

Organizadores:
Janaína Reckziegel
Orides Mezzaroba

DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

— ASPECTOS ATUAIS —



Editora Unoesc

© 2018 Editora Unoesc

Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc

É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da Editora.

Rua Getúlio Vargas, 2125, Bairro Flor da Serra, 89600-000 - Joaçaba - Santa Catarina, Brasil

Fone: (55) (49) 3551-2065 - Fax: (55) (49) 3551-2004 - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini
Capa e diagramação: Saimon Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D599 Direitos humanos fundamentais: aspectos atuais /
organizadores Janaína Reckziegel, Orides Mezzaroba.
- Joaçaba: Editora Unoesc, 2018.
204 p.

ISBN: 978-85-8422-197-4

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. 3.
Princípio da dignidade da pessoa humana. I.
Reckziegel, Janaína, (org.). II. Mezzaroba, Orides.
(org.).

Doris 341.27

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária - Campus Joaçaba

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

Ildo Fabris

Campus de Xanxerê

Genesio Téo

Diretora Executiva da Reitoria

Cleunice Fátima Frozza

Pró-reitora de Graduação

Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Tiago de Matia

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Jovani Antônio Steffani

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazzon

Wilson Antônio Steinmetz

Maria Rita Chaves Nogueira

Marconi Januário

Marcieli Maccari

Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

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

PARTE I DIGNIDADE HUMANA

O ESTADO E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: CORRELAÇÕES A PARTIR DA HISTÓRIA OCIDENTAL MODERNA	9
Maycon Robert Hammes	

TOMADA DE DECISÃO APOIADA OU CURATELA? REFLEXÃO SOBRE A GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA DA PESSOA IDOSA A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	29
Rafaela Pederiva	

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONCEITO DA SOCIEDADE DE RISCO.....	47
Thiago Pires Canal	

PARTE II DIREITO FUNDAMENTAL SUA EFETIVIDADE E AÇÕES AFIRMATIVAS

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	63
Vantoir Alberti	

A MORFOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: LIBERDADE E SEUS LIMITES.....	77
Rosana Walter	

QUAIS SÃO AS DIFERENÇAS ENTRE DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE?	93
Luís Henrique Kohl Camargo	

AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO	107
Milena Veloso de Linhares	

IGUALDADE DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO: ANÁLISE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS ESTABELECIDAS PELO ESTADO BRASILEIRO NO ORÇAMENTO DA UNIÃO, NO PERÍODO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA EFETIVIDADE	121
Diego Ferraz	

PRIMEIROS PASSOS PARA UMA POLÍTICA PÚBLICA DE MORADIA DIGNA E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	135
Dimitri Fernandes	

PARTE III ESTUDO DE CASOS

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM ROBERT ALEXY NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS SOBRE ABORTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	153
Jane Mara da Silva Pilatti	

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO A TRATAMENTO NÃO DISCRIMINATÓRIO: UM ESTUDO DE CASO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	165
Luciano da Silva Basso	

AUTONOMIA DECISÓRIA DO PACIENTE TERMINAL E O CASO DA CHEFE DE UTI DO HOSPITAL EVANGÉLICO DE CURITIBA	179
Gracieli Baumgarten Bauer	

A PUBLICAÇÃO DOS PROVENTOS PERCEBIDOS PELOS SERVIDORES PÚBLICOS EM PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA: ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY	193
Diego Roberto Barbiero	

APRESENTAÇÃO

A obra que temos a honra de apresentar é resultado das pesquisas desenvolvidas pelos mestrandos do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), que aqui publica no primeiro semestre de 2018 estudos que foram o resultado da Disciplina de Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade, sempre levando em consideração a garantia e a efetivação destes direitos.

No decorrer do referido semestre as propostas teóricas foram expostas, analisadas e discutidas. As discussões iniciaram com o estudo da Morfologia dos Direitos Fundamentais, considerando seu conceito, surgimento histórico, elementos formadores e a sua evolução, balizando as condições que um direito deve possuir para ser considerado um direito fundamental. Foram estudados os fatores que levaram a internacionalização dos direitos fundamentais, considerando a forma como esse processo ocorreu em diferentes ambientes culturais e sistemas constitucionais distintos. Também se analisou os mecanismos de proteção dos direitos fundamentais tanto nacional como internacional.

A disciplina Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade discute as principais teorias que fundamentam o direito, evidenciando como estas justificam e embasam os ideais de justiça e dos direitos fundamentais, de modo a buscar uma melhor aceitação e compreensão destes temas.

Os discentes desenvolveram estudos com esta temática, sempre com uma visão prática e crítica sobre o tema. O resultado desse estudo pode ser aferido nos artigos que compõem esse livro, os quais permitem a construção de fundamentos teóricos que ajudarão no seu entendimento mostrando ao leitor o que se tem trabalhado na disciplina componente desta linha de pesquisa de Direitos Fundamentais Civis da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc).

Desta forma a Unoesc vem cumprindo com sua função social de educar e formar cidadãos para atuarem em um mundo complexo e globalizado.

Janaína Reckziegel
Orides Mezzaroba

———— PARTE I ————
DIGNIDADE HUMANA

O ESTADO E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: CORRELAÇÕES A PARTIR DA HISTÓRIA OCIDENTAL MODERNA

Maycon Robert Hammes¹

Diversos são os problemas atuais que afligem a população no mundo ocidental, como má distribuição de renda, violência, degradação ambiental, diminuição ou supressão das liberdades individuais, violação de direitos humanos etc.

O presente estudo foca na origem e nas alterações do conceito e modalidade de Estado ocorridas no ocidente a partir da Idade Média, visando a tentar entender as razões pelas quais a legislação estatal – dadas as suas características de coercibilidade e punibilidade – influi decisivamente sobre a formação da sociedade: os deveres e os direitos dos cidadãos, as punições para os casos de descumprimento, o regime de governo, o grau de liberdade, o grau de justiça social, o respeito ou o desrespeito à proteção dos direitos fundamentais – são temas que frequentemente estão associados à concepção de Estado que um país adota, ao seu regime de governo e à forma como são elaboradas suas as leis.

Para entendermos para “onde estamos indo” (enquanto sociedade), é necessário primeiramente compreendermos “como chegamos até aqui”, ou seja, como surgiram e se desenvolveram as formas públicas e coletivas de gerenciamento social. O estudo da história e da história da filosofia são imprescindíveis para tal desiderato. Como surgiu e evoluiu a concepção de Estado, no mundo ocidental, a partir da Idade Moderna? Quais foram as principais doutrinas filosóficas que influenciaram tal processo? O processo histórico de formação do Estado no mundo ocidental influenciou o teor dos enunciados da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU?

Buscar-se-á respostas a tais perguntas, que nortearão o desenvolvimento do presente estudo.² Iniciar-se-á pela análise histórica do surgimento e desenvolvimento do conceito de Estado – e, por conseguinte, das ordens estatais – no ocidente, a partir da Idade Moderna, com a análise dos principais fundamentos filosóficos que sustentaram tal visão de mundo. Ao final, será feito o cotejo com alguns enunciados da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, a fim de averiguar a existência ou inexistência de correlação entre ambos, ou seja, de influências que o processo

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos; Promotor de Justiça; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhangüera-Uniderp.

² Elaborado como requisito para a disciplina “A Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade” – Professora doutora Janaina Reckziegel. O presente artigo engloba pesquisas que estão sendo desenvolvidas para fins de elaboração de dissertação com o tema “A ausência de pressupostos morais no processo legislativo e suas conseqüências à eficácia do direito fundamental à saúde”. Tratam-se, portanto, de pesquisas ainda fase de desenvolvimento.

histórico de formação do Estado no ocidente gerou sobre a mais importante declaração de direitos humanos dos séculos XX e XXI.

1 O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DO ESTADO E DAS ORDENS ESTATAIS NO OCIDENTE A PARTIR DA IDADE MODERNA

A palavra Estado (*stato*), do latim *status*, possivelmente começou a obter a sua acepção atual a partir da utilização do termo por Nicolau Maquiavel, no século XVI, em *O Príncipe*, espraiando-se gradualmente o uso de tal terminologia na Europa, no mesmo século e nos seguintes (MIRANDA, 2015, p. 19-20).

A origem e evolução do Estado moderno não ocorreram de maneira uniforme nos diversos países, impérios ou nações do mundo ocidental, sendo necessária a utilização, por conseguinte, de algumas divisões ou demarcações temporais para fins meramente didáticos. A utilização de marcos temporais relacionados à história do mundo ocidental, bem como menção aos principais filósofos de cada período, propicia uma melhor compreensão desse tema tão amplo, motivo pelo qual será a forma adotada, sob tópicos.

Igualmente não há como se especificar, em tão exíguo espaço, como ocorreram a origem e evolução do Estado em cada uma das nações do mundo ocidental, porque em momentos e formas totalmente distintas, motivo pelo qual, para fins igualmente didáticos, será analisada a sua ocorrência segundo uma classificação generalizada, nos moldes adotados pela maioria dos estudiosos do assunto.

A elaboração das leis, como a conhecemos atualmente, ou seja, num processo com representação democrática e partição de poderes, tem seu grande estímulo a partir das Revoluções Americana e Francesa. Assim, a fim de possibilitar a análise do tema durante a Idade Moderna – quando a lei representava muitas vezes a simples ordem do soberano – preferiu-se a utilização do termo “ordens estatais” ao invés de “processo legislativo” ou “processo legiferante”. Por estarem umbilicalmente associados, os temas evolução do Estado e das ordens estatais serão analisados conjuntamente nos tópicos seguintes.

1.1 BAIXA IDADE MÉDIA

Não há como compreender adequadamente o surgimento do Estado na Idade Moderna, sem entender o contexto existente no período imediatamente anterior, ou seja, no final da Idade Média.

Eram características da Baixa Idade Média: coexistência e divisão do poder entre a autoridade da Igreja e o poder secular dos barões, senhorios corporativos etc;

inexistência de Estado³; predominância do Cristianismo e da Escolástica;⁴ influência da cultura germânica que justificaria o dualismo rei/povo na época; sociedade rigidamente estratificada, com direitos e deveres variando de acordo com o segmento social ocupado pela pessoa (ex.: vassalo, senhorio, membro da nobreza ou do clero etc.) (DALLARI, 2011; MIRANDA, 2015; MASCARO, 2016).

Segundo Leal (2001, p. 45-47), a partir dos séculos XI e XII houve um incremento de produtividade nos feudos, com expansão das vilas e crescimento do comércio e organização dos ofícios em Corporações. Surge então uma nova categoria social: a burguesia. No referido período, são eventos que também merecem ser destacados: o intercâmbio com o oriente por meio das cruzadas; o firmamento do clero como uma hegemonia política; as universidades que se tornam os centros de produção do conhecimento (Oxford, Cambridge, Coimbra, etc.); as lutas pela expulsão dos mouros na Espanha; a fragmentação do Sacro Império Romano-Germânico etc.

Enquanto não se instaura o poder político da burguesia ascendente, vige na Europa o direito canônico, tendo a Igreja a supremacia da autoridade espiritual e os reis o poder administrativo e jurídico.

Na Inglaterra surge o Parlamento, como instrumento de limitação ao poder absoluto monárquico e da Igreja.

O grande Cisma, de 1378 a 1417 – existência e disputa de um papado em Roma e outro em Avignon –, gerou o enfraquecimento da Igreja e o reconhecimento, por esta, do poder soberano dos Estados Nacionais. É o início do poder secular/dos homens e o declínio da administração pelo “poder divino”.⁵

Essa prevalência do poder secular sobre o espiritual, bem como devido à posterior existência de inúmeras guerras locais e regionais em disputas pelo poder, irão influir decisivamente para o surgimento das monarquias absolutistas.

1.2 NICOLAU MAQUIAVEL

Merece destaque, neste ponto, os contínuos conflitos e invasões a que eram submetidas as cidades-Estado que formavam a Itália no séc. XVI. As guerras e lutas

³ Com as características do Estado moderno como o conhecemos. Podem, no entanto, ser elencados exemplos locais embrionários de uma organização estatal, como o Império Romano do Oriente, o Império Carolíngio etc. (MIRANDA, 2015, p. 15).

⁴ O Cristianismo domina a vida medieval no feudo, transpondo-se ao poder político, o que gera consequências em todas as áreas, até mesmo sobre a filosofia e o direito, como se pode observar nos seguintes exemplos: a) ideia prevalecente que todo poder advém de Deus; b) a distinção entre lei divina e lei humana ou, mais especificadamente, entre lei eterna, lei divina, lei natural e lei positiva/humana, como anunciado por São Tomaz de Aquino (MASCARO, 2016, p. 112-116).

⁵ Um litígio que ressalta esse período de transição (que gerará a prevalência do poder dos reis sobre o da Igreja) ocorre no séc. XIV, quando o rei da França, Filipe, o Belo, acusado pelo Papa Bonifácio VIII de cobrar excessivos impostos sobre os bens da Igreja, proibiu que este retirasse qualquer dinheiro da França, bem como manda prender um bispo acusado de conspiração. O Papa, em contrapartida, ameaça Felipe de excomunhão e faz uma condenação pública do rei. Felipe então manda prender o Papa e distribui seus bens à população, sob a alegação de que embora se submetesse à autoridade espiritual do Papa, não aceitaria sua intervenção em assuntos de matéria temporal (DALLARI, 2011, p. 75).

eram tão frequentes que colocavam sob risco a estabilidade dos governos e a liberdade das pessoas. Sob esse quadro de instabilidade, Nicolau Maquiavel irá escrever seu famoso livro *O Príncipe*, no qual apresenta métodos para que o poder possa ser exercido sob “mãos firmes”, visando a um poder centralizado, forte e estável, que colocasse fim ao quadro de insegurança vivenciado por todos na época.

A maior contribuição de Maquiavel foi romper a ligação então existente - durante praticamente toda a Idade Média - entre o exercício do governo e as pautas morais de comportamento e condutas preconizadas pela Igreja, ou seja, forneceu ele fundamentação teórica inicial às discussões que geraram a separação moderna entre a política e os preceitos religiosos. Para Maquiavel, a política era prioritária sobre a moral, sendo que toda conduta deveria ser voltada tendo por finalidade um governo estável, mesmo que este fosse amoral. Dever-se-ia adotar um comportamento real e efetivo dos seres humanos, e não de idealismos/moralismos. Um Príncipe deveria ter boas leis e boas armas, utilizando de qualquer meio (de forma direta ou velada) para manter o seu poder. Maquiavel, assim, inaugura o chamado Estado laico (LEAL, 2001, p. 56-63).

Uma preocupação inarredável de Maquiavel era falar sobre o Estado. Não sobre a forma imaginativa de qual seria um melhor Estado ideal, mas sim daquele real/concreto, capaz de impor a ordem ao caos então dominante. Para o referido filósofo, o poder político é de origem humana (e não divina) e sua administração é intrínseca à natureza falha e maligna do ser humano, dotado de inúmeras características naturalmente ruins. Assim, o poder aparece como a única possibilidade de enfrentar o conflito e pacificar a belicosa natureza humana. Após anunciar tal contexto, Maquiavel passa a dar dicas de como conquistar e se manter no poder, sugerindo que o governante deva usar todos os fins necessários, mesmo que amorais ou imorais, para se manter no cargo - sempre com a finalidade de gerar maior estabilidade aos governos (SADEK, 2006, p. 17-24).

