentes judiciais é uma decorrência desse direito fundamental não parece a mais correta, pois que, de fato, o que se está presenciando no dia a dia dos processos são decisões mais preocupadas com a quantidade de processos solucionados do que com a qualidade de suas decisões.

Poderia se dizer que esse prestígio aos precedentes judiciais tem mais relação com o princípio da eficiência da administração da justiça, já que por este princípio procura-se dar maior celeridade processual aos casos em trâmite.

Contudo, o que deve ser observado é que a fundamentação das decisões judiciais é de suprema importância para a efetivação do direito fundamental de razoável duração do processo, posto que estará assegurando a observância de princípios como contraditório e ampla defesa na medida que propiciará conhecimento sobre as razões de fato e de direito que levou o Estado a decidir de forma fundamentada no direito.

A VALORIZATION TENDENCY OF JUDICIAL PRECEDENTS AS A RESULT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO REASONABLE DURATION OF THE PROCESS. A SOLUTION TO THE CRISIS OF CIVIL PROCEDURE IN THE SYSTEM BRAZILIAN?

ABSTRACT

Brazil now faces a true procedural crisis in the judicial system that has increased over time, with a view to implementing measures to effect the right to judicial protection being one of the important factors of increasing access to justice. From this, several reforms took place with the Constitutional Amendment No. 45 of 2004, culminating in a valuation of judicial precedent and, therefore, we can see a speedy trial with delivery of judicial services to the detriment of the quality of that provision in the judgment of processes. These factors refer to changes in the Superior Courts which resulted in reduction of distributed resources since 2007. These changes are opposed to the fundamental right to reasonable length of proceedings aimed at giving legal certainty in the judgment within a reasonable time, observing the process principles civil that ensure due process of law. In this way, we intend to demonstrate that lies in the grounds of the judicial decision the most appropriate way to ensure the effectiveness of that fundamental right without neglecting the legal certainty.

Keywords: Process. Reasonable duration. Fundamental Right. Precedents. Judicial security.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional. Aspectos contemporâneos*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 5.896, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 06 out. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: [s.n.], 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília, DF: Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2014. Disponível em: <http://www.ibet.com.br/download/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 05 out. 2014.

COUTO, Mônica Bonetti. A Duração Razoável do Processo como Direito Fundamental no Brasil: Mecanismos e Alternativas à sua Implementação. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

CRETELA NETO, José Cretela. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

GONÇALVES, Diego da Silva. O sistema de precedentes como garantidor da segurança jurídica, da previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, set. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1006-o-sistema-de-precedentes-como-garantidor-da-seguranca-juridica-da-previsibilidade-e-estabilidade-das-decisoes-judiciais>>. Acesso em: 05 out. 2014.

MAILLART, Adriana Silva; SANCHES, Samyra Dal Farra Napolini. O Direito Fundamental de Acesso à Justiça e Suas Implicações para o Direito Fundamental ao Desenvolvimento. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; DA SILVA, Rogério Luiz Nery; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista Estação científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654374/artigo%205%20revisado.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a common law, civil law e o precedente judicial*. Academia de direito processual civil. 2010. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/sergio%20porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional: um olhar sobre o direito processual brasileiro. *Estudios Constitucionales*, ano 8, n. 2, p. 675-706, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002010000200020&script=sci_arttext>. Acesso em: 12 out. 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SCHIEFELBEIN DA SILVA, Queli Cristiane; SPENGLER, Fabiana Marion. O acesso à justiça como direito humano fundamental: a busca da efetivação da razoável duração do processo por meio do processo eletrônico *Espaço Jurídico: Journal of Law*, Joaçaba, v. 16, n. 1, p. 131-148, nov. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/2555/3776>>. Acesso em: 10 maio 2015.

SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à nova sistemática processual civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AS NANOTECNOLOGIAS: POSSÍVEIS RISCOS DA SUA UTILIZAÇÃO, O DIREITO (FUNDAMENTAL) DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO E A RELAÇÃO COM OS TRANSGÊNICOS

Wilson Engelmann*
Patricia Martins**
Raquel Von Hohendorff***

RESUMO

As nanotecnologias representam novo e revolucionário conjunto de tecnologias, que trabalham na bilionésima parte do metro, elaborando produtos novos, com características físico-químicas desconhecidas, submetendo o consumidor a riscos ainda incertos ou incalculáveis. Tais produtos estão sendo lançados no mercado diariamente e apenas uma pequena parcela dos consumidores possui algum tipo de informação. Acredita-se que a sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos do mercado, e este é um pré-requisito para o exercício do direito de escolher o que consumir. Atribui-se ao referido direito, caráter fundamental, peculiarmente de natureza individual e coletiva, e, portanto irrenunciável e inafastável. Será utilizado o método de abordagem fenomenológico-hermenêutico e como métodos de procedimento o histórico e o comparativo, além da pesquisa bibliográfica e legislativa e textos normativos de diversos organismos internacionais. Como apenas a lei não mais dará conta de produzir as respostas necessárias, incita-se, a partir do pluralismo jurídico, a ideia do diálogo entre as fontes do Direito, aproximando as respostas jurídicas dos demais Sistemas Sociais, buscando alternativas para o delineamento do jurídico de modo mais flexível e adaptável à realidade nanotecnológica. A análise do atual contexto legislativo e normativo, incluindo a ausência de marcos regulatórios específicos comparado aos direitos fundamentais já positivados, demonstra que deve haver sintonia entre o contexto jurídico-legislativo e a realidade social, somente através do qual se poderá, com responsabilidade e informação, garantir ao consumidor um patamar mínimo de conhecimento sobre os produtos que consome.

Palavras-chave: Nanotecnologia. Direito à informação. Transgênicos.

1 INTRODUÇÃO

O tema que aborda as nanotecnologias é recorrente entretanto vale questionar: o que são e quem é seu destinatário? O termo “*nano*” representa uma medida e equivale à bilionésima parte de um metro, isto é, ao se dividir um metro por um bilhão de vezes, chegamos ao nanômetro. Esta medida também poderá ser representada pela notação científica de 10^{-9} . Deve-se observar que, muito embora os diversos benefícios ofertados, ainda não há certeza quanto aos riscos de sua utilização e do potencial lesivo na produção de resultados inesperados e indesejáveis, para o homem e meio ambiente. Este é um fato que não merece ser menosprezado. Ao longo do presente

* Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Avenida Unisinos, 950, Cristo Rei, 93022-000, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil; wengelmann@unisinos.br

** Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Advogada; patricia.mart@hotmail.com

*** Mestre e doutoranda em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Advogada; Vetraq@gmail.com

estudo se pretende incluir que a preocupação com os riscos deriva da própria característica da escala ‘nano’ e, de como as nanopartículas estão sujeitas às leis físicas diferentes daquelas com as quais a ciência já está habituada. Ademais, nesta escala e com as peculiaridades do ‘mundo em escala nano’ há probabilidades de que as nanopartículas possuam maior grau de toxicidade, potencializando os riscos aos homens e ao meio ambiente. Produtos com nanotecnologia já estão no mercado, amplamente consumidos, sem que existam maiores informações acerca de seus riscos. A sociedade tornou-se um laboratório sem nenhum responsável pelos resultados do experimento, no qual os consumidores não possuem o direito de informação preservado e assim acabando por não poder exercer o direito de opção do que consumir. O presente artigo tem como pretensão demonstrar a importância de que se observe não apenas uma lei específica (posto que há ausência de marcos regulatórios específicos às nanotecnologias) mas o conjunto normativo e principiológico vigente, capaz de atender, ainda que provisoriamente o legado constitucional de garantias de direitos fundamentais, dentre eles o direito à informação.

As diferentes fontes do Direito, originárias de diferentes esferas estatais e não estatais, nacionais e internacionais, deverão ser conjugadas, sendo aplicadas de forma simultânea e coordenada, filtradas por um filtro dos controles de constitucionalidade e convencionalidade de modo a adequar a ciência do Direito às inovações advindas das nanotecnologias. Desta forma, o desafio das nanotecnologias para o Direito está lançado e será necessário que os transformadores do Direito elaborarem novas opções de respostas, utilizando as diferentes fontes jurídicas, o que se poderá demonstrar em traço comparativo com o cenário mais recente de alteração legislativa no que tange à Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005, especificamente no que diz respeito ao direito à informação quanto aos transgênicos.

O método de abordagem a ser utilizado será o fenomenológico-hermenêutico; como métodos de procedimento se utilizarão o histórico e o comparativo e as técnicas de pesquisa serão bibliográfica e legislativa e textos normativos de diversos organismos internacionais. Quanto ao método cabe salientar que o mesmo permite que o pesquisador esteja diretamente implicado, relacionado com o objeto de estudo, sofrendo inclusive as consequências de seus resultados. Assim, trata-se de uma investigação não alheia ao pesquisador, eis que ele está no mundo onde a pesquisa é desenvolvida.

2 AS NANOTECNOLOGIAS: CARACTERÍSTICAS E (POSSÍVEIS) RISCOS

A expressão nanotecnologia deriva do prefixo nano, que significa “anão”. Segundo Engelmann (2012, p. 321), “[...] o termo ‘nano’ representa uma medida e equivale à bilionésima parte de um metro, isto é, ao se dividir um metro por um bilhão de vezes, chegamos ao nanômetro.” A Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) em sua Cartilha sobre Nanotecnologia, define nanômetro como um bilionésimo de metro e traz comparações que podem facilitar o entendimento, como por exemplo dizer que “[...] este tamanho é aproximadamente 100 mil vezes menor do que o diâmetro de um fio de cabelo, 30 mil vezes menor que um dos fios de uma teia de aranha e 700 vezes menor que um glóbulo vermelho” e ressalta: “[...] é exatamente nessa escala de tamanho que a nanotecnologia é trabalhada e que os objetos nanotecnológicos são concebidos. Nessa mesma escala estão os átomos e moléculas.” (AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL, 2011, p. 11).

Uma característica peculiar da Nanociência é que esta é constituída de um agregado interdisciplinar de vários campos das ciências naturais e exatas, sendo cada uma altamente especializada em sua aplicação. Segundo o professor emérito da Unicamp, o físico Cylon Gonçalves da Silva, a Nanotecnologia se tornou uma Supraciência (INSTITUTO INOVAÇÃO, 2005, p. 7). E, no tocante à transdisciplinaridade, ainda se pode considerar as ponderações de Engelmann, Calazans e Silva (2014, p. 20): “[...] a manipulação de elementos em escala nanoscópica já garante a mescla entre compostos orgânicos e inorgânicos favorecendo a inter-relação entre as tecnologias baseadas em organismos e as tecnologias baseadas em máquinas” que, não apenas salientam o caráter transdisciplinar das nanotecnologias como também ressaltam as possibilidades de múltiplas aplicações.