Em outras palavras, o Príncipe utiliza racionalmente a violência e o temor dela para articular seu projeto de poder, intimidando ora de forma direta ora de forma velada qualquer tipo de reação ou contrariedade ao governo; sua tarefa é manter a qualquer preço ou meio a hegemonia do instituído. O instrumento mais adequado para legitimar o poder antes natural do Príncipe agora é a lei e, na república, essa instituição produz dois efeitos úteis: os cidadãos, por medo de serem acusados, nada tentam contra o Estado, e, se o fazem, são rapidamente punidos; criam-se canais para a mediação dos conflitos que surgem na cidade. (LEAL, 2001, p. 62).

No capítulo quinto dos *Discursos da Primeira Década de Tito Lívio*, Nicolau Maquiavel aponta a Constituição como a melhor forma de organização de uma república, a ser elaborada por legisladores. Defende, contudo, um modelo misto de governo, que embora contenha elementos democráticos, a nobreza é quem predominantemente governaria (LEAL, 2001, p. 62-63).

A doutrina de Maquiavel fornece uma decisiva contribuição para o início da transição, no mundo ocidental, da forma de governar: de poderes descentralizados, essencialmente justificados no poder divino e muitas vezes associados à moral cristã,

típicos da Idade Média, para um poder forte, centralizado, secular, amoral e concentrado nas mãos dos reis, que predominará durante a Idade Moderna. Thomas Hobbes será o filósofo que, por meio de novas ideias, irá consolidar tal mudança de paradigmas.

1.3 THOMAZ HOBBS

Hobbes é considerado o primeiro filósofo contratualista.⁶ Sua teoria, embora tenha legitimado a atuação das monarquias absolutistas e até mesmo de governos despóticos contemporâneos, foi revolucionária e benéfica para o desenvolvimento da visão de mundo, de governo e das leis no ocidente.

Isso porque quando escreveu *Leviatã*, a sua principal obra, em 1651, a Europa estava essencialmente fragilizada ante guerras frequentes, lutas intermináveis pelo poder (entre os reis e o parlamento, como no caso da Inglaterra, entre reinos diversos, entre a aristocracia, os reis e a Igreja etc.). A situação, dessa forma, era de instabilidade e insegurança para todas as pessoas.

Hobbes, naquele momento caótico, irá dizer que o ser humano não é naturalmente sociável (ou um “animal social”, como asseverava Aristóteles), ideia que norteava a sociedade ocidental desde os gregos antigos. Isso porque, para ele, os seres humanos são naturalmente egoístas, orgulhosos, invejosos, dissimulados etc., o que faz como que haja uma frequente competição entre as pessoas, desconfianças mútuas e busca da conquista do poder por ambição, segurança e glória. O resultado é uma guerra de cada um contra cada um, de todos contra todos (HOBBS, cap. XIII e XVII).

No estado de natureza, a espoliação e a enganação de uns contra os outros são a regra. Os pactos não são cumpridos sem a espada e as leis da natureza nem sempre são observadas voluntariamente. Para a defesa externa os homens se reuniram em grupos. Quanto maior o grupo, maiores as chances de vitória numa guerra. Contudo, sem que haja uma liderança, tais forças perecem à medida que perdem o foco, sendo comum até mesmo uns se voltarem contra os outros em conflitos internos (HOBBS, cap. XVII).

Para o mencionado filósofo, visando a garantir a segurança em meio ao caos vivido no estado de natureza, devem todos renunciar a parte dos direitos que detêm naquele estado (especialmente a liberdade irrestrita), delegando a sua vontade e poder

⁶ Assim podem ser classificados os filósofos que fundamentam a origem da sociedade e do Estado a partir do *Contrato Social*. Embora cada filósofo adote uma definição diversa para explicar o instituto e suas consequências, a fim de, com isso, melhor justificar racionalmente a sua própria teoria, o Contrato Social possui um núcleo comum: a explicação de que os seres humanos viviam previamente num estado de natureza, ou seja, num mundo sem regras e instituições, vivendo como os selvagens da pré-história, e aceitaram conceber a convivência mútua em sociedade – com regras e instituições – para fins de obterem benefícios mútuos. Assim, um contrato, pelo qual renunciam a certos direitos naturais (ex.: liberdade plena), em troca da obtenção de benefícios comuns a todos (ex.: segurança, estabilidade). Tal formulação, como expõem muitos filósofos iluministas, é apenas hipotética/racional, sem comprovação histórica ou empírica, servindo para explicar o surgimento da sociedade civil e do governo.

de decisão a um soberano ou a uma assembleia de representantes, que exercerá(ão) o poder em nome de todos, formando o Estado.

Tal tese deu fundamento teórico às monarquias absolutistas que perduraram na Europa principalmente nos séculos XVII e XVIII, bem como inspirou Carl Schmidt (2009), filósofo contemporâneo que teve suas ideias captadas pelos nazistas, a empregar uma justificação ao totalitarismo. Esses processos ocorrerem porque Hobbes apregoava que o soberano deveria ter um poder absoluto (concentração de todos os poderes possíveis), irrevogável, ilimitado e sem responsabilização pessoal (HOBBS, cap. XVIII) – tudo com a finalidade de conseguir governar com maior estabilidade, para garantir a paz e a segurança dos súditos, em nome dos quais agia, justificando assim a sua legitimidade para a emanação dos atos estatais.

Nesse período, portanto, a lei é aquela advinda do soberano, que a cria, a revoga e a aplica conforme a sua própria vontade.

Leal (2001, p. 75-79) explica bem como ocorria o processo de elaboração das leis nesse período: o Estado é criado a partir do pacto social e, pela delegação de poderes dos indivíduos, detém o monopólio do aparato legal, do qual pode usar a força/coerção para fazer valer a legislação. O processo legislativo, assim, é derivado unicamente da vontade do soberano. Não existe outra fonte de regulação e ordenação social que não as leis civis, as quais, de forma inarredável, servem de critério ao justo e ao injusto para os súditos. As leis – feitas por um soberano ou por um conselho – não podem ser questionadas, pois: i) são os atos de cada indivíduo isoladamente, nos termos do pacto social – logo, não pode o cidadão atentar contra um ato seu; ii) o soberano não pactuou no contrato social, logo, não é obrigado a prestar contas de seus atos, agindo sempre por delegação e no interesse de todos.

Embora anunciando que a finalidade do Estado seria dar a paz e o bem-estar aos súditos, Hobbes apenas expôs que se o governante não cumprisse tal desiderato, estaria pecando contra a lei natural, sem prescrever qualquer sanção efetiva ao soberano. Não havia nenhuma fórmula de contestação ou solução aos desvios do poder perpétuo e absoluto do rei. Para piorar, o governante não estava sujeito às leis civis que editava, posto que tinha o poder absoluto de criá-las e revogá-las (LEAL, 2001, p. 75-79).

Nesse período, portanto, a lei, com fulcro nas teorias de Maquiavel e Hobbes, refletia essencialmente a vontade individual do soberano.

1.4 JOHN LOCKE

O excesso de concentração de poderes em uma só pessoa – o soberano –, irá gerar acaloradas reações dos filósofos que apregoavam que a razão – ela, e somente ela – deveria nortear a vida em sociedade: foi o profícuo período do iluminismo.

Depois de Thomas Hobbes, foi a vez de John Locke contribuir para o desenvolvimento da sociedade ocidental. Locke foi um contratualista, assim como os principais iluministas, que formulou uma explicação diversa para a origem e a motivação do contrato social: para ele, os seres humanos viviam na mais perfeita liberdade e igualdade no estado de natureza, bem como em relativo estado de paz, concórdia e harmonia, onde tinham o direito (natural) à vida, à liberdade e à propriedade (MELLO, 2006, p. 81-85).

Essa relativa paz no estado de natureza não isentava as pessoas de sofrerem eventuais violações no seu direito à vida, à liberdade e à propriedade, sendo essa a motivação para a celebração do contrato social, que marcou o surgimento da sociedade civil ou política.

Assim, ao contrário de Hobbes, que previa um pacto irrevogável de submissão dos súditos ao soberano (fundamentando o poder absoluto deste), Locke propôs que o contrato social poderia ser rompido em determinadas hipóteses. Justificava que por ser o instrumento oriundo de um livre consentimento, ou seja, devido aos homens livremente concordarem em formar a sociedade civil ou política com a finalidade de melhor preservarem o seu direito à vida, à liberdade e à propriedade, caso houvesse violação desses direitos naturais pelo delegatário, o contrato estaria rompido e os cidadãos teriam o direito de oferecer resistência às ordens estatais (MELLO, 2006, p. 86-88).

Era bem fundamentada a crítica de Locke à teoria hobbesiana:

13. A esta estranha doutrina, ou seja, que no estado de natureza cada um tem o poder executivo da lei da natureza, espero que seja objetado o fato de que não é razoável que os homens sejam juízes em causa própria, pois a auto-estima os tornará parciais em relação a si e a seus amigos: e por outro lado, que a sua má natureza, a paixão e a vingança os levem longe demais ao punir os outros; e nesse caso só advirá a confusão e a desordem; e certamente foi por isso que Deus instituiu o governo para conter a parcialidade e a violência dos homens. Eu asseguro tranquilamente que o governo civil é a solução adequada para as inconveniências do estado de natureza, que devem certamente ser grandes quando os homens podem ser juízes em causa própria, pois é fácil imaginar que um homem tão injusto a ponto de lesar o irmão dificilmente será justo para condenar a si mesmo pela mesma ofensa. Mas eu gostaria que aqueles que fizeram esta objeção lembrem-se de que os monarcas absolutos são apenas homens, e, admitindo-se que o governo é a única solução para estes males que necessariamente advêm dos homens julgarem em causa própria, e por isso o estado de natureza não deve ser tolerado, eu gostaria de saber que tipo de governo será esse, e quanto melhor ele é que o estado de natureza, onde um homem que comanda uma multidão tem a liberdade de julgar em causa própria e pode fazer com todos os seus súditos o que lhe aprouver, sem o menor questionamento ou controle daqueles que executam a sua vontade; e o que quer que ele faça, quer seja levado pela razão, quer pelo erro ou pela paixão, deve-se obedecê-lo? É muito melhor o estado de natureza, onde os homens não são obrigados a se submeter à vontade injusta de outro homem: e, onde aquele que julga, se julga mal em causa própria ou em qualquer outro caso, tem de responder por isso diante do resto da humanidade. (LOCKE, 2018, p. 38).

John Locke, assim, passou a defender a existência de limites à atuação estatal, apregoando a distinção de poderes e a prevalência do poder legislativo sobre o poder executivo. Isso ocorreu principalmente porque Locke vivia na Inglaterra no século XVII, período e local marcados pelos constantes conflitos entre o rei e o parlamento (apoiado pela burguesia ascendente), no qual, ao fim da Revolução Gloriosa, este saiu vitorioso sobre aquele, ensejando uma monarquia com poderes limitados à atuação parlamentar.

De forma resumida, ao contrário de Hobbes – que anunciava um poder absoluto, ilimitado, irrevogável e insubstituível do rei/soberano –, Locke defendia claros limites à atuação do poder estatal, com uma embrionária divisão de poderes (entre o rei e o parlamento), o direito de resistência (quando desobedecido os direitos naturais/individuais à vida, à liberdade e à propriedade), a existência de mandatos por eleição para escolha dos membros do poder legislativo etc.

A legislação na Inglaterra pós-Revolução Gloriosa, sob a inspiração das ideias do filósofo, passaria a ser feita pelo soberano mas com a chancela do parlamento, bem como deveria respeitar os direitos naturais (à vida, à liberdade e à propriedade) dos cidadãos.

Locke, com suas teses, exerceu importante contribuição para mudanças que ocorreriam na forma de governar (e, por conseguinte, de editar as leis) no ocidente, gerando influências, segundo Mello (2006, p. 88-89), na Revolução norte-americana, noutros filósofos iluministas (como Voltaire e Montesquieu), na Grande Revolução de 1789 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

1.5 MONTESQUIEU

Embora existindo variações na forma de governar em cada nação, o século XVII é normalmente considerado por historiadores como sendo o ápice do Estado absolutista, caracterizado principalmente pela concentração dos poderes nas mãos do soberano (nos moldes apregoados por Hobbes) aliado à tese do direito divino dos reis, ambos a justificar a então legitimidade dos governantes para a edição dos atos estatais.

Nesse contexto histórico – com as suas devidas exceções, como na Inglaterra, que já possuía o Parlamento desde a Idade Média –, o rei ditava a lei, governava, administrava e exercia a Justiça. O maior exemplo de monarquia absoluta é a do rei Luis XIV, que reinou de 1661 a 1715 na França. Sua famosa frase “O Estado sou eu”, resume bem a concentração de poderes estatais existente à época, tanto na elaboração das leis, na administração do reino e nos julgamentos dos conflitos (ARRUDA, 2005, p. 81-92).

Corroborando a tese maquiavélica de que a lei deve ser dissociada da religião, Montesquieu escreve *O Espírito das Leis*, livro em que, segundo Albuquerque (2006, p. 115-116), irá tratar das relações entre as leis (positivas) e os mais diversos assuntos, como as dimensões do Estado, a organização do comércio, as relações entre classes etc, tentando explicar a correlação existente entre a lei e as instituições humanas, sua permanência e modificações, tudo a partir da ciência política.

Montesquieu era um nobre que estava preocupado com a liberdade política, e aduzia que qualquer pessoa que detenha o poder tende a abusar do mesmo. Por conseguinte, a concentração de poderes tende a gerar abusos e excessos, governos despóticos e leis tirânicas. Assim, tudo estaria perdido se o poder legislativo (de fazer as leis), executivo (de executar as resoluções públicas) e o judiciário (de punir pelos crimes e solucionar as pendências entre os particulares) se reunissem num só homem ou associação de homens (BONAVIDES, 2016, p. 144-151).

Para o filósofo, haveria três formas de governar: a monarquia, a república e o despotismo. Embora defensor da monarquia, Montesquieu dizia que deveria haver uma forma de moderação aos governos monárquicos, a fim de evitar abusos, limitar o poder do rei e gerar maior estabilidade governamental (ALBUQUERQUE, 2006, p. 114-118). Seu maior legado, portanto, foi a compilação da incipiente teoria do sistema de freios e contrapesos, ou a teoria da repartição dos poderes,⁷ que irá nortear o processo político democrático ocidental a partir do século XIX, tanto na formação e administração dos governos, bem como no processo de elaboração das leis.

Segundo Albuquerque (2006, p. 119-120), a teoria da separação dos poderes foi sistematizada por Montesquieu na tentativa de substituir o antigo efeito moderador que a nobreza produzia na monarquia. Ela não implicaria, contudo, numa separação integral entre executivo, legislativo e judiciário, já que haveria uma certa interdependência entre eles com imbricação de funções. O objetivo seria não de resolver um problema jurídico-administrativo (de organização de funções), mas sim um problema político (de correlação de forças). O importante, dentro desse apregoado, era assegurar que a existência de um poder fosse capaz de contrariar o outro, gerando, assim, instâncias independentes aptas a moderar o então poder ilimitado do rei.

Tal modelo, com o devido aprimoramento advindo com o decorrer do tempo, do emprego da experiência e das críticas, redundou no atual sistema de freios e contrapesos adotado na maioria dos países democráticos ocidentais.

1.6 ROUSSEAU

Jean-Jacques Rousseau é um filósofo iluminista que trouxe contribuições importantes em diversas áreas, como filosofia, educação e ciência política, sendo

⁷ Paulo Bonavides explica que Montesquieu não foi o primeiro a propor a separação dos poderes, mas sim o filósofo que melhor sistematizou o tema na Idade Moderna. Antes dele, Aristóteles, Marsílio de Pádua, Grotius, Wolf, Puffendorf, Bodin, Locke, dentre outros, já haviam proposto divisões ao poder estatal, sem, contudo, gerar tamanha transformação como a advinda com a publicação de Montesquieu. O modelo de governo adotado na Inglaterra serviu de inspiração a Montesquieu, embora diverso da teoria por ele proposta, pois não havia uma clara distinção entre os poderes naquela Ilha (BONAVIDES, 2016, p. 144-151). A grande influência que Montesquieu gerou no mundo ocidental ocorreu porque, além da excepcional qualidade da obra *O Espírito das Leis* – que abordou em minúcias o tema das leis e sua correlação com os mais diversos assuntos de interesse da sociedade –, deve-se considerar o contexto social ao tempo em que foi escrita, ou seja, numa época pré-revolucionária, de divulgação das ideais iluministas e de um esgotamento do modelo absolutista de governar.

considerado, pelos revolucionários da Revolução Francesa, como o patrono intelectual desta Insurreição.

Para o contexto histórico ora analisado - de formação do Estado e do processo legislativo -, a sua contribuição é imprescindível, pois forneceu as bases teóricas para a construção do atual modelo de democracia adotado no mundo ocidental.

Na obra *Discurso sobre a origem da desigualdade*, utilizando-se igualmente da figura do contrato social, Rousseau aponta que os seres humanos eram livres, viviam sozinhos ou em pequenos grupos, sob condições igualitárias e relativa paz, sendo felizes no estado de natureza, e que os grilhões, a ganância, a inveja, a infelicidade e a desigualdade social acentuada surgiram a partir do momento em que se reuniram para viver em sociedade, onde passou a haver a exploração dos mais ricos, poderosos e/ou astutos sobre os mais pobres, oprimidos e ignorantes. Assim, a guerra de todos contra todos, segundo Rousseau, passou a existir somente após a formação da sociedade civil (ROUSSEAU, 2001).

Posteriormente, em *Do contrato social*, Rousseau irá dizer que embora os seres humanos já não possam mais viver como nômades em meio a natureza, a convivência atual na sociedade civil exige que certos direitos natos dos seres humanos - principalmente a liberdade e a igualdade - sejam preservados, disso resultando a importância em se definir os termos do contrato social (ROUSSEAU, 2014).

O contrato aparece como forma de proteção e garantia da liberdade, e não o contrário. A união de forças destina-se à realização de uma utilidade geral, que não se confunde com a utilidade deste ou daquele membro. O que se busca é a concretização do que não seria possível ou acessível ao homem em seu estado de natureza, quando as forças particulares agiam desagregadamente. E isso se a vontade particular se destina naturalmente à realização de preferências, a *vontade geral* que funda o pacto se destina à realização da igualdade. É essa igualdade que deverá governar o pensamento comum dos pactuantes, pois é ela que garante a realização do interesse comum dos membros. A noção de contrato social está governada pela ideia de bem comum; é essa sua teleologia. (BITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 297, grifo nosso).

A noção de que o contrato social está respaldado e deve se basear na *vontade geral* é a tese que irá aprimorar o conceito moderno de democracia. Segundo Bittar e Almeida (2012, p. 294-310), para Rousseau: i) a delegação de poderes dos particulares ocorre, no contrato social, em prol de um corpo único coletivo, total, dotado de força própria, que não se confunde com os interesses individuais dos delegantes ou dos delegatários; ii) a vontade geral não se constitui na somatória das vontades particulares, mas sim naquela voltada para a realização do interesse comum e público; iii) a vontade geral não exige unanimidade, mas um consenso da maioria, com a possibilidade de participação de todos; e, iv) é no povo que reside a soberania; se o poder é exercido por uma ou mais pessoas, esta(s) é(são) mero representante da vontade geral.

Rousseau resgata, para os tempos modernos, a noção de que o interesse coletivo deve prevalecer sobre o individual – ideologia anteriormente adotada no período de ouro da filosofia grega clássica, embora sob justificação e com finalidade diversa.⁸

Não só a noção de coletividade é trazida por Rousseau aos tempos modernos, mas o seu legado inclui, também, a introdução de definições que irão fundamentar o conceito de *soberania popular*. Para o filósofo, o povo (e não os reis, os nobres, o clero ou qualquer representante de Deus na Terra) deveria ser o único e legítimo titular do poder na sociedade civil.

São teses apreoadas por Rousseau, segundo Leal (2001, p. 85-111): i) a lei, como objetivação da vontade geral, surge na vida política para assegurar as liberdades públicas e a autoridade do governo. Ela se destina à proteção dos membros da comunidade, na medida em que o povo, por meio do contrato social, se dá as leis, para não mais se submeter a discricionariedade de um amo/soberano (como ocorria anteriormente); ii) ao governo compreende a potência/força executiva; aos legisladores, representantes da vontade geral (soberania), cabe determinar o que executar. Se o governo executa em dissonância aos legisladores, o faz arbitrariamente, desrespeitando a vontade geral, de forma que não há o reinado da lei, mas sim despotismo, motivo pelo qual o Estado tende a se dissolver (perder a sua legitimidade); iii) a concretização da legitimidade transmuda de uma simples detenção de poder (Hobbes) para uma conformidade às acepções do justo advindas da coletividade/vontade geral;⁹ iv) Se o governo não representar a vontade geral, dá-se o rompimento do contrato social e os cidadãos voltam a deter a disponibilidade de suas liberdades. Embora exista a lei como norma cogente, ocorrendo isso, os súditos não estarão obrigados a obedecer ao Príncipe. Trata-se de uma forma de desobediência civil.¹⁰

Para a análise da forma como são criadas e aplicadas as leis, são muito importantes as contribuições de Rousseau, a exemplo: i) *impressoalidade, generalidade e universalidade*: a lei deve ser geral na aplicação e universal em sua finalidade. As ordens legais não podem ser destinadas a indivíduos específicos e devem ser aplicadas a todos indistintamente. Assim, acreditava que essa condição levaria os cidadãos, embora podendo ser influenciados por seu interesse privado, a seguirem as leis que visassem ao bem comum. Para que seja eficaz a legislação, no entanto, seria necessário que os cidadãos desfrutassem de situações semelhantes (ex. análogas condições sociais) entre si. (<https://plato.stanford.edu/entries/rousseau/#IdeaGeneWill>, extraído em 09/07/2018); ii) obediência à *vontade geral*: para que sejam legítimas, as

⁸ Uma vez que na Grécia antiga a noção de coletividade era baseada numa visão teleológica cósmica, enquanto na era moderna o fundamento será o contrato social e a sua explicação racional.

⁹ O grande questionamento que perdura, porém, é como conhecer a vontade geral. A resposta de Rousseau não convence: orientar as vontades particulares à vontade geral, que estará a favor do partido que mais defender o interesse público (LEAL, 2001, p. 102-103).

¹⁰ Rousseau não especifica, no entanto, de que forma haveria o rompimento do contrato social, se pela negociação política ou pelo uso da força (LEAL, 2001, p. 110).

leis devem ser baseadas na vontade geral (MASCARO, 2016, p. 195-202), sob pena de estar justificado o uso do direito de resistência pelo povo (LEAL, 2001, p. 109-110); iii) incipiente *estado de direito*: advindas do corpo coletivo e criadas para atender ao interesse comum, devem as leis serem seguidas por todos, sejam delegantes (governados) ou delegatários (governantes) do contrato social; e iv) possibilidade de *sanção estatal*: como a delegação dos indivíduos, no contrato social, ocorre em prol de um corpo único coletivo, qualquer transgressão às leis legítimas (que atendam à vontade geral) emanadas desse corpo, significaria um atentado contra todos, ficando então justificada uma punição aos violadores (BITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 298-299), mediante o estabelecimento de leis criminais (ROUSSEAU, 2014, p. 70).

1.7 REVOLUÇÃO AMERICANA E REVOLUÇÃO FRANCESA

Ante a efervescência dos ideais iluministas e com seus líderes inspirados em filósofos como Montesquieu e Rousseau, eclode no século XVIII a revolução que simbolizou a principal mudança nas estruturas de poder no mundo ocidental moderno: trata-se da Revolução Francesa, ocorrida no ano de 1789.

Segundo Bobbio (2004, p. 103-119), a queda do Antigo Regime na França gera duas grandes consequências: a renúncia aos privilégios dos nobres (4/8/1789) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26/8/1789). Embora sob motivações diversas, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão possui evidente inspiração nos *Bill of Rights* americano.^{11,12} Ambos documentos se baseiam no direito natural do contratualismo iluminista, ou seja, no fundamento hipotético-racional de que os homens possuem direitos naturais anteriores à formação da sociedade civil, os quais devem ser respeitados pelo Estado.

A partir da leitura da Constituição Americana de 1787, dos textos de *O Federalista*¹³ e dos respectivos comentários realizados por Limongi (2006, p. 245-255), é possível concluir que o *Bill of Rights* trouxe os seguintes aprimoramentos à organização estatal ocidental:

¹¹ O *Bill of Rights*, também conhecido como “Carta dos Direitos dos Estados Unidos” ou “Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos”, refere-se às dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos (aprovada no ano de 1787), como consequência da Guerra da Independência dos Estados Unidos. O *Bill of Rights* foi aprovado no ano de 1789.

¹² O *Bill of Rights* pode ser considerado, por conseguinte, um fruto da Revolução Americana (ocorrida no ano de 1776, também conhecida por Guerra da Independência dos Estados Unidos), que tinha por objetivo, dentre outros, possibilitar a construção de uma nova nação em continente americano, espelhando-se na monarquia inglesa, mas com independência em relação a ela; já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é uma consequência da Revolução Francesa (ocorrida no ano de 1789), tendo os revolucionários franceses o objetivo principal de romper totalmente com o regime e a ordem estrutural vigentes no Velho Continente.

¹³ Reunião de uma série de ensaios de autoria de Alexander Hamilton (1755-1804), James Madison (1751-1836) e John Jay (1745-1829), publicados na imprensa de Nova York em 1788, com o objetivo de contribuir para a ratificação da Constituição Americana pelos Estados (LIMONGI, 2006, p. 245).

- 1) sistema federativo: era necessário dotar o poder central de legitimidade e poder coercitivo, a fim de dar união e estabilidade à nação;
- 2) sistema de freios e contrapesos: com inspiração em Montesquieu, a teoria da separação dos poderes foi implementada em solo americano com grande destaque; a justificativa era de que os seres humanos são falhos e, para evitar a arbitrariedade e a tirania dos que detinham o poder estatal, era imprescindível a implementação de efetivos sistemas de freios e contrapesos. Assim, James Madison foi o responsável por adaptar e aprimorar a teoria de Montesquieu ao novo sistema federativo que estava sendo criado. As funções dos poderes executivo, legislativo e judiciário foram expressamente definidas na nova Constituição;
- 3) constitucionalismo: a Constituição Americana é um grande símbolo e modelo ao movimento constitucionalista que se destacou a partir do século XIX no ocidente;
- 4) fortalecimento do Poder Judiciário: com fundamento na teoria da separação dos poderes (e da adoção do sistema de freios e contrapesos), a Constituição Americana fortalece o papel do Poder Judiciário, ao definir que será ele o intérprete final da Constituição.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por sua vez, irá destacar a proteção de valores baseados na liberdade e igualdade (formal), os direitos individuais, a soberania popular, o princípio da legalidade, a livre manifestação do pensamento, a separação dos poderes, a propriedade privada etc.

Tratavam-se, contudo, de valores que representavam a classe burguesa em ascensão, como destaca Baez (2012, p. 16):

[...] Lewis lembra que as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII ocorreram em razão da expansão dessa nova classe social que teve suas necessidades limitadas pelo poder divino dos reis, fato que fez com que se desenvolvesse, em oposição, a tese dos direitos naturais, com o objetivo de se superarem os obstáculos interpostos entre essa nova classe e a satisfação de suas necessidades, a qual implicava a não interferência governamental em suas atividades comerciais. Nesse sentido, vale lembrar que as Declarações Americana e Francesa trouxeram exatamente um rol de direitos individuais inatos que consagraram a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade como direitos inalienáveis de todos os seres humanos, com o objetivo de afastar qualquer forma de ingerência governamental em suas atividades privadas, tornando clara a conexão da proclamação desses direitos com os interesses e necessidades contingentes da burguesia emergente naquele período.

A grande inovação trazida pelas Revoluções Americana e Francesa é que, até então, o poder do soberano era prioritário à liberdade privada dos súditos: qualquer liberdade a estes era considerada uma simples concessão graciosa daquele, prevalecendo a ideia, inspirada em Aristóteles, de que a figura do governante

era análoga a de um pai (e que o Estado seria uma família ampliada). No modelo aristotélico do estado paternalista as pessoas não nasciam livres nem iguais, mas dependentes e subordinadas à vontade do governante. Somente a partir da formulação abstrata do estado de natureza se consegue explicar a liberdade e igualdade das pessoas. Trata o contrato social, assim, de uma decorrência da razão, e não de um fato histórico ou empírico. Até a expoente Declaração Francesa, os códigos previam direitos aos governantes e obrigações aos súditos. Foi a primeira vez que essa relação foi invertida, com a previsão de obrigações ao Estado/governante e de direitos aos cidadãos (BOBBIO, 2004, p. 79-119).

1.8 CONSTITUCIONALISMO E POSITIVISMO

Para Leal (2001, p. 113-114), após o advento das Revoluções Americana e Francesa: a) surge o Estado de Direito, que acumula saberes jurisdicizantes da cultura romana e germânica, encontrando no positivismo jurídico a concretização de normas e princípios de direito natural; b) o povo passa a ser o soberano, produzindo constituições e declarações universais dos direitos humanos; c) há o advento da norma positivada, com três características fundamentais: i) generalidade: produto de todos e para todos (vontade geral); ii) objetividade: neutra e abstrata e que atenda e interesses não particulares; iii) coerência: racionalidade e sem falhas; d) na segunda metade do séc. XVIII, surge a ideia de codificação e sistematização das normas jurídicas em compêndios, cujo maior resultado e prova se encontra no Código Napoleônico de 1804, o qual se revela fundamental na formação do pensamento jurídico/positivo no Ocidente.

Sobre o contexto pós-revoluções em discussão, Miranda (2015, p. 30-34) observa que: a) a partir do séc. XVIII, a lei passa a prevalecer sobre o costume como fonte do direito e esboçam-se movimentos de codificação, passando o Estado a intervir na economia; b) há mudanças significativas: o contrato social substitui a tradição; a soberania geral e a vontade nacional substituem a vontade do príncipe; o exercício do poder por muitos, por eleição, substitui a governo de um ou poucos; o Estado executor das normas jurídicas substitui o “governo por finalidades”; cidadãos substituem os súditos; direitos dos cidadãos substituem os deveres dos súditos; c) os instrumentos técnico-jurídicos principais passam a ser a Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direito, a separação dos poderes e a representação política; d) a Constituição traz um novo sistema de valores, regrando e limitando o uso dos poderes estatais.

2 A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

No contexto histórico, observa-se que o século XIX foi marcado por guerras externas que buscavam a consolidação de Estados ou a independência deles, bem

como lutas internas por melhores condições sociais (ex.: guerras napoleônicas, guerras de independência das colônias na América Latina, Revoluções de 1830 e 1848, guerra Franco-Prussiana, Comuna de Paris etc.). O avanço do capitalismo industrial levou ao auge do liberalismo econômico (*Laissez-faire*) no final daquele século. O modelo liberal de Estado e de elaboração das leis, fruto principalmente da Revolução Francesa – supremacia dos direitos individuais frente ao Estado, liberdade, igualdade formal, tripartição dos poderes etc – vai se consolidando em todo o ocidente.