Atualmente, verifica-se o avanço da exploração em nano-escala com a oferta crescente de produtos com nanotecnologias à disposição do consumidor,¹ por exemplo, em tecidos resistentes a manchas e que não amassam; materiais esportivos como as raquetes e bolas de tênis; filtros de proteção solar, tratamento tópico de herpes e fungos, produtos cosméticos entre outros (RATTNER, 2013). Artigo publicado na página eletrônica PlosOne.org, relata que a crescente oferta resulta na necessidade de realização de estudos sobre os impactos das nanotecnologias, possibilitando se chegar a um “desenvolvimento seguro, responsável e adequado de nanomateriais”. No mesmo sentido, notícia da página eletrônica do Laboratório de Química em Estado Sólido da Unicamp (LQES), faz a seguinte reflexão: “[...] desde o final da década de 1990, os nanomateriais não estão mais simplesmente nos laboratórios de pesquisa, mas fazem parte de um número considerável de aplicações industriais em produtos de consumo do dia a dia.” (LABORATÓRIO DE QUÍMICA DO ESTADO SÓLIDO, 2014). Assim, é correto afirmar que as nanotecnologias atraem os principais focos de pesquisa, desenvolvimento e inovação em todos os países industrializados; dentre os produtos de higiene pessoal, perfumaria e cosméticos aproximadamente 28% são produzidos com utilização de nanotecnologias (HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014, p. 23-24) e constata-se assim que os mais diferentes setores econômicos podem utilizar as nanotecnologias. Além dos produtos citados anteriormente, outros produtos como protetores solares, calçados, tecidos, componentes para automóveis, produtos para a agricultura, tratamento de água, materiais para construção civil, e no ramo dos alimentos as embalagens inteligentes, entre outros, já estão à disposição do mercado consumidor. Razão pela qual, importa não apenas desfrutar seus benefícios, mas também, avaliar os possíveis riscos decorrentes de sua crescente utilização. A preocupação recorrente quanto aos riscos é derivada da questão da sustentabilidade da vida na Terra, “[...] os avanços das pesquisas em nanotecnologia parecem prometer um novo tipo de revolução científica e industrial para algumas áreas do conhecimento como a química, a física e a biologia.” (ENGELMANN; CALAZANS; SILVA, 2014, p. 12). O rol de aplicações das nanotecnologias não está fechado, Hohendorff e Engelmann (2014, p. 24) referem que “[...] as empresas dos setores farmacêuticos e cosméticos tem adotado diferentes estratégias para melhorar a eficácia terapêutica, biodisponibilidade, solubilidade e redução de doses de vários medicamentos por meio da manipulação física de fármacos”, contudo, dizem: “[...] embora neste momento os benefícios da nanotecnologia dominem

¹ Segundo pesquisa desenvolvida por *Helmuth Kayser Consultancy*, em 2001 haviam 300 produtos desenvolvidos a partir das nanotecnologias no mercado global e, em 2009, mais de 2500, espera-se um crescimento de 25% ao ano. Um novo estudo está em andamento, buscando inventariar o número atual de produtos à base da nano escala (PROJECT ON EMERGING NANOTECHNOLOGIES, 2006).

nosso pensamento, o potencial desta tecnologia para resultados indesejáveis na saúde humana e no meio ambiente não deve ser menosprezado” (HOHENDORF; ENGELMANN, 2014, p. 25) e isto se deve à probabilidade de o grau de toxicidade das nanopartículas ser maior do que nas partículas de tamanhos normais, o que pode resultar em riscos à saúde e segurança, tanto de pesquisadores, trabalhadores e de consumidores. Devido a incertezas quanto à toxicidade, é válido o questionamento também, quanto aos métodos que seriam mais apropriados para testes de toxicidade e os impactos prováveis na saúde daqueles que manipulam nanopartículas.

Hohendorff e Engelmann (2014, p. 29), ao tratarem do tema na obra *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil*, referem que “[...] há comprovação de evidências de que os nanotubos de carbono são potencialmente perigosos em ambientes aquáticos, e que o mecanismo de toxicidade é complexo e insuficientemente compreendido até o momento”, de sorte que importa não apenas aplicar atenção às descobertas mas, também as possíveis repercussões destas descobertas em nanoescala para vida humana e o ecossistema. Conforme relato dos autores, restou demonstrado em estudo realizado no instituto de pesquisa holandês Alterra (2014, p. 30) que

[...] nanopartículas podem gerar danos à saúde de minhocas, na medida em que a exposição ao solo contaminado com nanopartículas de carbono mostrou um efeito ‘significativo’, incluindo a redução no crescimento da população, aumento da mortalidade e danos aos tecidos.

Além disso, relevante que seja dito, que a maioria dos testes envolvendo nanopartículas são desenvolvidos em laboratório, representando um problema à parte a ser resolvido, uma vez que as substâncias são analisadas e testadas isoladamente, não representando resultado preciso quanto à toxicidade no ser humano, quando em concentrações diferentes pelo acúmulo com outras nanosubstâncias (HOHENDORF; ENGELMANN, 2014, p. 31). Assim, conforme os mesmos autores, tais incertezas quanto à potencialização dos riscos tornam necessários mais estudos sob o aspecto nanotoxicológico que contribua para evitar danos maiores e efeitos mais graves e imprevisíveis ao meio ambiente e saúde humana (HOHENDORF; ENGELMANN, 2014, p. 89). Bem como sejam observados alguns parâmetros jurídicos neste desenvolvimento, que não representem retração ou impedimento no avanço das pesquisas, mas, que visem à proteção do ser humano, consumidor das nanotecnologias. Estes limites, ainda que no presente não se tenha uma regulação específica às nanotecnologias, estão representados pelo direito/dever à informação, contido na Constituição Federal de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8.078 de 1990.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO NO CENÁRIO DAS NANOTECNOLOGIAS

Algumas reflexões são necessárias na área de nanomateriais, principalmente quanto à falta de dados sobre os impactos na saúde, o potencial de toxicidade ambiental e uma incapacidade de continuar a monitorar quaisquer efeitos adversos. A falta de tecnologias e protocolos para monitoramento ambiental e sanitário, detecção e remediação é ainda muito grande e deve ser considerada, apesar de alguns esforços que estão sendo feitos para resolver o problema (HOHENDORFF; ENGELMANN; SANTOS, no prelo). Todavia, também há falta de informações ao público sobre os produtos com nanotecnologia, incluindo onde estão sendo produzidos e usados, bem como sobre os riscos potenciais que podem existir (SENJEN, 2013). Neste sentido cumpre ressaltar que os cha-

dados direitos fundamentais, integra a evolução histórica do ser humano e igualmente integram suas inter-relações na construção de uma sociedade que efetivamente atenda à sua necessidade. Logo, integra o debate acerca dos substratos alcançados pelos direitos naturais e direitos humanos. Ainda que diferentes, parece ser inegável que as normas de direitos fundamentais englobam reflexos oriundos destes dois. Segundo Engelmann (2009, p. 6320), “[...] a partir do princípio de que ‘todos tem direito à igualdade de consideração e respeito’, Finnis apresenta os bens humanos básicos e os requisitos da razoabilidade prática como expressão dos direitos naturais-humanos.” O mesmo autor também diz que “[...] a partir desses dois conjuntos torna-se possível a formulação de padrões morais gerais que representam os direitos humanos ou direitos naturais. Não se pensa em direitos humanos absolutos, mas em ‘aspectos do real bem-estar de indivíduos de carne e osso’.” (ENGELMANN, 2009, p. 6320). Refere ainda que:

[...] com a inclusão desses ingredientes, marca do terceiro modelo, o elemento substancial (de conteúdo) passa a ser preponderante sobre o instrumental (a forma). Além disso, as decisões sobre os direitos humanos deverão nortear-se pela razoabilidade prática a fim de apontar decisões adequadas e outras que não deverão ser praticadas, posto contrárias ao pleno florescimento humano. (ENGELMANN, 2009, p. 6320).

Assim, ao fazer referência aos “[...] direitos fundamentais nos referimos aos direitos constitucionais ou à direitos inerentes à pessoa reconhecidos, explícita ou implicitamente, pela Constituição.” (HERNÁNDEZ, 2002, p. 112). Logo, dizer dos direitos fundamentais é dizer de direitos inerentes ao ser humano, ou seja, os direitos naturais, elencados no texto constitucional. Ademais, referem-se a um contexto aberto, uma vez que a existência de direitos fundamentais não está adstrita necessariamente à previsão expressa do texto constitucional, o que igualmente significa dizer, que direitos consagrados em tratados internacionais recebem o mesmo tratamento de direitos fundamentais, o que revela uma inclinação à que se vincule normas de direitos humanos e normas de direitos fundamentais. Em contrapartida, os direitos fundamentais em um aspecto específico, são flexíveis, pois abarcam várias classes de direitos, a saber, sempre que houver possibilidades de conferir vida digna ao ser humano (HERNÁNDEZ, 2002, p. 112-113).²

A partir desta proposição, salienta-se que em 1998 foi adotada no âmbito das Nações Unidas a “Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente”, também conhecida como a *Convenção de Aarhus*, que foi celebrada no contexto europeu. Esta convenção implementou o compromisso dos países europeus de garantir aos cidadãos o acesso à informação, a participação no processo de tomada de decisões e o acesso à justiça no domínio do ambiente, reconhecendo que nesse domínio a melhoria do acesso à informação e da participação pública no processo de tomada de decisões aumenta a qualidade das decisões e contribui para a sensibilização do público para questões ambientais, possibilitando-lhes manifestar suas preocupações às autoridades públicas sobre

² “O exposto indica, entre outras coisas, que se propugna uma abertura da Constituição tanto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo de suma importância os critérios jurídicos que na matéria tem sido vertidos pelos organismos internacionais encarregados da proteção destes direitos, com a noção de dignidade humana, a qual, ao enfrentar-se as circunstância variáveis, é fonte de novos direitos.” (HERNÁNDEZ, 2002, p. 112-113).

essas questões. A Convenção de Aarhus aumentou proporcionou aumento da responsabilidade e da transparência no processo de tomada de decisões, inclusive nos setores de governança, que devem a partir dela, dar a conhecer ao público sobre os procedimentos adotados ou a serem adotados no que tange às questões ambientais. O tripé de Aarhus - informação, participação pública e acesso à justiça - é parte integrante do Direito Internacional do Meio Ambiente contemporâneo, e, transpõe os limites de consenso regionais de como os Estados devem proteger o meio ambiente. Embora ainda não aplicada no Brasil, a referida Convenção serve como paradigma ético no tocante à cooperação internacional de proteção ao meio ambiente, à medida que consagra aos cidadãos o acesso à informação, participação na tomada de decisões e o ingresso à justiça em matéria ambiental (MAZZUOLI; AYALA, 2012, p. 310).

Pode-se considerar então, no contexto da positivação de direitos fundamentais, que se trata da incorporação, na ordem jurídica positiva de direitos “naturais” e “inalienáveis” dos indivíduos. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de “Fundamental Rights” colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais (CANOTILHO, 2002, p. 375).