Já na primeira metade do século XX, as constantes lutas e guerras internas e externas nos países, a disputa por territórios, a existência de inúmeros acordos unilaterais entre as nações, a fragmentação excessiva nos comandos estatais (que normalmente resultavam em instabilidade dos governos) e o aumento da desigualdade e das mazelas sociais (geradas em grande parte pelo capitalismo selvagem do *Laissez-faire*), são algumas das causas que levaram ao surgimento de regimes totalitários no ocidente, como o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha – isso num período existente entre duas grandes guerras mundiais.

Souza e Mezzaroba (2012), sobre o aludido período, expõem:

Diante das atrocidades constatadas durante a Segunda Guerra Mundial e da conclusão de que a proteção destes direitos não poderia ficar restrita à esfera interna de cada Estado, tem-se a criação da ONU em 1945, que vai expandir a ideia de direitos humanos como forma de universalização e importância para o direito internacional.

[...]

Em 14 de maio de 1948 foi criado o Estado de Israel e em 10 de dezembro de 1948 foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um documento aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua Resolução 217 A (III), como tentativa de sanear os males decorrentes da Segunda Guerra Mundial.

2.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DA ONU

Após as atrocidades humanas geradas pela 1ª e 2ª Guerras Mundiais e pelos governos de regimes totalitários, exsurge no ocidente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pela ONU,¹⁴ em 1948.

Segundo Frost (2000), a DUDH foi moldada pela tradição de direitos advinda de várias escolas do pensamento, podendo ser elencadas três principais: a) a primeira geração consiste em direitos civis e políticos, derivados das teorias dos séculos XVII e XVIII, da Revolução Inglesa, Francesa e Americana. Esta abordagem favorece a limitação do governo, colocando restrições a sua ação. Tal corrente inspirou a elaboração dos artigos 2 a 21 da DUDH, ao prever os direitos de liberdade face à discriminação, à escravidão, à tortura, ao tratamento degradante, à prisão arbitrária, o direito a um julgamento justo, a liberdade de pensamento, consciência e religião, a liberdade de

¹⁴ Documento que, doravante, será expressado também pela sigla “DUDH”.

expressão e o direito de participar do governo por meio de eleições livres; b) a segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, que se originaram principalmente das tradições socialistas. Aqui os direitos demandam uma maior intervenção do Estado, sendo concebidos mais como positivos do que negativos. Influenciaram a elaboração dos artigos 22 a 27 da DUDH, ao prever o direito à seguridade social, ao trabalho, a um padrão de vida adequado, à saúde, ao bem-estar e à educação; c) a terceira geração de direitos, também denominada de direitos de solidariedade, é melhor entendida como um produto da ascensão e declínio do Estado-nação na última metade do século XX. Tais direitos foram muito defendidos nos países de terceiro mundo e são controversos em nível mundial. Incluem o direito à autodeterminação política, econômica, social e cultural, o direito ao desenvolvimento econômico e social, o direito de participar e se beneficiar dos patrimônios comuns da humanidade.

Segundo o autor, tal esquema não implica que cada uma das três gerações de direitos seja aceita igualmente por todos. Os proponentes da primeira geração geralmente excluem completamente os direitos da segunda e terceira geração. Os defensores da segunda e terceira geração, por sua vez, frequentemente consideram os direitos de primeira geração como insuficientes. No entanto, quaisquer que sejam os direitos adotados, há necessidade de que existam mecanismos que possam garantir a sua efetivação e resguardo (FROST, 2000).

Segundo Baez (2012), é visível, ainda, que a DUDH representou uma visão de mundo dos países vencedores da 2ª Guerra Mundial. Não se pode desconsiderar, contudo, a evolução mundial advinda com a fixação de normas internacionais que buscam a conduzir a uma paz duradoura entre as nações, nos moldes inicialmente formulados por Kant.¹⁵

Também há de se destacar que a positivação dos direitos humanos no âmbito internacional, em virtude da anterior mera expectativa de um direito natural, representou um importante avanço na salvaguarda desses direitos.

Como menciona Bobbio (2004, p. 25-45), os direitos humanos tiveram um longo caminho percorrido desde a Idade Moderna até o final do século XX, o qual pode ser dividido em três fases: 1º) Formulação abstrata pelos filósofos – principalmente os iluministas, como Locke e Rousseau –, que justificaram racionalmente a existência de direitos naturais dos seres humanos, pré-existentes à constituição da sociedade civil (contratualismo). Tais filosofias expressavam um dever-ser de respeito aos direitos humanos, mas sem fornecer qualquer instrumento de efetividade na vida

¹⁵ Em sua obra *A Paz Perpétua*, escrita em 1795, Immanuel Kant pretendia indicar os caminhos para um alcance da paz imediata e duradoura entre os povos. Tal caminho perpassava pela criação de uma comunidade internacional – pacto federativo internacional de natureza permanente –, por meio da qual as nações não só se preocupariam com as necessidades internas, mantendo a sua soberania, mas igualmente com as relações internacionais, a fim de estancar as guerras e alcançar uma estabilidade que levasse à paz duradoura. (KANT, 2008). Tal obra é considerada, por muitos autores, como sendo um prelúdio à criação do direito internacional e de entidades supranacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU).

real, uma vez que dependiam da vaga conceituação e aplicação do jusnaturalismo; 2º) Positivização dos direitos humanos nas Declarações de Direitos dos Estados Norteamericanos e na Revolução Francesa, gerando a transmutação do Estado absolutista (ilimitado) para um Estado de direito (limitado). Assim, os direitos humanos perdem a característica da universalidade (da filosofia) mas ganham na sua concretização/efetividade, ao serem positivados nas legislações dos países. Nessa segunda fase, no entanto, os direitos humanos somente são reconhecidos em alguns Estados; 3º) Une a característica da universalidade (1ª fase) e com a da positivização (2ª fase). Advém com a Declaração da ONU de 1948. Para Bobbio, esta é a fase inicial da universalidade concreta dos direitos humanos, uma vez que ainda há muito trabalho a ser feito para que haja a implementação de mecanismos que possam lhe dar maior efetividade/concretização, seja nos países ou no âmbito internacional.

Nesse contexto de positivização dos direitos humanos em nível internacional, verifica-se que a concepção de Estado – e, por consequência e genericamente, da forma como são elaboradas as leis –, refletiu as mudanças ao modelo estatal verificadas a partir da Idade Moderna no mundo ocidental.

A concepção e o modelo de Estado a serem adotados nos países, bem como do seu respectivo processo legislativo, compõem o núcleo básico que irá sustentar ou não a positivização dos direitos fundamentais nas nações, pois de nada adianta haver a previsão abstrata de direitos naturais se o Estado não for democrático e não houver positivado na sua legislação interna a previsão de tais direitos.

Ainda segundo Bobbio (2004, p. 25-45), quando os direitos humanos se fundavam no jusnaturalismo (primeira fase), a única possibilidade de sua efetivação era o direito de resistência em face ao Estado tirano. Nas Constituições modernas, esse direito de resistência se transformou no direito de ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Aos cidadãos dos países que não positivaram os direitos fundamentais somente restará, por conseguinte, o direito natural de resistência, o acolhimento em outros países que reconhecem os direitos humanos ou a atuação da comunidade internacional.

A importância da positivização dos direitos humanos como meio de lhes garantir maior eficácia consta do próprio preâmbulo da DUDH: “Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão;” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS).

Assim, para que haja mecanismos de efetivação dos direitos humanos, deve a modalidade de Estado e seu processo legislativo ser compatível com a asseguuração de tais direitos. Um Estado tirano ou totalitário, por exemplo, em geral não possui compromissos com os direitos fundamentais.

A partir da análise da Declaração Universal do Direitos Humanos da ONU, de 1948, é possível observar preceitos relacionados à tripartição dos poderes (art. VIII,

X, XI, “1”¹⁶), a um sistema político democrático (art. XXI, “1” e “3”¹⁷), à posituação de direitos humanos (preâmbulo¹⁸), à soberania popular (art. XXI, “3”¹⁹) e ao princípio da legalidade (preâmbulo e art. XI, “1” e “2”²⁰).

CONCLUSÃO

Buscou-se demonstrar, por meio do presente trabalho, a evolução advinda ao modelo de Estado empregado no ocidente, de uma forma geral, a partir da Idade Moderna, dos quais são destaques: a dissociação entre a moral religiosa e ações de Estado (Maquiavel); o contrato social e a legitimidade secular do soberano (Hobbes); a existência de direitos naturais inalienáveis e a necessidade de limitação ao poder estatal (Locke); a tripartição dos poderes e o sistema de freios e contrapesos (Montesquieu); a vontade geral e a democracia (Rousseau); o sistema federativo, o princípio da legalidade, o estado de direito e o fortalecimento do Poder Judiciário (Revoluções Americana e Francesa); o constitucionalismo, o positivismo, as declarações de direito, a efetivação da separação dos poderes, da democracia e da representação política (séculos XIX e XX).

Não há dúvidas de que tal evolução à concepção e ao modelo de Estado restou reconhecida, em parte, nos enunciados da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948. No entanto, verifica-se que tal Declaração deu uma nítida primazia aos direitos de primeira geração (liberdades individuais), o que, por certo, refletiu a ideologia então predominantemente adotada nos países vencedores da Segunda Guerra Mundial.

¹⁶ Artigo VIII: Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo X: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI, “1”: Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

¹⁷ Artigo XXI, “1”: Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.

Artigo XXI, “3”: A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

¹⁸ Preâmbulo: [...] Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, [...]

¹⁹ Artigo XXI, “3”: A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

²⁰ Preâmbulo: [...] Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, [...]

Artigo XI, “1”: Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Artigo XI, “2”: Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituía delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Embora escassos os enunciados relacionados ao modelo e ao funcionamento do Estado, ao dispor de preceitos relacionados à tripartição dos poderes, ao sistema político democrático, à necessidade de positivação dos direitos humanos, à asseguaração da soberania popular e à obediência da legalidade, a DUDH traduziu grande parte dos avanços conquistados nessa área, no mundo ocidental, no intervalo dos séculos XVI a XX.

É importante salientar, contudo, que a aplicação e a asseguaração dos direitos humanos é tema invariavelmente associado à modalidade/forma de Estado adotada nos países. Isso porque em sendo a legislação um produto estatal, a criação e aplicação desses direitos depende de uma organização estatal que lhes dê efetiva proteção. É muito difícil conciliar a existência de direitos fundamentais com estados totalitários/ditaduras. Um Estado que atenda aos anseios do povo (vontade geral) é, portanto, uma condição para a asseguaração dos direitos humanos ou fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos.

Há necessidade, por conseguinte, de uma maior atenção dos organismos internacionais voltados à proteção de direitos humanos, com o modelo e a forma de Estado a serem adotados nos países.

Não obstante os avanços advindos à sociedade ocidental desde o início da Idade Moderna, ainda há espaço para novos aprimoramentos.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política. Volume 1. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 111-120.

ARRUDA, José Jobson. *Nova história moderna e contemporânea: da transição feudalismo-capitalismo à Guerra de Secessão dos Estados Unidos*. Vol. 1. Bauru: Edusc, 2005.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A morfologia das teorias relativistas dos direitos humanos fundamentais: bases epistemológicas, críticas e insuficiências. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012. p. 11-49.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. *Curso de filosofia do direito*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: L'età dei Diritti.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

FROST, Winston L. *The Developing Human Rights Discourse: A History of the Human Rights Movement*. Trinity Law Review, 2000. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/trinlr10&div=4&start_page=1&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 15 maio 2018.

HOBBES, Thomas. *LEVIATÃ*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Tradução Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2008.

LIMONGI, Fernando Papaterra. "O Federalista": remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política. Volume 1. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 243-255.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política. Volume 1. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 79-89.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade*. Tradução Maria Lacerda de Moura. 2001. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/desigualdade.pdf>>. Acesso em: 08 maio 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014. Tradução de: Du contrat social: principes du droit politique.

SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de virtù. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política. Volume 1. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista"*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 11-24.

SCHIMITT, Carl. *El Concepto de lo político*. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolários. 5. ed. Tradução Rafael Agapito. Madrid: Aliança Editorial, 2009. Tradução de: Der Begriffdes Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien.

SOUZA, José Fernando Vidal de; MEZZAROBBA, Orides. Direitos humanos no século XXI: uma utopia possível ou uma quimera irrealizável? In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012. p. 175-225.

TOMADA DE DECISÃO APOIADA OU CURATELA? REFLEXÃO SOBRE A GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA DA PESSOA IDOSA A PARTIR DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA¹

Rafaela Pederiva²

Este estudo abordará os institutos da tomada de decisão apoiada e da curatela, ambos previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015 –, aplicados à pessoa idosa como forma de garantir sua dignidade humana, nos casos em que apresenta perdas de funcionalidade física e/ou psíquica decorrentes do processo natural de envelhecimento ou deficiência. O estudo se mostra pertinente, uma vez que, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018) em 2017 a população de pessoas idosas cresceu em todas as unidades da Federação.

Foram registrados naquele ano cerca de 30, 2 milhões de pessoas idosas, o que representa um crescimento de 18% nesse grupo etário se em comparação ao levantamento anterior de 2012, que já denotava significativa mudança no perfil etário da população. O aumento do número de idosos no Brasil é motivado pelos mesmos fatores que outros países, isto é, a diminuição na natalidade e o aumento das condições de saúde que tornam mais longa a população.

Essa modificação no perfil populacional é campo fértil para a produção de estudos sobre o envelhecimento populacional no Brasil. O presente estudo faz parte de uma produção de dissertação sobre a autonomia da pessoa idosa no contexto do exercício sexual desvinculado, portanto, da ideia de reprodução. Como recorte dentro desse trabalho maior, o estudo que aqui se apresenta visa verificar a garantia da dignidade da pessoa humana de pessoas idosas por meio dos institutos da tomada de decisão apoiada e da Curatela. Trata-se de um estudo qualitativo de método dedutivo que tem como problema de pesquisa saber: Qual dos institutos previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência – tomada de decisão apoiada e da curatela – melhor se aplica à pessoa idosa que apresenta perdas de funcionalidade física e mental em decorrência do processo normal de envelhecimento?

Para o desenvolvimento deste estudo, o mesmo encontra-se dividido em três partes. Na primeira, apresenta-se o que se designa por autonomia da vontade e por autonomia privada como direito fundamental a luz da dignidade humana. Na segunda, abordam-se as alterações na curatela e o surgimento da tomada de decisão apoiada a partir do Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – e do Estatuto

¹ Estudo produzido como requisito de conclusão da disciplina A Morfologia dos Direitos Fundamentais e sua Transnacionalidade, do Mestrado Acadêmico em Direito da Unoesc Chapecó.

² Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, linha de pesquisa Fundamentais Civis: A ampliação dos direitos Subjetivos; Pós-graduada em Psicologia Jurídica pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduada em Direito Público e Privado: Material e Processual II pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015 – os quais serão referidos nesse estudo por suas siglas, respectivamente, CPC e EPD. Na terceira parte, por fim, reflete-se sobre qual dos dois institutos – tomada de decisão apoiada e curatela – melhor se aplicada à pessoa idosa que apresenta perdas de funcionalidade física e mental em decorrência do processo normal de envelhecimento.

1 DA AUTONOMIA DA VONTADE À AUTONOMIA PRIVADA

O papel da pessoa idosa tem se modificado ao longo da história de forma cíclica, assim como sua autonomia. Em um apanhado histórico sobre o envelhecimento no mundo ocidental, é possível perceber que inicialmente, em um período de organização da sociedade em comunidade agrária, ela foi tida como detentora de poder e sabedoria. Essa visão perdurou em todo o patriarcado e entrou em declínio quando o valor social das pessoas foi atrelado à propriedade (SANTIN; BOROWSKI, 2008). Na lógica do vale mais quem produz, passou à categoria de desvalida ocupando um lugar de exclusão, desvalorização essa que se manteve até a década de 1970, quando surgiram grupos e movimentos em prol da dignidade do idoso e sua reinserção social (PALMA; SCHONS, 2000).

Não obstante os avanços tecnológicos que hoje dão qualidade à vida longa, a pessoa idosa ainda necessita de intervenções do Estado e de políticas públicas para a garantia de sua dignidade e a reintegração num papel social valoroso e respeitável, por encontrar resistências e estigmas. Especialmente no que diz respeito às perdas e transformações das condições físicas e psíquicas, que ocorrem no processo natural de envelhecimento. Tais perdas são comumente entendidas pela sociedade como indicativos de limitações das capacidades e, por conseguinte, da autonomia da pessoa idosa. Importa ressaltar que essa limitação e perda da autonomia aumentam aos olhos da sociedade quando, além dos processos normais de envelhecimento, também conta com a presença de transtornos mentais e/ou deficiências intelectuais.

A autonomia da pessoa idosa vem sendo amplamente discutida no que diz respeito à saúde e tratamento médico, bem como sua proteção civil por meio da curatela e do novo instituto denominado tomada de decisão apoiada, sobre o qual se estuda. A exemplo, cita-se Gama et al (2014), que compreendem que as pessoas idosas estão tão sujeitas às vicissitudes da vida quanto os jovens e adultos e que deve ser assegurado a elas o reconhecimento de cidadãos emancipados. E, Menezes (2016), que afirma que a tomada de decisão apoiada – que ingressou no sistema legal brasileiro pelo EPD – pode ser utilizada por qualquer pessoa adulta que necessite de apoio para exercer sua capacidade legal, inclusive pessoas idosas.

Para tanto, antes é necessário identificar a capacidade e autonomia privada da pessoa idosa. Dessa forma, considera-se importante esclarecer sobre o conceito de autonomia e como ele passou, no direito brasileiro, da autonomia da vontade para

a autonomia privada. A autonomia é uma palavra que serve não apenas ao campo jurídico, mas também aos campos da bioética, da filosofia, da educação, da moral, da política e da psicanálise. Etimologicamente, autonomia³ designa que o sujeito atingiu a faculdade de governar a si próprio (ZIMERMAN, 2012) ou, como indicam Rürger e Rodrigues (2007), que o indivíduo, com o reconhecimento dos demais e sem interferência ou imposição externa, tem poder de por si mesmo estabelecer as normas da própria conduta.

A autonomia é fruto da independência ou, numa visão kantiana, da maturidade, a qual só pode ser alcançada pelo esclarecimento (KANT, 2009b). Esse, o esclarecimento, consiste na capacidade que a pessoa tem, mediante o uso de sua própria razão, de se autodeterminar, se orientar, sem ser tutelado por outrem. Mas, assevera ele, a pessoa deve ousar saber – do latim *Sapere aude* –; o que denotará a confiança que reafirmará a liberdade, sendo possível o exercício da própria autonomia pela pessoa na medida em que faz “uso público da própria razão” (WEBER, 2012, p. 15).

Entretanto, pode ser tentador e extremamente cômodo para os indivíduos permanecerem na posição de tutelados (KANT, 2012). Para ilustrar, Kant (2012) cita as situações em que os indivíduos comodamente têm na figura do médico o papel de quem delibera sobre o estado de saúde. O mesmo se dá na esfera espiritual, quando atribuem a um pastor a responsabilidade de decidir sobre a consciência. Além disso, desenvolve a ideia de que o esclarecimento só ocorre lentamente. Isso porque as pessoas são comumente mantidas na ignorância por seus tutores. Portanto, poucos são aqueles que conseguem se livrar da imaturidade por ousar cultivar livremente a própria razão (KANT, 2012). Por outro lado, quando a liberdade é dada, aumenta a possibilidade de que as pessoas alcancem o esclarecimento. No entanto, a vontade decorrente da liberdade precisa ser autolegislada (KANT, 2016).

A autonomia trabalhada por Immanuel Kant é a Autonomia da Vontade. Em Kant (2009b), é possível compreender que a autonomia expressa e fundamenta a dignidade humana. Nesse sentido também são as afirmações de Agostini (2009), para quem a dignidade discorrida por Kant terá como base a moralidade, e Weber (2012, p. 14) que entende que a dignidade, a partir de Kant, “pode ser considerada como o próprio limite do exercício do direito de autonomia”. Da concepção de autonomia da vontade definida por Kant (2009a) surge, em consequência, a ideia de dignidade posto que o agente do ato sustentado na vontade racional é uma pessoa, que tem, portanto, valor intrínseco. Do contrário, seria tomado como coisa, e por estar nessa posição, não teria nem autonomia nem teria fim em si mesmo, tampouco alteridade (WEBER, 2012; SANTOS, 2017).

³ Autonomia, palavra de origem grega composta pelos étimos *autós* (si mesmo) e *nomos* (nome – e por extensão, normas e regras) (ZIMERMAN, 2012).

A liberdade, que fundamenta a autonomia, também é o fundamento da concepção de dignidade da pessoa humana abraçada pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), de 1988, em seu artigo 1º, inciso III. No entanto, não se trata de uma liberdade liberal, posto que no exercício dela deve haver autonomia condicionada a certa responsabilidade, bem como a construção do bem-estar próprio e satisfação de necessidades. Nesse sentido são os posicionamentos de Gustin (1999), que vê na autonomia a necessidade *princeps* do ser humano, e de Teixeira (2018), que vê a autonomia como base para a dignidade da pessoa humana. E, em consequência, compreende como complementares as ideias de dignidade e responsabilidade.

Não obstante, a dignidade da pessoa humana não deve ser confundida nem reduzida ao direito geral de personalidade. É o que aponta Sarlet (2015) quando refuta a ideia de se equiparar direitos de personalidade e dos direitos fundamentais. Isso porque nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade bem como nem todo direito fundamental tem na dignidade seu fundamento direto ou conteúdo. Ao passo que vê na dignidade da pessoa humana a base para o princípio da isonomia e ao seu correspondente direito geral de igualdade. A isonomia, isto é, o tratamento igualitário e não discriminatório entre todas as pessoas, seja essa isonomia formal ou material, será pressuposto essencial para o respeito à dignidade da pessoa humana.

Dentro dessa perspectiva da não discriminação, pode-se pensar o tratamento até então despendido aos idosos brasileiros que, frequentemente quando apresentavam os sinais de perdas funcionais próprios da senescência ou em decorrência de patologias dos tipos demenciais, próprias do envelhecimento, passavam a serem curatelados. Seeleman (2013) destaca sobre a falta de proteção da pessoa com deficiência física ou mental caso o fundamento da dignidade esteja assentado na capacidade subjetiva orientada pelo uso da razão. Ainda, retoma a obra Kantiana e analisa o ponto de contato entre ela e o conceito posteriormente desenvolvido por Dürig no Direito Constitucional da Alemanha. Entende haver um prejuízo aos indivíduos não dotados de razão, caso essa persista como fundamento para a dignidade.

Rüder e Rodrigues (2007, p. 5) lembram que a autonomia teve originalmente na propriedade privada um de seus primeiros campos de manifestação. Sendo que o que chamaram de “dogma da autonomia da vontade” teve como base o direito das obrigações. E é exatamente o exercício das relações negociais no direito que fará mudar a concepção de autonomia da vontade – que era inteiramente ideal, individual e pessoal – para a ideia de autonomia privada.

A Autonomia privada se distingue da concepção de autonomia da vontade pela objetividade e pela possibilidade de, nos limites da lei, criar normas jurídicas (CABRAL, 2004). Importante mencionar que a autonomia privada “[...] se refere à esfera pessoal de atuação atribuída ou delegada ao sujeito pelo ordenamento jurídico, onde a vontade assumirá corpo, forma, caráter, em conformidade com os ditames do

direito privado, representando um espaço lícito para a ação dos sujeitos no exercício da atividade jurídica.” (RÜGER; RODRIGUES, 2007, p. 10).

A autonomia privada adotada pela CRFB/88, garante que as pessoas sejam tomadas em igualdade de valor pelo direito brasileiro simplesmente pela razão de serem pessoas. Isto é, reconhece a igualdade em pessoas singulares, que tenham em si os próprios projetos e convicções. Isso permite que cada pessoa, em igualdade de condições, possa interpretar o sentido, a ideia e a manifestação da liberdade em sua vida. E, em consequência, garante a dignidade, uma vez que respeita a identidade das pessoas e efetiva a alteridade (TEIXEIRA, 2018).

Levando em consideração todo o exposto acerca da autonomia, demonstrada sua relação intrínseca com a dignidade da pessoa idosa, passa-se a análise dos institutos da curatela e da tomada de decisão apoiada.

2 A CURATELA E A TOMADA DE DECISÃO APOIADA EM TERMOS JURÍDICOS

A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH/1948), de 1948, vem modificar a concepção de pessoa no direito brasileiro quando seus princípios e fundamentos são absorvidos pela CRFB/88, no ano de 1988. A pessoa deixa de ser apenas um “sujeito de direito abstrato” (BRAZALLE; PINHEIRO, 2016, p. 43) para ser pessoa no sentido existencial, isto é, um sujeito de carne, osso e sentimento, portanto, humano. Porém, conforme reflete Menezes (2016), a pessoa delineada como agente apto a recair sobre si a dignidade da pessoa humana é um ser idealizado, perfeito.

Logo, a mesma sorte não recaía sobre as pessoas que não apresentavam igual perfeição. A essas os direitos lhes eram atribuídos direitos não por terem dignidade e, sim, porque os sujeitos considerados capazes lhes atribuíam tal merecimento. Portanto, em que pese que a igualdade e a dignidade da pessoa humana passam a incorporar o sistema legal brasileiro a partir da DUDH/1948, o tratamento igualitário não era, ao menos no tocante aos incapazes, realmente igual.

Como exemplo, cita-se que a interdição e a curatela perduraram até o ano de 2015. A primeira como instituto que limitava o adulto incapaz e a segunda, como instituto de proteção dessa mesma pessoa adulta que, por não se apresentar em condição de responder civilmente pelos atos de sua vida, especialmente no âmbito negocial, era interdita – conforme os hoje revogados artigos 1.768 a 1.773, todos do CC – e necessitava de alguém capaz que passasse a decidir sobre seus atos civis (BRASIL, 2002).

Enquanto o princípio da dignidade da pessoa humana passa a nortear as relações, posto que é um princípio fundamental que garante a igualdade, a liberdade e a autonomia, as pessoas idosas que apresentavam limitações mentais e/ou físicas, assim como as demais pessoas consideradas incapacidades eram interditas. Ainda

que pudessem ser interditados parcialmente, a prática predominante era a interdição total. Assim, sem qualquer autonomia sobre sua vontade, o curatelado interdito contava com a substituta vontade de seu curador, que sob sua própria vontade agia em nome do curatelado (MENEZES, 2016).

A interdição, como bem lembra Medeiros (2007) está relacionada, desde sua raiz etimológica - do latim *interdictus* -, com as ideias de impedimento, privação e proibição de exercer direitos civis. Proibições essas que, até 2015, recaíam sobre uma pessoa que, conforme o interesse coletivo, era considerada incapaz e, portanto, privada de se autogovernar e de administrar seus bens. Já a palavra curatela - cuja origem etimológica vem do latim *curare*, que designa zelo, cuidado - no direito traduzia a ideia de proteção, direção ou cuidado, restringindo-se sua aplicabilidade ao aspecto patrimonial. Logo, com a nova curatela prevista a partir do EPD, a interdição não é mais promovida, em seu lugar há um processo de definição dos termos da curatela, dos limites e quem deve exercer a curatela por melhor atender os interesses do curatelado (artigo 755, § 3, do CPC).

Esse hiato da dignidade da pessoa adulta que se apresenta com capacidade reduzida ou ausente, formado desde a DUDH/1948, foi resolvido com o EPD, no ano de 2015, que alterou e revogou diversos artigos do CC, do CPC e afetou o artigo 17, inciso I, do Estatuto do Idoso (EI) - Lei n.º. 10.743/2003. Em todos eles modificando aspectos fundamentais sobre as capacidades, a interdição e a curatela.

O CC dispõe em seu artigo 1º que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (BRASIL, 2002), não obstante a prática desses atos só são permitidos após os 18 anos, quando se atinge a maturidade. No artigo 2º, prevê que desde a condição de nascituro o indivíduo já conta com a proteção à personalidade civil, não obstante ela passe a ser reconhecida a partir do ato de nascimento. Já nos dois artigos subsequentes, artigos 3º e 4º, prevê respectivamente as incapacidades absoluta e relativa.

O artigo 3º do CC, dispõe que são incapazes as pessoas que são representadas, isto é, os menores de 16 anos. Já o artigo 4º e seus incisos preveem a relatividade da incapacidade nos casos em que as pessoas apresentam idade maior de 16 e menor de 18 anos; os ébrios ou que apresentam dependência química de tóxicos; os pródigos; e aqueles que não podem exprimir sua vontade, seja por causa permanente ou transitória (BRASIL, 2002). Foram excluídos desse rol as pessoas com deficiência mental ou discernimento reduzido, por força do EPD. Aliás, sob esse aspecto, Bezerra de Menezes (2015) afirma que o que retira a capacidade de uma pessoa em exercer a vida civil não é a deficiência em si, mas a ausência de discernimento. Sob o mesmo aspecto, Souza e Silva (2017, p. 299) destacam que com o EPD, “o fato do sujeito possuir algum transtorno ou deficiência de natureza mental, seja qual for a natureza, não o insere instantaneamente no rol de incapazes.” Essa não inclusão automática no rol de incapazes confere dignidade ao deficiente, que sumariamente, é sujeito de direitos capaz.

Essa alteração não se deu apenas no artigo 4º, do CC. Também foi modificada a redação do artigo 1.767, do mesmo dispositivo, que trata da interdição – instituto esse que passa a ser aplicado como exceção, e restritamente aos atos negociais e patrimoniais, conforme o artigo 85, do EPD. Ademais, a partir do CPC foram revogados os artigos, do 1.768 ao 1.773, do CC, que versavam sobre os procedimentos de interdição. Entretanto, as modificações na curatela e na interdição não deixaram as pessoas que têm suas capacidades reduzidas desamparadas.

A partir do artigo 84, do EPD, ficou definido que tais pessoas poderão facultar pelo processo de tomada de decisão apoiada. Esse processo consiste no exercício da capacidade da pessoa em tomar decisões referentes a atos de sua vida civil, mediante o apoio e informações que lhe são dados por duas pessoas de sua confiança, e que sejam idôneas, conforme o artigo 1.783-A, do CC (BRASIL, 2015).