Engelmann (2012, p. 51-72) considera que o caráter fundamental de determinado direito, é conferido por dois aspectos: o tipo de direito que abriga - eis que se tem em vista necessidades básicas do ser humano - e a quantidade da norma protetora, a saber, em sua grande maioria, a norma constitucional.³ O certo é que a existência ou a possibilidade de invocar a sua matéria não esteja vinculada a uma previsão expressa uma vez que sua abrangência vai além de sua consagração em um ‘pedaço de papel’. Portanto, a extensão dos direitos humanos constantes no bojo dos direitos fundamentais pode gerar dúvidas, em face das imensas possibilidades geradas em atender direitos, liberdades e garantias. Quanto a isto, Alexy (1993, p. 21) alerta que:

[...] as questões acerca de quais direitos tem o indivíduo como pessoa e como cidadão de uma comunidade, de quais princípios estão sujeitos à legislação estatal e que exige a realização da dignidade humana, a liberdade e a igualdade, constituem grandes temas da filosofia prática e, pontos polêmicos centrais das lutas políticas passadas e presentes.

Neste sentido, é correto afirmar que são estes os desafios propostos aos Estado Democrático de Direito que tem nos direitos fundamentais um de seus pilares de sustentação. No cenário brasileiro, com base nas reflexões até aqui propostas, é correto afirmar que o direito à informação consta dentre os direitos considerados fundamentais. Presente não apenas no conjunto de direitos elencados pelo texto constitucional, recebeu atenção especial quando da elaboração da Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor. No tocante ao referido Diploma, reconhecidamente possui índole de ordem pública e interesse social, de sorte que suas normas são indisponíveis e inafastáveis por resguardarem valores básicos da ordem jurídica do Estado

³ Esta visão acerca dos direitos fundamentais, também é aceita por Jose Castan Tobeñas, que os chama de direitos fundamentais humanos como “os reconhecidos como tais através de um Ordenamento jurídico estimado em sua totalidade normativa”. Além disso, “os direitos humanos, com efeito, considerados, em sua significação mais própria, como elementos de um complexo jurídico, são às vezes ‘fundamentais’ quando servem de fundamento a outros mais particulares, derivados ou subordinados a eles, e ‘essenciais’ enquanto são direitos permanentes e invariáveis, inerentes ao homem, a todos os homens como tais.” (TOBEÑAS, 1992).

Social, além disso, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor considera a vulnerabilidade do consumidor, contém o atributo de propiciar ou possibilitar a igualdade formal-material aos sujeitos da relação de consumo (MINAS GERAIS, 2009, p. 13).

Considerando-se o cenário das nanotecnologias, o direito/dever à informação apresenta-se ainda relevante de sorte a ser mais detidamente observado. Previsto no artigo 5º, inciso XIV da Constituição Federal: “[...] é assegurado a todos o acesso à informação [...]”, e também a previsão constante no Código de Defesa do Consumidor, artigo 6º inciso III e artigo 31, servem como esteio jurídico, tanto no momento de precaução, anterior à ocorrência do dano, como no momento de sua efetiva ocorrência (ENGELMANN, 2014, p. 76). Engelmann ainda afirma que as nanotecnologias se inscrevem pontualmente nesta exigência, devido às incertezas e carências de mais estudos toxicológicos, quem fabrica e quem oferece à venda, deve dar conta da “obrigação de segurança”.

Os produtos à base de nanotecnologias estão chegando silenciosamente ao mercado, sendo ofertados como itens de alta potencialidade nos efeitos anunciados. No entanto, nem os cientistas, fabricantes e, muito menos, os consumidores sabem exatamente os efeitos tóxicos que poderão advir destes produtos, o seu ciclo vital e as suas interações com o meio ambiente e a saúde dos seres humanos (ENGELMANN, 2014, p. 76).

Razão pela qual, dentro do cenário nanotecnológico, atender ao direito/dever à informação significa obedecer também a um necessário proceder precaucionista e preventivo, aos moldes propostos pelo instituto da responsabilidade civil, que ao acompanhar o desenvolvimento da sociedade, objetiva ideais solidários permeados pela noção de ética e de boa fé, visando a proteção do consumidor. Aqui está o grande desafio e o perigo: a rotulagem ou não dos transgênicos e como essa decisão poderá influenciar a rotulagem e o conteúdo dos nanoprodutos, conforme se verá a seguir.

4 O DIREITO À INFORMAÇÃO E A QUESTÃO REGULATÓRIA EM RELAÇÃO AOS TRANSGÊNICOS: ABRINDO UM PRECEDENTE JURÍDICO-LEGISLATIVO PARA A ROTULAGEM DOS NANOPRODUTOS?

A Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005 é o mecanismo jurídico regulatório em matéria de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam a construção, cultivo, produção, manipulação, transporte e transferência, importação e exportação, armazenamento e pesquisa, a comercialização e o consumo, bem como a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados (OMG) e seus derivados. Conforme teor de seu primeiro artigo possui como diretriz o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, visando a proteção da vida e à saúde humana, animal e vegetal, pela observância do princípio da precaução para proteção do meio ambiente. Além de traçar os parâmetros delineadores de sua abrangência, elenca conceitos e distingue atividades sobre as quais vige, mencionando inclusive a permissão de utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e quais os requisitos para a pesquisa com os mesmos, proibindo determinadas atividades que não estejam expressamente permitidas em seu conteúdo, dispondo inclusive sobre os limites de responsabilidade civil e administrativa aplicáveis, definindo as possíveis sanções. Por fim, o texto da Lei n. 11.105/2005 continha em seu artigo 40, a expressa previsão de que os alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou, sejam produzidos a partir de OMG ou derivados deverão conter informação nesse sentido em seus rótulos. Todavia, houve aprovação de alteração do artigo 40 da Lei n. 11.105/2005, através do Projeto de Lei n. 4.148/2008, aprovado por maioria

de votos na Câmara dos Deputados em 28 de abril de 2015, que em sua redação final pretende dispor que:

Os rótulos dos ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal, oferecidos em embalagem de consumo final, que contenham ou, sejam produzidos a partir de OMG ou derivados *com presença de 1%* (um por cento) de sua composição final, detectada em análise específica, conforme regulamento, deverão informar ao consumidor a natureza transgênica do alimento. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008, grifo nosso).

O conteúdo do projeto de lei ainda faz referência de que será facultada a utilização da expressão “livre de transgênicos” para os alimentos que não contenham OMG. Com base nestas modificações legislativas cabe refletir sobre a matéria objeto da alteração, qual seja, o direito à informação e o tratamento que recebe por parte dos legisladores. Tornando necessário confrontar a alteração mencionada na lei ordinária em comento, especificamente ao dever de informar com o direito do consumidor à informação quanto à composição dos produtos alimentícios que consome. O estudo, entretanto, se propõe a incluir também a ponderação sobre o direito fundamental à informação contido no texto constitucional e objeto de proteção do Código de Defesa do Consumidor com a permissão legislativa ordinária contida na alteração ao artigo 40 da Lei n. 11.105/2005 que estabelece “obrigação de informar” apenas quando o percentual de OMG superar 1% do conteúdo alimentar.

A análise deste movimento legislativo em torno dos organismos geneticamente modificados não passou ao largo do Poder Judiciário, a exemplo do que ocorreu em demandas sobre o tema, manifestou-se no sentido de garantir o direito do consumidor à informação. Em um dos casos, o julgamento da Apelação Civil n. 5002685-22.2010.404.7104/RS, envolvendo discussão entre a propaganda de soja transgênica relacionada à menor utilização de agrotóxicos, provada a ausência de comprovação científica, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, manifestou-se claramente pela prevalência do Código de Defesa do Consumidor, considerando:

Não é absolutamente verdadeira a propaganda que afirma que o plantio da soja transgênica garante o uso de menos pesticida, ao contrário do que apregoado no comercial questionado [...] A opção político-legislativa no sentido de inclinar-se pela autorização do plantio e comercialização de sementes geneticamente modificadas no país (Lei 11.105-05), independentemente de estudo prévio de impacto, não afasta o direito dos consumidores terem acesso à informação integral e verdadeira acerca dos possíveis efeitos dessa tecnologia e do seu respectivo herbicida para a saúde dos homens, dos animais e para o meio ambiente, a teor do que prevê a Lei Consumista. (RIO GRANDE DO SUL, 2012).

À luz do que já foi relatado, cabe o questionamento: o consumidor deixa de ter o direito a saber sobre o que consome, caso o percentual de risco esteja abaixo de 1%? E mais, no contexto das nanotecnologias e um cenário de ausência de marcos regulatórios, deve-se abrir mão do paradigma dos transgênicos no tocante ao direito à informação, ou adotá-lo como parâmetro adequado às nanotecnologias aplicadas aos produtos para consumo humano? Com a aprovação da alteração do artigo da Lei de Biossegurança respectivamente ao dever de informar, as expectativas no que tange às nanotecnologias aumentam e vêm acrescidas de preocupação, pois sabe-se, que ainda desconhecidos os riscos de sua aplicação, conforme em tópico anterior mencionado. Já

se constatou que a tática de comercializar primeiro e posteriormente responder ao consumidor tornou-se um problema ao invés de solução, para o setor que deveria transformar a alimentação e a agricultura através de meios de produção mais seguros, alimentos mais nutritivos. As vantagens das nanotecnologias apresentam-se hoje, como as vantagens dos transgênicos há algum tempo atrás, neste sentido a reflexão necessária é do quanto se pode utilizar o exemplo dos transgênicos para as nanotecnologias. A história está repleta de exemplos mal sucedidos de produtos lançados e consumidos antes do conhecimento de seus efeitos maléficos, como o aumento do efeito estufa, a energia nuclear, os pesticidas (especialmente o DDT e a sua bioacumulação ao longo da cadeia alimentar), os efeitos do amianto e do chumbo igualmente foram descobertos após ampla comercialização (DUPAS, 2009, p. 69). Ademais, mesmo onde há benefícios ao consumidor, o risco/benefício em nanotecnologia não está claro na alimentação e agricultura como é para outros setores, como a indústria farmacêutica. A falta de reconhecimento do papel principal da percepção de risco na tomada de decisões da sociedade sugere que as partes interessadas na comercialização da nanotecnologia podem precisar considerar mais como os consumidores fazem as escolhas entre a percepção do risco e benefício (GUPTA et al., 2012). Os consumidores demonstram ter maior tolerância quanto aos riscos quando envolve drogas e tratamentos que salvam vidas, mas tolerância baixa quando se trata de comida especialmente quando não observam nenhum benefício direto (PROJECT ON EMERGING NANOTECHNOLOGIES, 2013). Observa-se que as novas tecnologias sempre se mantiveram no limiar entre as vantagens apresentadas e os riscos decorrentes. A busca pelo novo, ao longo da história, fez cientistas verem novas invenções com entusiasmo, de modo inadequado, como que colocando um véu sobre o risco em potencial⁴. Embora a sociedade possa manifestar certa desconfiança, não raro compartilha do entusiasmo científico, possivelmente em função das promessas da novidade, ou pelo desconhecimento dos riscos (SANTOS JUNIOR, 2013, p. 45), acrescenta-se a isto, o fato de que as condições sociais e econômicas, evidentes nas pautas da pesquisa e inovação, exercem parcial coerção para aumentar e manter um determinado nível de produtividade. “Essa é a coerção que leva a assumir todos os riscos como um ‘preço necessário’ e abre possibilidades de fazer dinheiro com rapidez. É uma lógica incompatível com a responsabilidade.” (BLASCO, 2013). A nanotecnologia aplicada à agricultura não deveria reproduzir o caminho controvertido seguido pelos transgênicos. Deve-se escutar a voz da tradição. A tradição, a partir de Hans-Georg Gadamer está vinculado à herança histórica que “[...] possui uma autoridade que se tornou anônima.” (GADAMER, 1997, p. 420-421). Neste sentido não se deve olvidar da força da tradição, pelo contrário, se deve valorizar o atual momento da história. Vale recordar antecedentes científicos que produziram resultados catastróficos para o ser humano e o meio ambiente como a bomba atômica (GIACOIA, 2013, p. 127), produzida a partir da inovação tecnocientífica da energia nuclear. Por conta disso, segundo Barreto (2006, p. 145), é preciso aprimorar o Direito, iniciando pela perspectiva hermenêutica, rompendo com a pretensão de se ter sempre