Ademais, o CPC prevê no artigo 753, § 1º que a avaliação da capacidade civil para fins de interdição poderá ser feita por uma equipe multiprofissional (BRASIL, 2015). O EPD vem especificar que a equipe encarregada da avaliação da capacidade deve ser biopsicossocial, consoante disposto no artigo 2º, § 1º, do EPD (BRASIL, 2015). Baliza, portanto, que os procedimentos de avaliação não podem ficar restritos à condição médica do interditando. Além disso, o laudo pericial de interdição deverá especificar, se assim for necessário, os atos para os quais se requer a curatela, conforme o artigo 753, § 2º, do CPC (BRASIL, 2015). Dessa forma, tal como determina o artigo 84, § 3º, do EPD, quando a pessoa com deficiência for curatelada, o será pelo menor tempo possível e proporcionalmente a suas necessidades e circunstâncias, pois a curatela, tal como é asseverado nesse dispositivo, é de caráter totalmente protetivo e extraordinário e pode, na medida em que a situação se modifica, ser transformado em tomada de decisão apoiada.

Importante a consideração trazida no artigo 6º do EPD, onde afirma que as pessoas que apresentam deficiência (s) não têm sua plena capacidade civil afetada no que tange o exercício de: estabelecimento de vida matrimonial ou de união; direitos sexuais e reprodutivos; direito de decisão e de informação sobre reprodução e planejamento familiar; conservação da própria fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; direito à família e à convivência familiar e comunitária; direito aos institutos de guarda, tutela, curatela e adoção (tanto como adotante como adotando), em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Essas considerações são outros exemplos em que a legislação passou a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, conforme quer a CRFB/88.

No tocante a propositura da ação de curatela o EPD prevê que a própria pessoa com deficiência participe consentindo na medida de sua possibilidade – artigo 12, §1º, do EPD (BRASIL, 2015). Ademais, estabelece que a atuação do Ministério Público na propositura de ação que produz curatela será somente quando a deficiência mental ou intelectual for grave – artigo 115, do EPD – alterando assim os artigos 1.769

do CC e 748, do CPC. No tocante a atuação do juiz, Brazzale e Pinheiro (2016, p. 39) compreendem, com base no marco teórico de Pietro Perlingieri, que o EPC funcionaliza a curatela “ao livre desenvolvimento da personalidade do curatelado”, uma vez que possibilita que o juiz fixe ao curador poderes com maior amplitude, incluindo os atos existenciais do curatelado.

Nesse aspecto, Pinheiro (2017) apontam o caráter humanizado no que diz respeito à disposição no novo CPC sobre os procedimentos que possivelmente darão origem a curatela ou a tomada de decisão apoiada. Especialmente, a substituição do procedimento de interrogatório pelo da entrevista, previsto no artigo 751, do CPC. A escolha pela entrevista denota clara influência no direito de outras áreas de interdisciplinaridade tais como a psicologia e a psicanálise, posto que entrevistar, nessas referidas áreas compreende muito mais do que simplesmente coletar informações. Trata-se da construção de uma visão sobre o sujeito entrevistado e sua situação, para fins de atendimento, encaminhamento, a partir do estabelecimento de um *Rapport*⁴ adequado e com foco num modelo mais dialógico do que narrativo/descritivo (LEAL, 2011).

Conforme se demonstrou neste capítulo, a autocratela e a tomada de decisão apoiada são as grandes inovações que denotam o respeito à dignidade humana e à garantia dos direitos fundamentais. Claramente, vê-se a legislação infraconstitucional atenta aos comandos constitucionais de dignidade da pessoa humana, proporcionando um tratamento igualitário e justo que, ao trazerem limitações excepcionais à pessoa com deficiência, o faz garantindo a sua dignidade. A seguir, esses limites serão abordados no que se refere à pessoa idosa.

3 QUAL INSTITUTO MELHOR SE APLICA À PESSOA IDOSA, A TOMADA DE DECISÃO APOIADA OU A CURATELA?

O declínio das funções físicas e psíquicas decorrentes do envelhecimento comumente aumentam a fragilidade e a dependência. Por vezes, essas acarretam em alteração no senso de controle e de autoeficácia diante da vida. No entanto, muitas pessoas idosas conseguem se manter em equilíbrio ao preservarem a capacidade de criar estratégias emocionais compensatórias (NERI, 2004). Devido a essas alterações e limitações funcionais, até o ano de 2015, algumas pessoas idosas foram consideradas incapazes de exercer atos da vida civil bem como os atos cotidianos de cuidados como a liberdade de escolhas e de tomada de decisão sobre a própria vida. Inclusive, algumas pessoas idosas eram interditas, pois, num ato de proteção, legalmente se constatava que não eram mais agentes capazes (MEIRELLES, 2008). No Brasil, sob essa forma de proteção, o que estava protegido não era a pessoa, tida como incapaz, mas seu patrimônio (RODRIGUES, 2002; MARTINS-COSTA, 2009; BRAZALLE; PINHEIRO, 2016).

⁴ *Rapport* expressão de origem francesa que designa uma espécie de vínculo ou aliança para o trabalho.

Com o ingresso do método da tomada de decisão apoiada no sistema legal brasileiro, desde o ano de 2016 – ano em que também passou a vigorar o EPD – as pessoas que apresentem limitações na capacidade de agir, mas que tenham preservadas as capacidades psíquicas, receberão auxílio somente em atos episódicos. O que preservará sua capacidade plena e, por conseguinte, preserva sua dignidade da pessoa humana. A curatela, embora mantenha o caráter patrimonial, a partir do EPD também teve modificação em sua aplicação uma vez que as pessoas com transtorno mental e deficiência, por força do EPD, são retiradas do rol dos incapazes no artigo 3º do Código Civil. A curatela atualmente é aplicada extraordinariamente e proporcionalmente às necessidades da pessoa a ser curatelada (artigo 84, § 3º, do EPD) e com brevidade, ou seja, pode ser aplicada parcialmente e deve ter duração limitada no menor tempo possível. Veja-se que o quadro que hoje se apresenta é bem diferente daquele vigente até o ano de 2015.

Enquanto a curatela se mostra como medida mais invasiva à liberdade e mais limitadora, especialmente a que era praticada antes da alteração do CPC e do surgimento do EPD, a tomada de decisão apoiada revela-se medida mais personalizada às necessidades existenciais do beneficiário. Nela há a prevalência dos interesses e cuidados vitais em comparação às medidas patrimoniais, que acabam sendo acessórias. Portanto, trata-se de um instituto mais elástico e ortopédico, que promove a autonomia uma vez que mantém a autodeterminação e estimula a capacidade de agir da pessoa beneficiária, preservando, com isso a liberdade e a dignidade da pessoa humana daquele que apresenta deficiência, sem impor-lhe o estigma social, que comumente recai sobre o interdito (ROSENVALD, 2015; TEIXEIRA, 2018). Tal descrição, sugere que a tomada de decisão apoiada pode ser entendida como um instituto dotado de plasticidade⁵, posto que reconhece nas pessoas, consideradas uma a uma, essa singular capacidade de se transformar.

A tomada de decisão apoiada no Brasil tem inspiração na lei civil italiana que, sem criar lei específica para isso, agregou em seu Código Civil Italiano, desde o ano de 2004, a figura do administrador de apoio. Trata-se de flexibilizar o sistema de proteção da pessoa considerada incapaz, ao incluir mais um instituto que, alternativamente à interdição, possa ser aplicado pelo juiz, de ofício ou a pedido, no intento de intervir e limitar minimamente a capacidade de agir do beneficiário no que diz respeito aos atos da vida diária. Inclusive, prevê a possibilidade de se passar da interdição para

⁵ Plasticidade é termo corrente nas ciências psicológicas. Em psicologia consiste numa capacidade de responder de outro modo (LANCETTI, 2015). Na psicanálise, denota o sentido de capacidade de transformar ou adaptar a partir das próprias e peculiares condições psíquicas, as quais são dotadas igualmente de capacidade de se modificar (FREUD, 2010). Na neurociência, designa a capacidade do Sistema Neuronal de se adaptar, se transformar, tanto no nível estrutural quanto funcional, ao longo do desenvolvimento (FERRARI et al., 2001, p. 187-194).

A plasticidade também é característica da dignidade humana, tal como indica Barroso (2012) ao discorrer sobre a transnacionalidade da dignidade humana. Ele entende que somente se adotando uma noção de dignidade plástica, aberta e plural é que se pode elaborar um conceito transnacional de dignidade humana que abarque, de todo e qualquer país as várias circunstâncias políticas, religiosas e históricas.

a administração de apoio nos casos em que o beneficiário apresente melhora. Porém, isso só se dará com a permanência de certa insuficiência que, por não ser tão grave, não justifica a manutenção da interdição (BERTI, 2009). Esse posicionamento claramente demonstra que, assim como o sistema jurídico Italiano prima pela manutenção da autonomia da pessoa, de igual forma o faz o sistema brasileiro ao trazer as alterações legislativas introduzidas em 2015.

Igualmente, a tomada de decisão apoiada praticada no Brasil, visa manter a autonomia do beneficiário em gerir a própria vida, naquilo que lhe é possível. Além disso, modifica a maneira como as (in) capacidades são tratadas no país. Sobre esse aspecto, Rosenvald (2015) destaca que, com a vigência do EPD, a autonomia passou a ser distinguida em três partes: a primeira, das pessoas que têm autonomia, pois, sem apresentar deficiências e são plenamente dotadas de capacidade; a segunda, das pessoas que apresentam deficiências, mas que têm alguma capacidade psíquica para a autodeterminação preservada – essas são as que farão uso da tomada de decisão apoiada –; e a terceira, composta pelas pessoas que, pelo instituto da curatela, serão consideradas interditadas, posto que não apresentam nenhuma condição de se autogovernar.

Essa ideia da manutenção da capacidade das pessoas com deficiências em se autogovernarem é uma garantia dos direitos fundamentais da igualdade e da liberdade, o que faz subsistir a dignidade dessas pessoas, pois, como bem pondera Sarlet (2013), a não observância e garantia de direitos fundamentais, da igualdade, da liberdade, bem como onde não houver a limitação do poder, não subsistirá a dignidade. Com isso, a pessoa restará numa posição de objeto sujeita às injustiças.

A exemplo do que se passou com as pessoas com deficiências, muitas vezes as pessoas idosas foram objeto de interdição e mantidas sob curatela de familiares ou terceiros nomeados pelo juiz. Mas, distinto do que se passava com as pessoas jovens que apresentavam deficiências – que muitas vezes vinham sendo tuteladas desde o diagnóstico da condição de deficiência – a pessoa idosa, que até então era tida como adulto capaz, frequentemente passava a ser objeto de interdição absoluta e curatela, mesmo quando as perdas de funcionalidades ou demências⁶ advindas do próprio processo de senescência não a comprometessem plenamente.

Retomando a abordagem acerca da proteção a partir do EPD, salienta-se o estudo de Brazalle e Pinheiro (2015) que pretendeu questionar a proteção da pessoa com deficiência que não tem discernimento para decidir sobre seus atos existenciais, que indica a partir dos fundamentos de Pietro Perlingieri, que na atualidade não cabe

⁶ Dentre as doenças ou situações que podem comprometer temporariamente ou permanentemente a capacidade da pessoa idosa, podem ser citados os estados demenciais, tais como o Alzheimer, a demência senil, a arteriosclerótica; a degeneração, as psicoses; a depressão; o mal de Parkinson senil (TOLEDO, 2008). No entanto, nas pessoas idosas os fatores de risco para qualquer doença crônica não transmissível é o mesmo dos grupos de outras faixas etárias. A grande diferença está em que a pessoa idosa, devido a maior longevidade, se encontra exposta de forma mais prolongada a esses fatores, o que leva ao aumento da incidência, prevalência e mortalidade nessa etapa da vida (VITORELI et al., 2005).

mais o protecionismo patrimonialista nem a restringir a curatela aos atos negociais. Outros meios devem ser buscados para garantir a proteção das pessoas idosas que apresentam limitações, permanentes ou temporárias no que diz respeito à capacidade de discernimento. Esses meios devem estar em concordância com o sistema de proteção e garantias vigente, fundamentado na dignidade da pessoa humana.

No Brasil rompe-se com protecionismo a partir do EPD que, consoante à Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, focou na autonomia das pessoas com deficiência (BEZERRA DE MENEZES, 2016). O rompimento com o protecionismo não é sinônimo da ideia de que não existam mais incapacidades. Também não há que se pensar que as pessoas passam a ser reconhecidas como detentoras de capacidade absoluta sempre. A Curatela não foi de todo abandonada, o que houve foram modificações em sua aplicação e o surgimento de um novo instituto, a Tomada de Decisão Apoiada, que possibilita maior autonomia e participação da pessoa a ele submetida, quer dizer, por meio dela apoiada. Para Rosenvald (2015), essa nova modalidade materializa o princípio da Dignidade da Pessoa Humana no sentido protetivo e no promocional.

A Tomada de Decisão apoiada passa a ser um modo legítimo e excepcional de restrição de direitos da personalidade, por meio da transferência do poder decisório aos apoiadores, os quais poderão decidir sobre questões relativas à intimidade da pessoa apoiada, sem, no entanto, configurar renúncia a direitos fundamentais. Rosenvald (2015) entende que esse ato decisório é digno de proteção pelo ordenamento quando promover a dignidade do beneficiário, bem como pela faculdade do beneficiário em revogar a qualquer tempo os poderes dos apoiadores, e por não ser convertido esse ato em renúncia aos direitos fundamentais. Essas características da tomada de posição apoiada que trazem benefício ao apoiado, indicadas por Rosenvald, são claras manifestações no direito brasileiro, a exemplo de outros Estados Constitucionais, da igualdade, do respeito e da liberdade como princípios garantidores da dignidade (HÄBERLE, 2013).

Também com caráter de excepcionalidade para a proteção de pessoas que apresentam redução no discernimento, destaca-se a nova modalidade de Curatela. Não sendo mais a regra, ela é aplicada como uma alternativa em relação a Tomada de Decisão Apoiada quando a pessoa não apresenta capacidade para seus atos existenciais e/ou quando não apresenta discernimento suficiente para seus atos patrimoniais. Não obstante a nova Curatela a princípio restrinja-se para a aplicação, e em caráter excepcional, ao direito patrimonial, também pode vir a ser aplicada ao direito existencial se o juiz da causa compreender que, para a proteção e respeito à dignidade da pessoa com redução no discernimento seja mais benéfico ampliar os poderes do curador, passando a abranger os atos existenciais. Nesse sentido é o entendimento de Brazalle e Pinheiro (2016) ao interpretarem o EPD, fundamentados

a partir da teoria de Pietro Perlingieri, que entendem que dessa maneira a curatela auxiliará que o curatelado tenha livremente o desenvolvimento de sua personalidade.

Vale destacar que por trás das chamadas liberdades individuais⁷ encontra-se a autonomia privada que, embora não gere direitos absolutos, protege nuclearmente esses direitos oriundos das liberdades individuais (BARROSO, 2012).

Ademais, em caso de colisão entre a autonomia de pessoas diferentes ou mesmo entre a autonomia e a dignidade de uma mesma pessoa, não se dispensa o raciocínio jurídico necessário para o sopesamento dos fatos mantendo o equilíbrio dos direitos da pessoa preservando-lhe com isso a dignidade humana, cujo elemento essencial é a autonomia privada (BARROSO, 2012).

CONCLUSÃO

Ao pesquisar os institutos da tomada de decisão apoiada e da curatela que, a partir do EPD, são aplicados à pessoa idosa na busca de garantir a manutenção da dignidade humana percebe-se que a partir das alterações do CPC e do EPD, que posições paternalistas não cabem mais em relação à pessoa idosa por diversas razões.