⁴ O que deve trazer preocupação é que até o presente, as invenções tecnológicas nos tem sido impostas. A aceitação das tecnologias tem sido passiva. E é para este problema que tem apontado vários filósofos da tecnologia contemporânea, inclusive Andrew Feenberg, um discípulo de Heidegger. Daqui para diante nos cabe discutir com antecedência se queremos a disseminação de algumas tecnologias. Cabe às sociedades discutirem se querem as biotecnologias de melhoramento genético humano, a nanotecnologia, as drogas de potencialização cognitiva e a inteligência artificial. Os aspectos éticos das nanotecnologias e da inteligência artificial estão sendo discutidos, embora numa escala menor do que se deveria. Infelizmente, a grande maioria dos filósofos insiste em fechar a porteira só depois que o cavalo já escapou (TEIXEIRA, 2011).

a resposta correta, postulado da hermenêutica clássica. Será necessário aprender com Gadamer (1997, p. 441-442), ou seja, é preciso dar-se conta de que “[...] a consciência hermenêutica sabe que não pode estar vinculada à coisa em questão, ao modo de uma unidade inquestionável e natural, como se dá na continuidade ininterrupta de uma tradição.” Assim, tendo em conta o que a história da humanidade já presenciou e transmitiu para as futuras gerações, se faz necessário discutir as suas possíveis implicações sociais, econômicas e políticas, em tempo real. Mas, a experiência passada não parece estar sendo levada em conta e são visíveis as pressões econômicas e políticas no desenvolvimento de nano-produtos que são determinantes na trajetória tecnológica da nanotecnologia (FOLADORI; INVERNIZZI, 2008, p. 18). Todos somos consumidores nanotecnológicos, todavia uma pequena parcela deste ‘todos’ sabe alguma coisa sobre as nanotecnologias. Deriva daí a necessidade de alinhamento dos contornos do chamado direito à informação (ENGELMANN; HOHENDORFF, 2014). A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos do mercado, e este é um pré-requisito para o exercício do direito de escolher o que consumir. Torna-se necessária a discussão acerca do princípio da informação, corolário do dever de informação que cabe ao produtor, visando à proteção do consumidor de produtos nanotecnológicos. O direito à informação trata de um direito coletivo da informação ou do direito da coletividade à informação; o direito de informar, como aspecto da liberdade de manifestação do pensamento, revela-se um direito individual, mas já contaminado de sentido coletivo, em virtude das transformações de meios de comunicação, de sorte que a caracterização mais moderna do direito de comunicação, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa. Ao lado do direito individual corrobora-se o direito coletivo (SILVA, 2005, p. 259). Encontra-se disposto no artigo 5º, incisos IV, XVI e XXXIII cumulado com os artigos 220 a 224, que:

[...] declaram que é assegurado a todos o acesso à informação. É o interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião, ideias e pensamento, veiculador pelos meios de comunicação social. Daí por que a liberdade de informação deixará de ser mera função individual para tornar-se função social.” (SILVA, 2005, p. 260).

A sociedade tem o direito fundamental de saber a composição dos produtos que estão à venda no mercado. É um pré-requisito para o exercício de outro direito, ou seja, o direito de escolher, de optar. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), por meio do seu art. 31,⁵ estabelece uma série de requisitos que deverão ser observados quando os produtos são colocados em comercialização. Este dispositivo legal carrega no seu seio uma efetiva caracterização de elementos necessários para se conhecer o produto comprado. No entanto, não basta somente isso. A informação deverá vir acompanhada de educação. É insuficiente colocar uma série de informações no rótulo ou na propaganda do produto. Será necessário educar o consumidor para ler e interpretar, conhecer e compreender o seu conteúdo (ENGELMANN; CHERUTTI, 2013). O pleno exercício do direito à informação, que é do consumidor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reci-

⁵ “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidades, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”

proacidade e complementariedade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias. A concretização do direito à informação auxilia na construção de um ambiente de participação democrática dos cidadãos. A concretização dessa figura constitucional (possuidora de alta carga democrática) parece ser o modelo capaz de garantir um poder cidadão, objeto das alienações e descumprimento, por parte do Poder Público (BONAVIDES, 2001, p. 25).

O “direito de saber” como a estrutura central do “direito à informação”, que é destinado à sociedade, e do “dever de informação”, dirigido ao pesquisador e empresário, deverá ser perspectivado desde o trabalho com a matéria-prima, ou seja, a produção material em estado bruto, onde se terá a exposição direta do trabalhador, além das emissões industriais. Este conjunto já atinge a população humana e o meio ambiente. Os produtos manufaturados vão ao mercado consumidor, onde eles são adquiridos, com a exposição dos consumidores, isto é, toda a sociedade. Por fim, deve-se observar um último momento, aquele em que os produtos são descartados, incluindo as embalagens, que irão aos grandes espaços de depósito do lixo e incineração, onde teremos nova exposição dos trabalhadores e, concomitantemente, a população humana e o meio ambiente. Neste pequeno e singelo exemplo de ciclo de vida de um produto com nanopartícula mostra as diversas formas de exposição, onde se exigirá o conhecimento do que se está manipulando e quais os riscos (ENGELMANN, 2015, p. 359-360) e o exercício do direito à informação pelos seus titulares, provocará a necessária prática do dever de informação. Esse o panorama atual, que é muito preocupante, dada a possibilidade de sua reprodução em relação a eventual e futura regulação dos nano produtos.

5 CONCLUSÃO

A utilização da escala manométrica impacta os processos produtivos não apenas pelo tamanho das partículas utilizadas, mas também por alterar as características físico-químicas. Contudo, são estas mesmas propriedades físico-químicas que acendem um alerta: face às incertezas quanto ao grau de toxicidade, a saúde humana e ambiental pode estar sendo colocada em risco. Assim, as nanotecnologias marcam a Sociedade de Risco, refletindo mudanças nas diversas áreas do conhecimento, como a economia, a política, o Direito, entre outros sistemas.

O desafio das nanotecnologias para o Direito, é como a sociedade poderá desfrutar dos benefícios da produção em nano escala e, simultaneamente não arcar com os danos associados à saúde humana e aos riscos ambientais advindos deste avanço tecnológico. Atualmente, devido às incertezas quanto à toxicidade e carência de conhecimentos que possibilitem definir os possíveis riscos derivados dos nanomateriais, razoável considerar a necessidade de se construir uma gestão de riscos que resultem em tomadas de decisões assertivas no sentido de se obter uma redução significativa dos possíveis riscos. Neste sentido, e considerando-se a ausência de marcos regulatórios específicos às nanotecnologias, o processo de tomada de decisões pode partir, na esfera privada, pela observância de dispositivos legais contidos no arcabouço legal vigente, a saber, a garantia do direito à informação, reconhecida no núcleo duro da Constituição Federal, e ratificado no vigente Código de Defesa do Consumidor, possibilitando o exercício do direito de escolha ao consumidor, entre o consumo ou não, de nanoprodutos. A necessidade de criar formas de operacionalizar a aplicação do Direito diante dos riscos das nanotecnologias, obedecendo sempre ao preceito constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, o diálogo entre as fontes torna-se uma opção

muito palpável. Não afastando a aplicação direta dos dispositivos respectivamente ao direito à informação, reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro como um direito fundamental, de cunho individual e social, inafastável e irrenunciável, visando possibilitar ao consumidor a escolha de consumir ou não nanoproductos bem como possibilita a transferência do conhecimento adquirido do que seja nanoproductos, nanotecnologias e também sobre suas peculiaridades, ainda oculta à grande parcela do mercado consumidor.

Portanto, as discussões sobre as modificações na rotulagem de produtos transgênicos deverão ser acompanhadas com muito cuidado, pois as semelhanças com os produtos desenvolvidos à base da nano escala são muitas. Qual será a justificativa para não se informar o principal ingrediente ou modo de estruturação do produto entregue ao mercado consumidor? As perguntas deverão ser formuladas, mesmo que não se tenham respostas prontas e delineadas, mas deverão ser lançadas. A tomada das decisões sobre as novas tecnologias provocará reflexos na construção do futuro, colocando em risco a continuidade da vida humana sobre a Terra.

NANOTECHNOLOGIES: POSSIBLE RISK OF THEIR USE, THE RIGHT (KEY) TO THE CONSUMER INFORMATION AND THE RELATIONSHIP WITH TRANSGENICS

ABSTRACT

Nanotechnologies represent revolutionary new set of technologies, working at billionth of a meter, developing new products with physical and chemical characteristics unknown, subjecting consumers to still uncertain and incalculable risks. These products are being launched in the market daily and only a small portion of consumers have some kind of information. It is believed that society has a fundamental right to know the composition of the products from the market, and this is a prerequisite for exercising the right to choose what to consume. The share of this right, fundamental character, peculiarly individual and collective nature, and therefore inalienable and unremovable. It will be used the method of phenomenological-hermeneutic approach and procedure as the historical methods and the comparative, as well as bibliographic and legislative research and normative texts of many international organizations. Just as the law does not give more account to produce the necessary responses, urges up, from the legal pluralism, the idea of dialogue between sources of law, approximating the legal responses of other social systems, seeking alternatives to the design of the legal more flexible and adaptable way to reality nanotechnology The analysis of the current legislative and regulatory framework, including the absence of specific regulatory frameworks compared to the fundamental rights already positivized demonstrates that there must be harmony between the juridical and legislative and social reality, only through which it can, responsibly and information, guarantee the consumer a minimum level of knowledge about the products they consume.
Keywords: Nanotechnology. Right to information. Transgenics.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. *Cartilha sobre Nanotecnologia*. Brasília, DF: ABDI, 2011. Disponível em: <<http://www.abdi.com.br/Estudo/Cartilha%20nanotecnologia.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BLASCO, Jordi Maiso. Biologia sintética e a vida à la carte. *Revista IHU*, São Leopoldo, n. 429, p. 15-19. out. 2013. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5211&secao=429>. Acesso em: 25 maio 2015.

- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 4.148/2008*. Altera e acresce dispositivos à Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=412728>>. Acesso em: 25 maio 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DUPAS, Gilberto. Uma Sociedade Pós-Humana? Possibilidades e Riscos da Nanotecnologia. In: NEUTZLING, Inácio; ANDRADE, Paulo Fernando Carneiro de. *Uma sociedade pós-humana possibilidades e limites das nanotecnologias*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- ENGELMANN, Wilson. A origem jusnaturalista dos Direitos Humanos: o horizonte histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, Maringá. *Anais...* Maringá, 2009.
- ENGELMANN, Wilson; CALAZANS, Diego Rodrigues Souto; SILVA, Tania Elias Magno da. Desenvolvimento, modernidade e nanotecnologias: inovações no campo alimentar. In: SILVA, Tania Elias Magno da; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Nanotecnologias Alimentação e Biocombustíveis Um olhar transdisciplinar*. Aracaju: Editora Criação, 2014.
- ENGELMANN, Wilson; CHERUTTI, Guilherme. Da Educação ao Direito à Informação: desafios e possibilidades para estes direitos fundamentais na Era das Nanotecnologias. In: ENGELMANN, Wilson; SCHIOCCHET, Taysa (Coord.). *Sistemas Jurídicos Contemporâneos e Constitucionalização do Direito: releituras do Princípio da Dignidade Humana*. Curitiba: Juruá, 2013.
- ENGELMANN, Wilson. O Direito à Informação como um direito fundamental: os desafios humanos da comercialização de produtos elaborados a partir das nanotecnologias. In: BORTOLANZA, Guilherme; BOFF, Salete Oro. *Direitos Fundamentais e Novas Tecnologias*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- ENGELMANN, Wilson. O “direito de ser informado” sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo) direito/dever fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Org.). *Direito, inovação e Tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ENGELMANN, Wilson. O dialogo entre as fontes do direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; EGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FINNIS, John Mitchell. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.
- FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela. Serán lãs nanotecnologias uma solución a la pobreza del mundo? In: FOLADORI, Guillermo; INVERNIZZI, Noela (Coord.). *Nanotecnologias en la Alimentación y Agricultura*. Montevideo: Universidad de La Republica, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. v. 1.
- GIACOIA JR, Oswaldo. *Heidegger Urgente. Introdução a um novo pensar*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

GUPTA, Nidhi et al. Factors influencing societal response of nanotechnology: an expert stakeholder analysis. *Journal of Nanoparticle Research*, ano 14, n. 857, 2012.

HERNÁNDEZ, Jesús María Casal. Condiciones para a limitación o restricción de Derechos Fundamentales. *Revista de derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, v. 3, p. 107-136, 2002.

HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil: a gestão dos riscos a partir do diálogo entre fontes do direito*. Curitiba: Juruá, 2014.

HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson; SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. *Nanotecnologias e o direito do consumidor: como equacionar os riscos e as informações* [No prelo].

INSTITUTO INOVAÇÃO. *Nanotecnologia*. Knowledge Center, 2005. Disponível em: <<http://inventta.net/wp-content/uploads/2010/07/Nanotecnologia.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2015.

LABORATÓRIO DE QUÍMICA DO ESTADO SÓLIDO. *Nanomateriais: ainda é difícil a avaliação dos eventuais riscos*. Campinas: Unicamp, 2014. Disponível em: <http://www.lqes.iqm.unicamp.br/canal_cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/lqes_news_2014/lqes_news_novidades_1836.html>. Acesso em: 25 maio 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de aarhuns. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 297-328, jan./jun. 2012.

MINAS GERAIS (Estado). Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 586.316*. Brasília, DF, 19 mar. 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em: 25 maio 2015.

PROJECT ON EMERGING NANOTECHNOLOGIES. *Nanotechnology in agriculture and food production: anticipated applications*. Woodrow Wilson International Center for Scholars, Sept. 2006. Disponível em: <http://www.nanotechproject.org/process/assets/files/2706/94_pen4_agfood.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

RATTNER, Henrique. Nanotecnologia - Para pior ou para melhor? *Revista Espaço Acadêmico*, Paraná, ano 4, n. 41, out. 2004. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/041/41rattner.htm>>. Acesso em: 25 maio 2015.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível n. 5002685-22.2010.404.7104*. Porto Alegre, 14 ago. 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 25 maio 2015.

SANTOS JÚNIOR, Jorge Luiz dos. *Ciência do Futuro e futuro da ciência: redes políticas de nanociência e nanotecnologia no Brasil*. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2013.

SENJEN, Rye. *Nano and biocidal silver: extreme germ killer present a growing threat to public health*. Friends of the Earth, June 2009. Disponível em: <http://www.foe.org/system/storage/877/b3/3/636/Nano_and_biocidal_silver.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, João de Fernandes. A liberdade é azul. *Filosofia, ciência e vida*, ano 5, n. 59, p. 15, jul. 2011. Disponível em: <<http://filosofiaecienciaevida.uol.com.br/ESFI/edicoes/59/artigo219072-2.asp>> Acesso em: 10 maio 2015.

TOBEÑAS, Jose Castan. *Los derechos del hombre*. 4. ed. Madrid: Reus, 1992.

O DIREITO À ÁGUA E SUA AFIRMAÇÃO JURISPRUDENCIAL PARTINDO DO SENTIDO DE UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Aline Oliveira Mendes de Medeiros Franceschina*
Vinicius Almada Mozetic**

RESUMO

O artigo em expressão propõe uma análise à água como um direito humano fundamental e por decorrência passível de exigibilidade jurídica. A temática possui como base a dignidade da pessoa humana e a questão do mínimo existencial, efetuando uma análise aos preceitos constitucionais, e ao posicionamento doutrinário acerca do assunto, findando com o parecer magistral, sob a luz de que a essencialidade e o posicionamento constitucional deste bem, coadunado com sua aliança com a dignidade da pessoa humana, produzem ao mesmo, um *status* inegável de direito fundamental, carregando consigo todas as peculiaridades que este *status* lhes detém. O método utilizado é o de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais. A pesquisa é qualitativa.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Meio ambiente. Água como direito fundamental. Teoria do mínimo existencial.

1 INTRODUÇÃO

O respectivo manuscrito retrata o meio ambiente no viés de um direito humano fundamental exigível como cláusula pétrea, por encontrar-se enraizado na dignidade da pessoa humana, de forma indissolúvel, estendendo seus ramos ao Estado Democrático de Direito, de forma a conceder proteção aos indivíduos aconchegados em sua sombra. Neste caminho, inicialmente será abordada acerca da visão que a Constituição Federal de 1988 possui acerca deste bem, extraíndo da mesma seu conceito e abrangência.

Iniciada a discussão sobre o meio ambiente, sob o prisma de um direito fundamental, será abordada a questão da água, neste mesmo enfoque, ou seja, de um bem de direito humano fundamental, que subsiste envolto no manto constitucional, com força vinculante para irradiar-se sobre o Estado Democrático de Direito, moldando o caminho da sociedade na diretriz de sua promoção e proteção, em virtude de sua essencialidade.

Adiante, será reforçado este entendimento através de decisões magistras, onde o meritíssimo fundamentou suas sentenças referentes à água, sob o enfoque de um direito fundamental entrelaçado ao princípio da dignidade da pessoa humana e da teoria do mínimo existencial, em decorrência de que em um Estado Democrático de Direito é preciso mais que a garantia de um mínimo vital aos seus cidadãos, impedindo-os unicamente de sucumbir, esta forma estatal impõe

* Mestranda do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; linny.mendes@hotmail.com

** Mestre em Direito - Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Especialista em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutorando em Direito Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado; Rua Dirceu Giordani, 696, Bairro Jardim Universitário, 89820-000, Xanxerê, Santa Catarina; vinimoze@yahoo.com.br

a garantia de um mínimo existencial, com conteúdo de dignidade e capacidade de projeção social ao indivíduo.

Direito este que somente será efetivado por meio de uma vida digna, com condições de igualdade aos seus semelhantes, posicionando a todos de forma equânime, garantindo aos mesmos, direitos como a saúde, a higiene, e etc., questão esta, que está enlaçada à disposição da água potável, portanto inegável suas características de direito fundamental e, decorrente disso, sua exigibilidade até mesmo jurisprudencial.

2 A DEFINIÇÃO DE MEIO AMBIENTE CONFORME OS PRECEITOS DA CARTA MAIOR DE 1988

A Carta Magna de 88 inovou ao trazer a expressão meio ambiente na letra de sua lei, mencionando-a em diversos artigos de seu Caderno Jurídico, porém, o dispositivo deste Livro de Leis que merece maior enfoque assume a roupagem do artigo 225, o qual traz expresso em seu *caput* que “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”.

Por meio da locução *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*, extrai-se que o direito ali definido é do conjunto humano, indistintamente, sendo designado não apenas às pessoas, mas aos animais, às florestas e demais seres vivos, esta expressão aborda o sentido mais amplo possível, proveniente do fato de que o “[...] pronome indefinido *todos* alarga a abrangência da norma jurídica, pois não particularizando quem tem direito ao meio ambiente, evita que se exclua quem quer que seja”, conforme preceitua Machado (2012, p. 148).

Como resultado disto é que o meio ambiente constitui um direito transindividual, adentrando a categoria de interesse difuso, irradiando a sombra de seus ramos jurídicos para todos os seres, seja natural, artificial ou cultural, compondo um direito subjetivo, disponível *erga omnes*, já que compreende um direito complexo, que precisa ser analisado no seu conjunto, para ser compreendido em todas as suas faces, posto que, com a irradiação dos raios Constitucionais, não é possível pensar em tutela ambiental de forma restritiva.

A “insegurança ecológica” tem se tornado um dos maiores desafios do Estado Constitucional, é por isto que o “Direito Ambiental brasileiro se situa na confluência das decisões políticas que implicam, sobretudo na escolha de valores éticos, jurídicos, culturais, econômicos e sociais novos”, em conformidade com Krell (2013, p. 2078), ademais:

[...] como expressão do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos fundamentais, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado estende e reforça o significado dos direitos à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (arts. 6º e 196 e s.), além da *dignidade* da pessoa humana (art.1, III), para garantir uma vida saudável e digna a ser vivida que propicie o desenvolvimento humano.

O meio ambiente embasa um bem imaterial, que para efetivar-se, depende da ação social e estatal conjunta, em decorrência de sua posição de direito de terceira dimensão, que se agarra ao espírito da fraternidade e da solidariedade, pois “[...] o relacionamento entre o meio ambiente equilibrado e os direitos fundamentais do homem é *recíproco*: aquele é requisito essencial para a eficácia destes, já que o desenvolvimento da vida humana, ocorre ‘ambientalmente’.” (KRELL, 2013, p. 2078).