A primeira razão, é porque à velhice de hoje não cabe mais a visão de retorno à infância. As pessoas idosas não se tornam dependentes e incapazes meramente pelo processo de envelhecimento. Apresentam-se, pelo contrário, cada vez mais ativas, resilientes⁸ e envelhescentes.⁹ Não podendo ser vista, portanto, a velhice como uma etapa final da vida, como retorno ao infantil e à dependência. Repisa-se aqui que conferir autonomia a pessoa idosa é preservar sua dignidade perante toda a sociedade.

No que diz respeito à pessoa idosa que apresenta sua capacidade de discernimento reduzido, seja parcial ou totalmente, pode-se compreender, a partir dos estudos realizados, que devem igualmente ter a dignidade humana preservada. E isso pode ser feito pelas formas de limitação da autonomia privada da pessoa idosa por meio da tomada de decisão apoiada e/ou pela nova forma de se aplicar a curatela – a qual se mostra bem mais restrita e de caráter excepcional. O uso de um instituto ou outro deverá ser devidamente analisado e estabelecido pelo Juiz a partir de uma análise biopsicossocial da pessoa e também de seu ambiente, o que demonstra a importância que atualmente se dá a realização de uma análise multiprofissional auxiliar à análise

⁷ Mesmo as liberdades individuais concernentes à privacidade tais como as que versam sobre a expressão, a religião, a associação, bem como ao direito reprodutivo e sexual.

⁸ Resiliência é definida como um processo intersubjetivo, e também neuronal, que possibilita ao próprio sujeito a retomada de seu desenvolvimento, de atividades cotidianas ou mesmo de criação de novas possibilidades de vida (CYRULNIK; CABRAL, 2015.)

⁹ Envelhescência é expressão cunhada por Berlinck (2000, p. 193-198) para designar a pessoa idosa que vivencia o seu envelhecimento sabendo lidar com as transformações, perdas, modificações, com tolerância. Por fim, lida com o descompasso entre a situação das perdas das funções corporais e a manutenção da capacidade de discernimento, o desejo e a autonomia.

jurídica para firmar a existência da limitação. Ademais, a pessoa a quem se destina a aplicação de ambos institutos deve ser realmente beneficiada pela aplicação.

Seguindo-se o entendimento de Rosenthal, Bezerra de Menezes, Medeiros, Teixeira entre outros, compreende-se que fundamentado na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, bem como EPD todas as pessoas apresentam autonomia, sejam elas idosas com capacidades físicas e/ou psíquicas parcialmente afetadas e/ou deficientes. Por conseguinte, os idosos que apresentam redução no discernimento, igualmente não se assujeitam mais à interdição plena. A partir de 2015 as pessoas idosas também se beneficiam do instituto de apoio mantendo o direito de decisão sob a própria vida, tanto no que diz respeito aos atos civis como aos existenciais.

Ademais, as referidas Convenção e Estatuto, trazem para o ordenamento jurídico a curatela com um caráter de excepcionalidade, não mais como regra. E restrita aos atos patrimoniais, alcançando os atos existenciais só excepcionalmente e analisando-se cada caso, o juiz compreender que o benefício ao curatelado é maior se os atos forem estendidos aos atos existenciais. Fato esse que leva a um novo entendimento e nova aplicabilidade desse instituto, necessitando de nova interpretação sobre seu tratamento tanto no CC, como no CPC.

Sobretudo, vale destacar que o EPD – que, como demonstrado neste estudo, também se aplica às pessoas idosas que apresentam redução nas capacidades – é lei específica com um *status* de norma constitucional porque decorre de um tratado internacional de direitos humanos e deve ser interpretado com absoluta hierarquia em relação as demais leis no ordenamento jurídico interno.

Ainda, pode-se concluir que mesmo nos casos de diminuição de discernimento – seja ele decorrente do envelhecimento ou de doença degenerativa – a pessoa idosa não pode ser considerada incapaz. Isso porque a plena capacidade civil não é afetada pela condição de alteração do discernimento, nem mesmo por uma deficiência intelectual. Assim, na medida de sua capacidade, deve a pessoa idosa participar da escolha do apoiador ou do curador, o que lhe garante respeito e manutenção da dignidade humana.

Mesmo no que tange a curatela, como demonstrado no estudo, sua aplicabilidade é somente como uma medida excepcional e restrita aos atos negociais e patrimoniais, porém, sempre que aplicada, deverá ser justificada e comprovadamente demonstrada a necessidade de sua aplicabilidade. Pode-se compreender que a aplicação do instituto da curatela em nada afeta plenamente a capacidade civil da pessoa idosa. Sendo que essa pessoa pode exercer quaisquer atos de ordem existencial, quer sejam eles referentes aos direitos sexuais e reprodutivos, quer sejam em relação a constituição de nova relação conjugal. Sobretudo, o estudo possibilitou compreender que ocorre a manutenção da autonomia e a preservação da dignidade da pessoa idosa quando aplicados os institutos da nova curatela e da tomada de decisão apoiada.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo. *Autonomia: fundamento da dignidade humana em Kant*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia)–Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/2823>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá, e em todo o lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*, ano 101, v. 919, maio 2012, p. 127-197. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BERLINCK, Manoel Tosta. A envelhecimento. In: BERLINCK, Manoel Tosta. *Psicopatologia Fundamental*. São Paulo: Escuta, 2000. p. 193-198.

BERTI, Francesco. *L'amministrazione disostegno*. Aspetti giuridici e sociologici. Disponível em: <<http://www.adir.unifi.it/rivista/2009/berti/index.htm>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BEZERRA DE MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre a Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Civillistica.com: revista eletrônica de direito civil*, Rio de Janeiro, ano 4, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilis-tica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>. Acesso em: 12 maio 2018.

BEZERRA DE MENEZES, Joyceane Bezerra de. O risco do retrocesso uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do Código Civil, do CPC, do EPD e da CDPD a Partir da Alteração da Lei No. 13.146, de 06 de Julho de 2015, 12. *Revista Brasileira Direito Civil*, v. 137, 2017. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/rvbsdirec12&id=138>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

BRASIL. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 20 maio 2018.

BRAZALLE, Flávia Balduino; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Uma reviravolta no direito protetivo: a nova curatela e a pessoa com deficiência. *R. Jur. FA7*, Fortaleza, v. 13, n. 2, p. 39-53, jul./dez. 2016. Disponível em: <www.uni7.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/download/62/51/>. Acesso em: 05 jun. 2018.

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.

CYRULNIK, Borsi; CABRAL, Sandra. Resiliência: ações pela reinstauração de um futuro. In: COIMBRA, Renata Maria; MORAIS, Normada Araújo de. *A resiliência em questão: perspectivas teóricas, pesquisa e intervenção*. Porto Alegre: Artmed, 2015.

FERRARI, Elenice A. de Moraes et al. Plasticidade Neuronal: Relações com o comportamento e Abordagens Experimentais. *Psicologia Teoria e Pesquisa*, v. 17, n. 2, p. 187-194, maio/ago. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v17n2/7879.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

FREUD, Sigmund. Sobre o início do tratamento [1913]. In: FREUD, Sigmund. *Observações psicanalíticas sobre um caso de paranoia relatado em autobiografia: ("O caso Schreber")*: artigos sobre técnica e outros textos [1911-1913]. Tradução e notas Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon; PONTES, Joao Gabriel Maderira; TEIXEIRA, Pedro Henrique da Costa. Civil Constitutional Rights and the Free Development of the Elderly Personality: Lear's Dilemma, 2. *Revista Brasileira Direito Civil*, v. 42, 2014. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rvbsdirec2&div=7&start_page=42&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 10 maio 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45-104.

IBGE. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. *Estatísticas Sociais*, 24 abr. 2018. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017.html>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009a.

KANT, Immanuel. *A crítica da razão pura*. Tradução Lucimar A. Coghi Anselmi, Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009b.

KANT, Immanuel. Resposta à questão: O que é Esclarecimento? (1784). Tradução Márcio Pugliesi. *Cognitio*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 145-154, jan./jun. 2012. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/cognitiofilosofia/article/download/11661/8392>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática*. Tradução Valerio Rohden. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

LANCETTI, Antonio. *Contrafissura e plasticidade psíquica*. São Paulo: HUCITEC, 2015.

LEAL, Isabel. *A entrevista psicológica: técnica, teoria e clínica*. 2. ed. Lisboa: Fim de século, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Leticia Ludwig (Org.). *Bioética e Responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 299-346.

MEDEIROS, Maria Bernardette de Moraes. A antonímia proteção/exclusão presente nos estatutos da interdição/curatela. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, v. 60, p. 23-45, ago. 2007/abr. 2008. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246469001.pdf> Acesso em: 04 maio 2018.

MEIRELLES, Jussara. O transtorno bipolar de humor e o ambiente socioeconômico que o propicia: uma leitura do regime de incapacidades. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil. v. II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 602-613.

NERI, Anita Liberalesso. Qualidade de vida na velhice. In: REBELATTO, José Rubens et al. (Ed.). *Fisioterapia Geriátrica: a prática da assistência ao idoso*. São Paulo: Manole, 2004.

PALMA, Lucia Terezinha Saccomori; SCHONS, Carmen Regina (Org.). *Conversando com Nara Costa Rodrigues: sobre gerontologia social*. 2. ed. Passo Fundo: UPF, 2000.

PINHEIRO, Thadeu. *Curatela: a humanização promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência*. 2017. 12 p. Trabalho de Conclusão (Curso de Direito)-Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Chapecó, 2017.

ROSENVALD, Nelson. *A tomada de decisão apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência*. 2015. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/d27320_ad4936f4ed4e41088be63d7bf571cf61.pdf> Acesso em: 02 jun. 2018.

RÜGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil: Atualidades II - Da autonomia privada nas situações jurídicas Patrimoniais e Existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTIN, Janaína Rigo; BOROWSKI, Marina Zancanaro. O idoso e o princípio constitucional da dignidade humana. *RBCEH*, Passo Fundo, v. 5, n. 1, p. 141-153, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rbceh/article/viewFile/261/196>>. Acesso em: 03 maio 2018.

SANTOS, Robinson dos. Kant e a metaética. *Studia Kantiana*, v. 15, n. 1, p. 63- 86, abr. 2017. Disponível em: <<http://www.sociedadekant.org/studiakantiana/index.php/sk/article/view/284>>. Acesso em: 08 maio 2018.

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*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 105-118.

SOUZA, Iara Antunes; SILVA, Michelle Danielle Cândida. Capacidade civil, interdição e curatela: As implicações jurídicas da Lei n. 13.146/2015 para a pessoa com deficiência mental. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 291-310, dez. 2017. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/77546>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/rvbsdirec16&id=70>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

TOLEDO, Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Sodero. *A curatela do idoso portador da Doença de Alzheimer*. 2008. 179 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Lorena, 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/cp111065.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

WEBER, Thadeu. Autonomia, Dignidade da Pessoa Humana e Respeito em Kant. In: UTZ, Konrad; BAVARESCO, Agemir; KONZEN, Paulo Roberto (Org.). *Sujeito e liberdade: investigações a partir do idealismo alemão*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012. Disponível em: <http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11607/2/Autonomia_Dignidade_da_Pessoa_Humana_e_Respeito_em_Kant.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

VITORELI, Eliane; PESSINI, Salete; SILVA, Maria Júlia Paes da. A auto-estima de idosos e as doenças crônico-degenerativas. *RBCEH - Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano*, Passo Fundo, p. 102-114, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rbceh/article/view/20>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CONCEITO DA SOCIEDADE DE RISCO

Thiago Pires Canal¹

O presente capítulo busca por meio de uma metodologia sistêmica identificar na doutrina e dispositivos legais o elemento estruturante de um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no contexto de uma sociedade que gera risco ambiental.

Em primeiro momento, utilizando como marco teórico Ulrich Beck, será abordado o contexto social do qual se desenvolve o risco ambiental, mediante um histórico do consumo em massa até a atualidade. Após, será estabelecido o conceito de um direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Ao final será analisado se o cerne deste direito fundamental reside na dignidade em sua acepção humana ou na ampliação do referido conceito aos animais não-humanos. Pretende-se uma reflexão, a partir daí, sobre o mínimo existencial ambiental.

1 DA SOCIEDADE DE RISCO

A conferência de Estocolmo em 1972 representou uma mudança de paradigma no ponto de vista ambiental. Foi verificado na oportunidade a insustentabilidade, sobretudo das questões ambientais, em relação aos modos de produção e da forma como agia a sociedade na ocasião. Porém cabe a reflexão: quais seriam os motivos que geraram na ocasião a preocupação com as questões ambientais?

Historicamente devemos observar algumas questões. A revolução industrial, ocorrida na Inglaterra inicialmente, alterou profundamente a macroeconomia em geral, alterando por consequência o mercado de consumo. Os produtos, antes escassos, ou até mesmo inexistentes, passaram a estar à disposição para compra e venda com maior facilidade. Desde o início da revolução industrial os métodos produtivos aperfeiçoaram-se, fazendo com que as empresas produzissem mais, e com melhor qualidade.

Importante marco histórico neste sentido, foi o fordismo. Com a linha de montagem, os níveis de resultados no processo industrial aumentaram drasticamente. Os carros, antes produtos de luxo e privilégio de poucos, se popularizaram, alcançando praticamente toda a população economicamente produtiva. Durante muitos anos, as indústrias focaram sua produção em vender os produtos para quem não os tinha.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Advogado.

Essa popularização dos produtos se deve ao fato de que aumentando a oferta, como consequência lógica do mercado, diminui-se o preço. Com preços mais baixos, os produtos tornam-se acessíveis a camadas sociais que antes não haviam poder de compra. Durante muitos anos, esta lógica de mercado se aplicou, atrelado ao crescimento econômico das empresas.

Por outro viés, a velocidade implementada pela linha de montagem sobretudo, evidenciou uma precarização das condições de trabalho, muito bem retratadas por Chaplin no filme “Tempos Modernos”. A partir deste ponto, passamos a verificar, além dos aspectos positivos, as externalidades negativas (sociais e ambientais) relacionadas ao processo industrial, sobretudo ao desenvolvimento puramente econômico implementado até então. Este processo de crescimento industrial apenas acentuou, ao longo do tempo, o desnivelamento e o desequilíbrio em todos os níveis (BAUDRILLARD, 2007, p. 55).

Do ponto de vista empresarial, não crescer não significa a estagnação, mas sim o retrocesso. A necessidade do crescimento constante está interligada ao âmago de toda organização privada. O lucro depende disso. Deste ponto em diante, houve também a popularização dos shopping centers, enquanto grandes templos do consumo popular, e posteriormente, o consumo via internet, de maneira rápida e quase instantânea, enquanto consequência de uma sociedade de informação.

Esta necessidade de crescimento constante fez com que as corporações trabalhassem também ações de marketing e publicidade, fazendo com que a população não consuma somente o que é necessário dentro do seu ponto de vista. Passou-se a vender, acima da necessidade, o bem-estar. Ninguém queria iphones, até que os inventaram. Esta passou a ser a lógica do mercado, evidenciando uma sociedade de consumo. O mercado passou a estabelecer condições e hábitos para os consumidores (BAUMAN, 2008, p. 82).

Os *shoppings* passaram a ser o símbolo do consumismo. Tornou-se uma experiência onde todos consomem algo, dentro das suas individualidades ao mesmo tempo. Enquanto alguns pagam o estacionamento, outros estão nas lojas, nas praças de alimentação, nos cinemas. Todo o movimento dentro do shopping é focado totalmente ao consumo. Mesmo a mera locomoção, ao redor de vitrines e promoções é orientada ao consumo. Não há como vivenciá-lo, sem consumir algo.