O seu caráter supraindividual, não invalida seu caráter individual, o que torna importante o tratamento unificado destes dois semblantes, provenientes de uma face compreendida por direitos individuais subjetivos e outra por direitos difusos, com capacidade de irradiar direitos difusos, sociais e individuais. Este também é o posicionamento do STF:

[...] os *direitos de terceira geração*, que generalizam 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*. [...] o direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. (BRASIL, 1995, grifo do autor).

Para Machado (2013, p. 150), o meio ambiente compreende um direito fundamental da pessoa humana, como meio de preservar a vida e a dignidade da pessoa humana, por resultante é que a destruição deste bem reflete diretamente na vida dos seres humanos, influenciando-a de maneira frontal. Salienta-se que este direito é de aplicação imediata (art. 5º, § 1º da CF/88) e o fato de sua hierarquia brotar da letra do Caderno Constitucional lhe dá força vinculante para explanar-se ao restante do ordenamento jurídico, lhe conferindo posição privilegiada, por lhe inserir a possibilidade de anular leis que venham a lhe ferir (KRELL, 2013, p. 2083).

Como a Carta Cidadã possui força vinculante, as diretrizes que se encontram sobre sua proteção possuem capacidade de subordinar, não apenas as leis em sua projeção, mas também as interpretações de seu texto, sujeitando aos legisladores o acato de sua escritura e aos parlamentares o seu respeito no ato de suas regulamentações, sob pena de negação aos preceitos constitucionais e adentrar em inconstitucionalidade.

Fato este que veda o retrocesso ambiental, concedendo-lhes o direito a “um mínimo existencial ecológico que é juridicamente exigível e corresponde à existência de um núcleo essencial do direito fundamental ao ambiente e à qualidade de vida”. Por decorrência, “[...] os limites deste mínimo devem ser definidos em cada caso concreto, mediante o emprego do método de ponderação das posições jurídicas, bens e interesses envolvidos, a partir dos princípios da *integração* e da *máxima efetividade*”, no entender de Krell (2013, p. 2083).

Estes entendimentos são efeitos que a consagração deste bem, ao nível de direito fundamental, determina aos agentes públicos e privados, proibindo-lhes de tratá-lo como bem subsidiário, menor ou acessório. Igualmente, conforme a ideologia da Constituição Ecológica:

[...] as normas da CF sobre proteção ambiental exercem as funções de *limite* e de *impulso* em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, fazendo com que os órgãos estatais concretizadores das políticas públicas não podem agir em contrário destes dispositivos e, ao mesmo tempo, são obrigados a tomar positivamente as medidas administrativas e políticas em conformidade com os enunciados impositivos da Lei Maior sobre o tema. O modelo correspondente do *Estado ecológico* aponta para formas novas de participação política (“democracia sustentada”, “cidadania ambiental”), com o fim de garantir o desenvolvimento econômico que seja ambientalmente justo e duradouro; os atos deste tipo de *Estado ambiental* tendem a privile-

giar os princípios da *cautela*, da *cooperação* e da *ponderação*. Os efeitos concretos destas construções doutrinárias ainda ganharam pouca nitidez, visto que exigem alterações profundas na própria compreensão da formação da ordem jurídica, de suas funções, seus atores e valores e bens protegidos. (KRELL, 2013, p. 2085).

Por decorrência, Machado (2013, p. 151) define o *equilíbrio ecológico* como sendo “[...] o estado de equilíbrio entre os diversos fatores que forma um ecossistema ou *habitat*, suas cadeias tróficas, vegetação, clima, micro-organismo, solo, ar, água, que pode ser desestabilizado pela ação humana”, porém, não significa dizer inalterabilidade dos estados naturais, mas harmonia entre os seres vivos.

Através do termo *bem de uso comum do povo*, subentende-se que seu núcleo ultrapassa o público e o privado, instante em que o poder público passa a agir não como detentor, mas como gestor do meio ambiente, que administra e deve explicações a sociedade sobre sua gestão, materializando os preceitos da Carta Maior (arts. 1º, 170 e 225 da CF).

Da expressão *bem essencial à sadia qualidade de vida*, admite-se que este *status* apenas seja auferido através da disponibilidade de um meio ambiente equilibrado e não poluído. É de conhecimento geral que a tutela jurídica se inicia através da proteção à vida, a partir daí emergindo todos os demais direitos, sendo este bem, tema de todas as Constituições já existentes, no entanto, a Carta Cidadã de 1988 inovou ao trazer em sua substância a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), introduzindo o direito à sadia qualidade de vida em seu rol de garantias. Estes direitos compreendem garantias alicerçadas umas às outras de forma interdependente e harmônicas, contendo em si, a pedra basilar para a construção do Estado Democrático de Direito, conforme os desígnios que a Carta Magna impõe aos seus cidadãos.

O direito à saúde e bem-estar não significa apenas a proteção contra doenças, vai além, pois possui influência direta dos elementos naturais do meio ambiente, portanto, a condição de um depende do estado do outro, o que robusta a necessidade de proteger e restaurar o meio ambiente.

Assevera Mendes (1997, p. 69), quanto ao meio de assegurar a integridade da Constituição, que o constituinte originário incluiu alguns direitos como cláusulas pétreas, impedindo que futuras reformas pudessem ocasionar sua destruição, enfraquecimento ou modificações profundas, desestabilizando a continuidade e firmeza da ordem jurídica fundamental, impedindo que o constituinte derivado pudesse suspender ou suprimir a própria Carta Magna.

A previsão de norma imutável encontra manifestação no art. 60, §4º da CF/88, determinando que “§ 4º - não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”, tornando, os mesmos, núcleo intangível da Norma Maior, conforme enfatiza Moraes (2003, p. 1091). Trata-se de limitação expressa da matéria.

Insta analisar se o meio ambiente compreende ou não uma cláusula pétrea, neste sentido Alexy (1997, p. 74) destaca um diferencial entre norma e texto normativo, aonde esta última vai além de um texto literal, pois é determinada em conjunto com a realidade social, visto que a interpretação da norma, apenas em seu sentido linguístico, constituiria uma mentira vital, de um entendimento somente formal.

Para a extração completa de uma norma há a necessidade de proceder com uma interpretação sistêmica, deste modo, Alonso Júnior (2006, p. 48) pede que se observe desde o preâmbulo da Constituição, até sua última disposição, posto que este Caderno de Leis é composto por um

conjunto, que apenas pode ser completamente entendido, se esta interpretação partir de sua totalidade para sua individualidade, por este caminho salienta o autor:

Negar proteção pétrea ao direito difuso do meio ambiente é afrontar a Lei Maior com negativa de proteção aos demais direitos fundamentais (individuais), porquanto não há como cindir a íntima correlação do direito à vida, à saúde, de desenvolvimento sustentável, dentre outros, com a necessidade de um ambiente sadio. Impossível dissociar. [...] não há como separar a proteção de um direito a um meio ambiente equilibrado dos demais, como também é impraticável ver ao direito social ao trabalho garantido em sua plenitude se as condições de segurança e saúde do trabalhador não são propícias. (ALONSO JÚNIOR, 2006, p. 48).

Ou seja, o direito é interligado e harmônico, e apenas pode ser compreendido se ao ler este Livro Jurídico o leitor possa interpretar até sua última página, ademais no entendimento de Alexy (2009, p. 11) “[...] o direito não é igual às leis escritas”, vai adiante destas. Neste sentido:

Pergunta-se qual conceito de direito é correto ou adequado. Quem pretende responder a essa pergunta deve relacionar três elementos: o da *legalidade* conforme o ordenamento, o da *eficácia* social e o da *correção* material. Conforme os pesos entre esses três elementos é repartido, surgem conceitos de direito completamente diferentes. Quem não atribui importância alguma a legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social e considera exclusivamente a correção material obtém um conceito de direito puramente jusnatural ou jusracional. Quem segrega por completo a correção material, focalizando unicamente a legalidade conforme o ordenamento e/ou a eficácia social chega a um conceito de direito puramente positivista. (ALEXY, 2009, p. 15).

No sentido positivista de uma norma, em seu aspecto externo a mesma produz efeito sempre que seja observada, ou seja, o que não se pratica não é direito, não passa de letra morta, já no aspecto interno a norma baseia-se na motivação, aqui o que importa é o fator psicológico, ou seja, a capacidade que uma norma possui de ser acatada mesmo sem utilizar-se de sua sanção, isto é, a aptidão de transmitir que algo é ilícito.

Disto se verifica um alargamento no rol de direitos fundamentais, em decorrência de que o meio ambiente, como bem nuclear da vida humana, com esferas protetivas transindividuais, possui capacidade de explanar-se para além do homem, protegendo todas as formas de vida, visto que a vida é intrínseca a este bem, fato este arrebatador na sua inclusão como bem fundamental constituinte das cláusulas pétreas.

3 PATRIMÔNIO AMBIENTAL NACIONAL: A ÁGUA

Conforme explana Milaré (2011, p. 261):

A água é outro valiosíssimo recurso diretamente relacionado à vida. Ela participa com elevado potencial na composição dos organismos e dos seres vivos em geral; suas funções biológicas e bioquímicas são essenciais, pelo que se diz simbolicamente que a água é elemento constitutivo da vida. Dentro do ecossistema terrestre, seu papel junto aos biomas é múltiplo, seja como integrante da cadeia alimentar e de processos biológicos, seja como fator condicionante do clima e dos diferentes *habitats*.

Apesar de 3/4 da superfície terrestre ser coberta por água, apenas 2,5% deste total, constitui água doce, a maior parte concentra-se nos oceanos e ainda não há formas científicas e economicamente viáveis para torná-la potável. Agora, considerando o fato de que 80% da água doce encontram-se condicionadas nas geleiras ou na criosfera, é possível concluir que a água não representa um recurso nem abundante, tampouco barato.

Não obstante, 12% da água que pode ser utilizada se localizam no Brasil, porém, encontra-se mal distribuída geograficamente, ademais à poluição neste cenário é assombrosa, posto que 90% dos esgotos domésticos e 70% das descargas industriais são lançadas diretamente na água.

Os brasileiros jogam cerca de 40% de água potável fora, enquanto em outros países este percentual situa-se no plano de 10%, no Nordeste, ponto mais carente do País, o desperdício atinge o índice de 60%, isto é, perdem-se mais nos canos antes de chegarem às residências do que se consome. Dessarte, considerando as limitações do ciclo hidrológico com o aumento da demanda populacional, surge à questão fundamental de como administrar este bem.

Falta consciência ambiental à população. Fato este que poderá ser sanado por meio da educação ambiental, da consciência cívica e de políticas públicas. Salienta-se que a Lei que re-trata os recursos hídricos (Política Nacional de Recursos Hídricos) foi promulgada apenas em 1997 (Lei n. 9.433), instituindo o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, ou seja, a preocupação com a água é recente frente à fundamentalidade deste recurso, produzindo pouca efetividade comparada à necessidade e urgência de medidas neste campo.

No ano de 1934 foi promulgada uma lei disciplinando sobre as águas (Código de Águas/Lei n. 24.643), porém, atualmente encontra-se desatualizada e insuficiente frente aos desperdícios e danos sofridos por este bem. Esta lei trouxe pouca ou nenhuma eficácia jurídica, pois conforme transcrito, com base em Alexy, esta lei não detinha os requisitos internos da norma, compreendendo letra morta do vasto cemitério jurídico brasileiro, não cumprindo com seu objetivo de influenciar psicologicamente a sociedade, sendo decretada sua ineficácia completa, urgindo alterações em sua letra prosseguida por uma descortinação social sobre a importância deste bem.

Ocorre que “o domínio da quantidade submete-se ao da qualidade”, pois conforme o entendimento de Milaré (2012, p. 264), existe água em abundância, porém com qualidade insuficiente para o uso, ademais, o emprego da água deve ser sempre compatível com o nível de preservação desta, requisito este, essencial para a saúde humana e o equilíbrio ambiental, no entanto, a qualidade deste bem se encontra permanentemente ameaçada através da contaminação por micro-organismos patogênicos e por meio da modificação das características químicas e físicas dos corpos das águas.

Ao verificarem-se as diversas categorias de poluição que contaminam as águas, constata-se a necessidade de encontrar sua origem como forma de combatê-la, exercendo vigilância sobre as causas deste mal que podem ser as mais variadas como os esgotos domésticos, os agrotóxicos, as efluentes industriais, os pesticidas, a mineração, os detergentes sintéticos, a poluição térmica, e demais fontes não específicas e dispersas atreladas à pecuária, agricultura, suinocultura e etc. Por decorrência da sensibilidade dos organismos humanos aos efeitos da poluição hídrica a necessidade por qualidade se vê enrobustecida.

Outrossim, cerca de 80% das doenças mundiais provém de patologias ligadas à água (veiculação hídrica), devido ao fato de a mesma servir para procriação de mosquitos e transmissores de epidemias e endemias (ex. dengue). Para alcançar o padrão de qualidade exigido por lei (OMS

- Organização Mundial da Saúde), é imprescindível agir por meio de monitoramento, levantamento e vigilância constante, efetuando um controle na qualidade de água.

Porém, esta incumbência cabe não apenas ao Estado, mas aos entes privados e aos cidadãos também, visto que é este que circula mais próximo e constantemente dos meios hídricos, constatando os problemas e procedendo com denúncias quando necessárias, ou mesmo elaborando programas simples de limpeza, cautelas com águas paradas e etc.

Irrompe que a quantidade de água que é consumida é maior que a limitação que o ciclo hidrológico impõe, posto que grande parcela da água se encontra em estado sólido nas geleiras ou vaporizadas na atmosfera, ademais os lagos e rios, além de possuírem volumes comprometidos, reservam pouco desta parcela, sobrando apenas às águas subterrâneas, ou seja, 0,6% do total da água doce.

Fato este que enseja atenção no que tange a poluição dos aquíferos, e maior efetividade de ação dos órgãos ambientais que atuam de maneira insuficiente, sendo controversos com os preceitos constitucionais, que no art. 20, promulga como propriedade da União, “III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais”; e ainda “V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial”; bem como, na letra do art. 22 expressa-se através do inc. IV a competência privativa da União para legislar sobre este bem.

Ademais, apenas os Municípios não foram contemplados com a competência sobre as águas, verificando no art. 26, inc. I a jurisdição dos Estados no que tange “I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”. No entanto esta aptidão pode ser regulamentada de modo concorrente entre os Estados e Municípios devido sua competência concorrente para legislar sobre o meio ambiente e combater a poluição.

Como lei infraconstitucional, tem-se o já citado Código de Águas (n. 24.643/1934), que não foi totalmente recepcionado pela Lei Maior, o Código Florestal (n. 4.771/1965) que trata de maneira reflexa ou indireta, o Código da Pesca (Dec. Lei n. 221/1967- alterado através da Lei n. 11.959/2009), que aborda acerca da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Agricultura e da Pesca, a Resolução do Conselho Nacional dos Recursos Hídricos - CNRH, 91, de 05.11.2008 publicada na data de 06.02.2009 - que adota procedimentos de ordem geral sobre o enquadramento de corpos de águas subterrâneas e superficiais, baseando-se no CONAMA 357/2005 e 396/2008 definindo as classes de águas.

Conforme notícias recentes o Brasil já tem tomado medidas extras no que tange à escassez de água que abala o País, uma delas constitui o sistema de dessalinização. Tal método é utilizado em nove estados brasileiros e possui o custo cinco vezes mais caro que o tratamento normal de água poluída, o tratamento consiste em extrair através de uma máquina o sal da água do mar. Este processo serve, também, para regiões como do estado do Ceará onde a água do subsolo é salobra, a cada hora o dessalinizador torna potável mil litros de água.

Ademais, o Estado do Rio de Janeiro pretende instalar uma usina de dessalinização na região metropolitana, com capacidade de abastecimento para um milhão de cidadãos, a ideia já esta implantada em vinte e cinco países e vem trazendo bons resultados. No entanto, uma das maiores,

eficazes e econômicas medidas, consistem, ainda, na conscientização acerca da essencialidade e imprescindibilidade deste bem, de forma a descortinar o cidadão sobre um agir sustentável.

4 A ÁGUA NO VIÉS DE UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Um direito humano fundamental compreende aquele que é nato de toda e qualquer pessoa pelo simples fato desta ser um ser humano. Tais direitos, devido a sua supremacia constitucional, possuem aplicação imediata, constituem cláusulas pétreas e dispõem de hierarquia constitucional, detêm como pedra basilar, a dignidade da pessoa humana.

Esta por sua vez, na concepção de Marmelstein (2013, p. 16), “[...] é violada sempre que um indivíduo seja rebaixado a objeto, [...] sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada ou desconstituída de direitos”, ideia esta aberta e insuficiente para acolher todos os âmagos deste princípio. No entendimento de Sarlet (2002, p. 62):

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as constituições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver uma limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade em direitos e dignidade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético, verificável em seu aspecto material, bem como um conteúdo normativo, ou seja, formal. No viés jurídico, esta categoria de importância é seleta, pois apenas se enquadram neste rol os valores que a sociedade, formalmente reconheceu através das normas jurídicas, isto é, sob o ponto de vista jurídico-normativo, somente se considera como um direito fundamental aquele direito que tiver seu valor agregado na Constituição de seu País.

Estas garantias possuem ligação direta com a limitação do poder estatal e à ideia de dignidade humana, positivadas no âmagos da Carta Magna, fundamentando e legitimando todo o ordenamento jurídico, levando consigo um sistema de valores com força coercitiva capaz de afetar todo o restante do ordenamento jurídico.

No entender de Moraes (2013, p. 22) tais direitos possuem como características a imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inalienabilidade, universalidade, inviolabilidade, efetividade, complementaridade e interdependência. Os mesmos guardam “[...] normas constitucionais irrevogáveis e vinculantes, de observância obrigatória, com aplicação direta e eficácia imediata, capazes de se irradiar por todos os ramos do direito”, conforme as palavras de Marmelstein (2013, p. 246), possuem capacidade de efetuar a jurisdição constitucional.¹¹

Ocorre que o estabelecimento de um direito humano fundamental não compreende sua simples positivação no ordenamento jurídico, mas sim “[...] o conjunto de valores éticos, preexistentes, que estão relacionados à dignidade da pessoa humana em suas diversas dimensões”, conforme assegura Baez (2010, p. 17).

¹¹ *Jurisdição constitucional*: forma pela qual um órgão imparcial e independente exerce a função de fiscalizar o cumprimento da Constituição (MARMELSTEIN, 2013, p. 249).

Pois, uma pessoa que interpretasse o contrário, incorreria em erro, visto que os direitos humanos fundamentais, não compreendem somente aqueles expressos, em virtude de que a ação do ordenamento jurídico não é a de criar direitos, mas sim, declará-los e protegê-los, por isso não é possível efetuar uma interpretação restritiva, pois o que fornece vida a estes direitos não são suas expressões, mas sim, “[...] a própria existência humana e sua característica inconfundível de racionalidade e autonomia” (BAEZ, 2010, p. 17), ou seja, se um direito possui núcleo de direito fundamental, mesmo não se encontrando no rol de direitos fundamentais, o mesmo será um direito fundamental devido a sua capacidade de proteção.

Com relação à água constata-se que a conscientização sobre seu valor é recente, assim a clarificação global a respeito de seu inadequado uso e acesso apenas atualmente foi enfocada como um fenômeno crítico e ameaçador. Por consequência, afirma Machado (2013, p. 505) que a humanidade se encaminha para o momento em que será acolhida a teoria de que tudo que possui vida, automaticamente é detentor de dignidade, bastando que o mesmo “[...] necessite dos seres humanos para defenderem seus direitos.”

Neste sentido, a água é vista como um direito humano fundamental por compreender um bem único, em sua concepção, e em satisfazer as necessidades humanas vitais, desta feita o direito a utilização da água para consumo pessoal constitui parte intrínseca à vida, pois sem a disponibilidade deste bem, não há vida. Nesta acepção, a Conferência de Berlim de 2004, traz em seu art. 17 que “[...] cada indivíduo tem o direito de acesso à água, de forma suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e oferecida, para alcançar as necessidades humanas vitais do indivíduo.” Compreendem 03 as necessidades humanas com relação à água, sendo elas, para sanar a sede, para preparar o alimento e para a higiene.

Por esta lógica, Machado (2013, p. 506) afirma que “[...] o ser humano está vinculado à água de forma indissolúvel, pois ele não pode passar mais de quatro dias sem líquido. A água faz parte do direito à vida e, portanto, negar a água a uma pessoa, ou dificultar-lhe o acesso ou não colaborar na sua obtenção é condenar essa pessoa a morte”, assim também é o entendimento implícito²² do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ocorre que o acesso à água não é algo utópico, porém depende de fatores como o número de pessoas e a quantidade de água disponível, desta feita, hidrologia e demografia precisaram estar conectadas.

O acesso individual à água merece ser entendido como um direito humano universal, significando que qualquer pessoa, em qualquer lugar do planeta, pode captar, usar ou apropriar-se da água para o fim específico de sobreviver, isto é, de não morrer pela falta de água, e, ao mesmo tempo, fruir do direito à vida e do equilíbrio ecológico. A noção do direito de acesso à água não requer que nele se insira, necessariamente, a gratuidade ou o pagamento de água consumida. Quem puder pagar a água, por ela pagará; mas a quem não puder pagá-la, não se pode permitir que se lhe negue o acesso para as necessidades vitais, ou seja, o acesso à “água vital”.

É nesta logicidade que se orienta o Protocolo sobre Água e Saúde de Londres/1999, arraigado em seu princípio 5º, inc. 1, que à água potável, por compreender um bem vital, é assegurada a todos, indistintamente. Na mesma direção encaminha-se a Conferência de Berlim de 2004, e

²² ² *Direito implícito*: um direito não escrito, mas que decorre do sistema legal, por força de suas expressões (MARMELSTEIN, 2013, p. 22).

também o entendimento da ONU, expresso por meio da Resolução 64/292, de 28.07.2010, que reconhece a água sob os mesmos aspectos destacados.

Imprescindível se faz que a água seja identificada como um direito humano fundamental que o é, para que então possa ser assegurada sem resistência, e com a devida dimensão que possui, para que não haja margens para dúvidas ou interpretações restritivas acerca de sua fundamentalidade vital ao ser humano.

5 AUTOAFIRMAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA ÁGUA COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

É inegável à água a definição de um direito humano fundamental, conscientes disso é que as decisões magistrais não apenas pronunciam este entendimento como, prolatam que a distribuição deste bem, de forma plena e adequada, compreende um serviço público essencial, posto que, conforme sua característica de bem fundamental, a mesma deve ser prestada de forma digna, suprimindo as necessidades básicas do ser humano, conforme os preceitos que a Carta Magna de 1988 lhes impõe.

Ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. ABASTECIMENTO DE ÁGUA EM ALDEIA INDÍGENA.

1. O direito ao fornecimento de água de forma plena e adequada é serviço público essencial. Isto é, sendo o direito à água direito fundamental de todos os indivíduos, este deve ser prestado de forma digna, contemplando as necessidades básicas do ser humano. Toda a população tem direito ao acesso à água em padrão de qualidade adequado ao uso. Não basta que o fornecimento de água seja feito de forma insuficiente e insustentável como vem sendo realizado em relação à aldeia Vera Tupã'i. (MATO GROSSO DO SUL, 2014).

No mesmo sentido, cita-se outra decisão do Egidio tribunal de Justiça, declarando que “[...] sendo o fornecimento de água direito fundamental de todos os indivíduos, este deve ser prestado de forma digna, contemplando as necessidades básicas do ser humano.” (RIO GRANDE DO SUL, 2008). Ou seja, a água vista por este prisma compreende um dever prestacional do Estado de não apenas disponibilizá-la a todo e qualquer cidadão, mas fazê-lo de forma digna, de maneira a suprir as necessidades básicas, garantindo o direito a um mínimo existencial.

O meio ambiente compreende tanto um direito à prestação (positivo - de intervenção estatal), quanto um direito de defesa (negativo - de não intervenção estatal). Ocorre que todos os direitos sociais são fundamentais, o que indubitavelmente garante ao meio ambiente, e por corolário, a água este *status*, em decorrência de seu aspecto interno (núcleo protetivo) e não por seu posicionamento jurídico.

Hodiernamente muito se discute sobre o tema da dignidade humana ou de vida digna, porém, pouca concordância prática se encontra, sendo então necessário descobrir o que seria um mínimo existencial para se dizer que se vive com dignidade? Desta forma, Sarlet (2007, p. 33) argumenta que viver com dignidade abrange mais que a garantia de simples sobrevivência vital, ou seja, situar-se no limite da pobreza absoluta.

Registra-se, então, que a dignidade humana apenas se efetiva no instante em que seja possível a materialização completa do rol de direitos fundamentais. Neste entendimento, qual seria o conteúdo deste mínimo existencial? E qual a possibilidade de seu alcance?

Em resposta o respectivo autor emprega o termo mínimo fisiológico, que compreende as condições materiais mínimas para a existência de um ser humano, que para além de conferir uma proteção básica, garante o direito de inserção social, estando conectado intimamente ao direito à vida e à dignidade, sendo substanciado através do princípio da igualdade.

Este por sua vez não se confunde com o mínimo vital, cujo qual apenas garante o direito à vida, indo além, pois engloba em seu núcleo a qualidade de vida. Impedir que alguém sucumba de sede, indubitavelmente é o primeiro passo para o encontro de uma vida digna, no entanto, não é suficiente!

Portanto, o direito à vida digna embasa o direito ao mínimo existencial, de tal forma que o Estado não pode se eximir de assegurar aos seus cidadãos uma vida saudável e para isto, a água potável é insubstituível, o que legitima até mesmo o ativismo judicial para prestar água ao cidadão, que caso não possua recursos financeiros, poderá auferi-la gratuitamente, visto que o Estado não possui direito a extrair a vida de uma pessoa, não podendo negar-se a proporcionar água potável ao mesmo.

Por decorrência, reduzir o mínimo existencial, para um mínimo fisiológico, poderia ser perigoso à sociedade, por estar induzindo ao Estado apenas à prestação de condições sociais mínimas, que impeçam o cidadão de desfalecer, servindo então como pretexto para a redução do mínimo existencial ao mero mínimo vital. Importante ponto a ser ressaltado é que a dignidade precisa ser respeitada e promovida através do Estado, razão pela qual, determinadas prestações tornam-se indissociáveis das mãos deste ente público. Importa destacar que a garantia a um mínimo existencial independe de expressão legal, visto que decorre do princípio da dignidade humana.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Via de regra não cabe ao Judiciário interferir nas escolhas relativas a políticas públicas, pois a destinação dos recursos estatais, em face de sua escassez, compete ao Poder Executivo, legitimado democraticamente para tal. Contudo, em situações excepcionais, configurada omissão que atinja direitos fundamentais dos cidadãos, como o de saúde decorrente da higiene, ou existindo grave lesão a bens coletivos de hierarquia constitucional, como a proteção ao meio ambiente, pode e deve o Judiciário intervir quando provocado. Danos ambientais causados à vegetação e ao curso d'água existentes em área de preservação permanente. Despejo de resíduos sólidos e esgoto doméstico sem tratamento em recurso hídrico. Existência de moradias em área de risco de inundação e desabamento. APELO DO AUTOR PROVIDO. APELO DO RÉU DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2013).

Desta apelação civil extraiu-se que o judiciário não pode ficar omissos frente à invasão de direitos fundamentais, podendo atuar ativamente na promoção destes direitos, mesmo sem o respaldo legislativo comumente lhe alicerçado no âmbito de políticas públicas, pois conforme Marmelstein (2013, p. 311) faz:

Se os direitos fundamentais não puderem ser implementados perante os órgãos judiciários, eles correm o risco de serem transformados em mera retórica política; se, por outro lado, esses direitos forem exigíveis na via judicial, surge a ameaça

de deslocamento das decisões políticas do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Assim é que as questões do âmbito jurídico nunca se encerram, porém, sempre alcançam concordância harmônica, pois negar a aplicação e materialização dos preceitos da Carta Cidadã é o mesmo que negar-se ao Estado Democrático de Direito, posto que, é este Caderno de Leis que assegura e resguarda seus cidadãos de toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão de direito.

Tendo por base a premissa de que são as leis que se subordinam à nação e não o povo que se submete às leis, em decorrência de que as leis estão para o povo, de forma a resguardar suas necessidades.

6 CONCLUSÃO

Por meio do presente manuscrito foi desenvolvida uma análise acerca de considerar à água como um direito humano fundamental, discorrendo sobre o que são estes direitos e qual a sua aplicabilidade e eficácia em um Estado Democrático de Direito, levantando discussões e promovendo soluções acerca da temática.

Um dos pontos levantados compreendeu no enfoque de que a água abarca um bem disponível a todo o cidadão, sendo, então, um direito exigível através do Estado, por meio de políticas públicas e em última instância, através do judiciário, cuja prestação obrigatoriamente deve ser efetivada, sendo possível, inclusive, de forma gratuita.

Tal teoria alicerça-se na dignidade da pessoa humana e na questão do mínimo existencial, considerando que em um Estado cuja Constituição carrega 250 artigos, garantir ao homem o direito a uma mera sobrevivência seria negar totalmente a irradiação da Carta Magna ao plano material.

Sendo necessário mais que isso, posicionamento este, que foi reforçado através de decisões magistras, que enfocaram a necessidade de garantir uma vida com dignidade e para isto, mister se fez, que o direito a água potável fosse disponibilizado até mesmo através do judiciário.

Ademais, analisar o texto constitucional para verificar se um direito compreende ou não uma norma fundamental, vai além de avaliar sua redação, pois abrange analisar todo o corpo deste Caderno de Leis, visto que nem sempre um direito fundamental se encontra expresso em lei, mas nem por isso deixa de ser capital.

A premissa que se vale é de que são as leis que são feitas para o homem e não o contrário, por decorrência o direito é mutável tal como as necessidades do ser humano se modificam conforme fatores externos a este como a cultura, a moral, a política e etc.

THE RIGHT TO WATER AND ITS CLAIM JURISPRUDENTIAL LEAVING THE DIRECTION OF A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT

ABSTRACT

The article proposes an expression analysis to water as a fundamental human right and consequently, liable to legal liability. The theme features based on the dignity of the human person and the question of existential minimum, making the analysis of the constitutional provisions, and the doctrinal position on the subject, ending with masterful seem, in the light of the essentiality and the constitutional position of this well, together with its alliance with the dignity of the human person, produce the same, an undeniable status as a fundamental right, carrying with it all the peculiarities that this status holds them. The method used is to bibliographic and jurisprudential research. The research is qualitative.

Keywords: Human dignity. Environment. Water as a fundamental right. Theory of existential minimum.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. In: VALDÉS, Ernesto Garzón et al. (Org.). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. [S.l]: [S.n.], 1997.
- ALONSO JÚNIOR, Hamilton. *Direito Fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do homem, direitos humanos e a morfologia dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Ordes (Coord.). *Dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 22.164-0 SP*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão em 30 out. 1995. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 fev. 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.
- DOLZAN, Marcio; BARSETTI, Sílvio. Rio estuda implantar usina de dessalinização contra crise da água. *Estadão*, 12 fev. 2015. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/blogs/estadao-rio/governo-do-rio-estuda-implantacao-de-usina-de-dessalinizacao/>>. Acesso em: 18 fev. 2015.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MATO GROSSO DO SUL (Estado). Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relatora: Marga Inge Barth Tessler. Decisão em 05 maio 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da Revisão Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 21, out./dez. 1997.
- MORAES, Alexandre de. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- RIO GRANDE DO SUL (Estado). *AC 70053993200*. Segunda Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Heleno Tregnago Saraiva. Julgamento em 23 out. 2013.
- RIO GRANDE DO SUL (Estado). *AG 14410 RS 2008.04.00.014410-0*. Relator: Márcio Antônio Rocha. Julgamento em 27 ago. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SISTEMA de dessalinização de água já é usado em nove estados do Brasil. *G1*, 11 set. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/09/sistema-de-dessalinizacao-da-agua-ja-e-usado-em-nove-estados-no-brasil.html>>. Acesso em: 18 fev. 2015.