De forma ainda mais intensa e orientada tornou-se a internet um novo templo de consumo, com uma grande vantagem: sem precisar sair de casa. Vivencia-se a mesma situação, sob circunstâncias diferentes. Em todas as páginas, redes sociais em geral, há ofertas de produtos, há notícias e também análises de quais produtos são mais adequados para se comprar. Compram-se e alugam-se filmes com mais facilidade ainda que nos shoppings: na internet não se escolhe apenas o que está em cartaz; assiste-se o que quiser “on demand” na hora que quiser. Tudo está disponível,

de maneira instantânea, via “streaming” nos computadores, celulares e televisores. Qualquer aparelho é apto quando o assunto é consumir algo.

A internet possui um aspecto ainda mais peculiar: os dados do seu público. A oferta dos produtos é orientada de acordo com o histórico das páginas das quais foram acessadas, bem como das preferências colocadas e “curtidas” espontaneamente dadas nas redes sociais. Há uma individualização da oferta, de modo que, diferentemente da vitrine de um shopping, onde um determinado produto chamará atenção de algumas pessoas em detrimento de outras, na internet há chamados com propagandas individuais, de acordo com suas preferências e vontades.

A oferta de crédito viabilizou esse consumo. Hoje não é necessário ter dinheiro para realizar a compra. Apenas é necessário um número relacionado a um cartão de crédito. Não é preciso poupar para comprar. Com o crédito, compra-se com o dinheiro ainda inexistente muitas vezes, pelo trabalho de cada um, e de maneira instantânea. Em poucos cliques, via aplicativos ou browser, paga-se pelos produtos, que podem ser baixados na hora, ou entregues minutos ou dias depois de forma física. Compra-se os produtos e serviços hoje. Paga-se amanhã, mês que vem, ou nos próximos meses, mediante parcelamento.²

De acordo com o site do SPC Brasil, atualmente há cerca de 64 milhões de brasileiros negativados, ou seja, em inadimplência (PAÍS ENCERRA..., 2018). Importante salientar que neste contexto não se encaixam todos os endividados, tão somente aqueles que deixaram, portanto, de efetuar pagamentos. Ou seja, em meio ao consumismo, torna-se fácil adquirir produtos, mas por vezes, há a árdua tarefa por parte do consumidor, enquanto vulnerável nas relações de consumo, em se organizar a manter sua saúde financeira de forma correta, arcando com suas dívidas.

Desta forma, é a inadimplência uma externalidade negativa da sociedade de consumo. Gasta-se não mais pela necessidade inerente ao ser humano, mas pelo bem-estar, pela felicidade, por estar na moda. Esta capaz de remodelar boa parte da sociedade à sua imagem, impondo um determinado comportamento por parte do consumidor (LIPOVETSKY, 2009, p. 9). A condição da existência passou a estar interligada à cultura consumista (BAUMAN, 2008, p. 70).

Este crescimento econômico sem limites causa riscos, sendo o primeiro deles de ordem social, como no caso acima. O risco de empobrecimento existe, assim como o relacionado à saúde, sendo que os problemas causados correm em efeito bumerangue: nascem das empresas, controladas pelos ricos, atingem diretamente boa parte da população e voltam aos mesmos, causando efeitos também sobre estes (BECK, 2010, p. 27).

² Neste viés, em pesquisa no site SPC Brasil (<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/indice/4890>) verifica-se que 33% dos consumidores de cartões de crédito não sabem o quanto gastaram no mês de maio de 2018. Este é um indicativo da falta de planejamento financeiro, bem como da facilidade em contrair dívidas.

A inadimplência é uma de várias externalidades negativas que se pode retirar do processo produtivo e do consumo em massa. Dos números atuais de não pagadores, parte voltará a positivar seus cadastros, voltando a ter poder de compra, e por consequência, retornarão ao mercado de consumo. Outros se afundarão em juros dos bancos, financeiras e cartões de crédito, ingressando no quadro de superendividamento, ou até mesmo da insolvência.

A saída de consumidores do mercado atinge diretamente as empresas. Por isso, a diminuição de poder de compra, para efeitos de macroeconomia, é altamente prejudicial ao mercado. É neste viés que a insustentabilidade social pode também gerar insustentabilidade econômica.

Assim como nas questões sociais, o foco direcionado apenas aos aspectos econômicos do desenvolvimento geram também riscos ambientais. Dentre as externalidades dos processos produtivos, estão a degradação da fauna e flora com intuito de prover e fornecer matéria-prima às indústrias.

Neste sentido, resta evidente que os modos de produção, juntamente com os modos de consumo geram eminente risco ambiental. Se por um lado, compra-se pelo prazer, pela felicidade, por dar o máximo de satisfações (BAUDRILLARD, 2007, p. 70), o consumo sem limites leva ao uso indiscriminado dos recursos naturais, uma vez que a matéria-prima dos produtos que propiciam o desenvolvimento é proveniente do meio ambiente.

O efeito bumerangue alertado por Beck também ocorre nestas questões: parte dos recursos naturais não são renováveis, sendo que a utilização excessiva e indiscriminada desses recursos prejudica as futuras gerações, não só pelo ponto de vista ambiental. A própria falta dos recursos para determinados produtos, gera risco de reflexo das questões ambientais também nos aspectos econômicos e sociais.

Tal constatação, bem como a necessidade de mudanças de atitudes em relação ao meio ambiente foi evidenciada por meio da Conferência de Estocolmo em 1972, sobretudo por meio do princípio 4 da referida declaração que relaciona o desenvolvimento econômico aos cuidados na preservação ambiental.³

Tal declaração, ratificada pelas anteriores sobre a matéria, reconhece o risco de degradação do meio ambiente e a necessidade de adequação de conduta pelos meios produtivos e pelos meios de consumo em geral.

Entretanto, embora existam avanços na área, é notório que o risco às questões ambientais ainda é presente, assim como é possível verificar o impacto ambiental atual da cultura empresarial e da sociedade de consumo no meio ambiente. Observa-se que mesmo com a reflexão sobre as ideias relacionadas à sustentabilidade

³ Princípio 4- O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestres e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo, devido a uma combinação de fatores adversos. Consequentemente, ao planificar o desenvolvimento econômico deve-se atribuir importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres.

há o descumprimento das metas contempladas, sobretudo na Declaração do Rio (1992) e de Johannesburgo (2002) (BOSELMANN, 2002, p. 298).

Salienta-se que o caminho percorrido pela sociedade não pode ser simplesmente interrompido, devendo continuar o mesmo desenvolvimento, porém dotado de uma responsabilidade moral, que possibilite condicionar um meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações (OST, 1995, p. 338).

Esta responsabilidade moral pode ser desenvolvida por meio de medidas preventivas, como uma educação que promova um entendimento sobre a justiça intergeracional (BELL, 2004, p. 47), assim como medidas repressivas, visando coibir justamente a ausência da consciência sobre as questões ambientais.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

A Conferência de Estocolmo representou grande marco ao reconhecer um padrão de sociedade relacionado ao risco ambiental, assim como a necessidade de mudança de comportamento.⁴

A partir disso, verificou-se que para o exercício da liberdade e da igualdade, enquanto direitos fundamentais, seria preciso um meio ambiente sadio e equilibrado. Ou seja, sem que fosse assegurado um direito ao meio ambiente para todos, tornar-se-ia ineficaz a tutela relacionada aos demais direitos fundamentais já anteriormente consolidados.⁵

Da leitura da declaração de Estocolmo podemos extrair a ideia de equilíbrio, presente em todo o seu conteúdo. Se traduz na ideia de um desenvolvimento sustentável, que preserve o meio ambiente, e garanta direitos sociais, sem prejuízo à ordem econômica. Da coexistência destas três áreas de desenvolvimento. Não se verifica nenhum incentivo ao ambientalismo puro e simples, tão pouco ao crescimento econômico desenfreado, sem qualquer responsabilidade socioambiental, como ocorrido nos primeiros anos da revolução industrial.

⁴ De acordo com a proclamação (6) da declaração de Estocolmo: “Chegamos a um momento da história em que devemos orientar nossos atos em todo o mundo com particular atenção às conseqüências que podem ter para o meio ambiente. Por ignorância ou indiferença, podemos causar danos imensos e irreparáveis ao meio ambiente da terra do qual dependem nossa vida e nosso bem-estar. Ao contrário, com um conhecimento mais profundo e uma ação mais prudente, podemos conseguir para nós mesmos e para nossa posteridade, condições melhores de vida, em um meio ambiente mais de acordo com as necessidades e aspirações do homem. As perspectivas de elevar a qualidade do meio ambiente e de criar uma vida satisfatória são grandes. É preciso entusiasmo, mas, por outro lado, serenidade de ânimo, trabalho duro e sistemático. Para chegar à plenitude de sua liberdade dentro da natureza, e, em harmonia com ela, o homem deve aplicar seus conhecimentos para criar um meio ambiente melhor. A defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na meta imperiosa da humanidade, que se deve perseguir, ao mesmo tempo em que se mantém as metas fundamentais já estabelecidas, da paz e do desenvolvimento econômico e social em todo o mundo, e em conformidade com elas.”

⁵ Princípio 1- O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

Busca o documento, sobretudo, a sensibilizar acerca da preservação do meio ambiente sob vários pontos de vista. Primeiramente ante as consequências que a má utilização dos recursos naturais poderia causar a própria economia. Segundo, por inviabilizar ao próprio homem, o exercício dos demais direitos já consolidados, caso o meio ambiente não seja sadio e equilibrado. Terceiro ponto, por não fazer menção à preservação integral do meio ambiente, e sim ao uso sustentável do mesmo, propiciando a continuidade do desenvolvimento econômico e social. Quarto ponto, pela ideia de sustentabilidade se estender às gerações futuras, sendo importante para viabilização deste ponto a adequação da economia e da sociedade aos parâmetros de uma melhor preservação e do uso sustentável de recursos naturais. Ou seja, percebe-se que o risco social não está no presente, mas no futuro, deixando o passado de ter força determinante sobre o presente (BECK, 2010, p. 40).

Cabe salientar ainda que os 26 princípios da referida declaração se constituem em extensão da Declaração dos Direitos do Homem de 1948 (SILVA, 2010, p. 60). Desta forma, os direitos ali declarados possuem o mesmo patamar e importância aos declarados anteriormente.

Os valores de Estocolmo foram contemplados por meio da Política Nacional do Meio Ambiente em nosso ordenamento jurídico. Como importante marco no ordenamento jurídico brasileiro, a lei contemplou os conceitos que teriam aplicabilidade até os dias atuais, dentre eles o conceito de meio ambiente.⁶ No mesmo sentido, atribuiu a visão de compatibilização entre o desenvolvimento econômico-social e o equilíbrio ecológico.⁷

A Constituição Federal de 1988 recepcionou de mesma forma o conteúdo de Estocolmo, principalmente por meio do art. 225.⁸ Esse estabeleceu importante conteúdo principiológico atrelado à preservação do meio ambiente, sobretudo no que diz respeito aos princípios do direito ambiental.

⁶ Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

⁷ Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; [...]

⁸ 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 [...]

Foi disposto em primeiro lugar, o dever de não degradação do meio ambiente, tanto pelo Poder Público, quanto pela coletividade (SILVA, 2014, p. 175). Verifica-se um poder-dever por parte do Estado, que mediante políticas públicas em geral deve proteger o meio ambiente. Por outro lado, observa-se o direito-dever inerente a todos, a toda a coletividade.

Contempla-se, portanto a responsabilidade moral em relação ao meio ambiente, por meio de norma constitucional expressa. Esta responsabilidade não necessariamente se revela em seu sentido repressivo, mas por sua afeição preventiva. Refere-se, portanto a uma reflexão das ações, tanto do público, quanto do privado, inerente a todos os cidadãos. Atribui-se a todos o dever, cada um nas suas respectivas funções, para que se tenha especificamente o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado a todos.

Exemplifica-se por meio da responsabilidade atribuída a todos de forma compartilhada pela logística reversa na política nacional de resíduos sólidos (Lei 12.305/2010). Nesta, assim como nos moldes constitucionais, enquanto lei ordinária, também se atribui a todos a responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos em geral, seja por meio da coleta seletiva, ou por outros meios.⁹

Por outro viés, o parágrafo terceiro do dispositivo constitucional dispõe sobre a questão repressiva da responsabilidade, enquanto sanção administrativa e penal.¹⁰ Ou seja, a imposição de sanções em caso de danos ambientais, atrelada também ao princípio do poluidor-pagador.

Portanto, é possível identificar que há uma motivação moral positivada devidamente pelo legislativo, enquanto consequência de um direito humano (SEN, 2011, p. 8). No caso em tela, a Constituição recepcionou os valores oriundos da conferência de Estocolmo, garantindo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este direito se apresenta com uma dupla natureza jurídica: tanto subjetiva, e portanto inerente à personalidade, quanto objetiva, de caráter público, de valor comunitário (LEITE, 2003, p. 88).

Desta forma, verifica-se que o conteúdo do caput do art. 225 da Constituição se refere ao direito de todos, tanto individualmente, quanto na coletividade, ao meio ambiente sadio e equilibrado. E que este direito está relacionado naturalmente ao dever abordado acima.

⁹ Art. 30. É instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, consoante as atribuições e procedimentos previstos nesta Seção [...]

¹⁰ [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Neste viés, observa-se o dever em resguardar às futuras gerações condições existenciais semelhantes do ponto de vista ambiental, sendo tal questão uma responsabilidade das gerações contemporâneas (SARLET, 2011, p. 41).

Independentemente da preservação, as ações do homem possuem impacto ambiental na natureza. Utiliza-se recursos naturais não-renováveis, como a extração de minérios, onde se observa nítido impacto ambiental, não recuperável com vistas ao futuro. Desta forma é importante pontuar tal questão, de forma que é preciso propiciar às futuras gerações condições mínimas existenciais, sendo elas semelhantes às que temos, enquanto seres humanos, atualmente.

Este mínimo existencial ambiental dependerá também de outros fatores, como o desenvolvimento econômico e social, da tecnologia, da cultura e da educação ambiental. Desta forma, ante a impossibilidade de se prever quais serão as condições futuras do meio ambiente, pelo princípio ambiental da precaução a questão ambiental deverá sempre ser pensada no dever da máxima proteção, e do mínimo impacto.

Deve-se ressaltar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser considerado enquanto direito fundamental, uma vez que o mínimo de condições ambientais está intimamente ligado à dignidade, enquanto valor básico, inerente aos direitos fundamentais. Diante de tal “status” jurídico e ante as considerações anteriores, verifica-se a necessidade de um entendimento do referido direito enquanto cláusula pétrea,¹¹ não sendo permitido, retrocesso às garantias ambientais contempladas na Constituição Federal.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO FUNDAMENTO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

É evidente a presença da dignidade enquanto fundamento inerente a todos os direitos fundamentais. A Declaração de Direitos Humanos da ONU contemplou tais valores em seu preâmbulo, abordando na ocasião os direitos relacionados a igualdade e liberdade.¹² A estatuição de tal conceito no ordenamento jurídico deixa expresso de maneira inequívoca a proteção à dignidade (PIEROTH, 2012, p. 169).

Isto se deve à reflexão social do que ocorreu durante duas guerras mundiais. É notório, ao verificar a história, que em muitas oportunidades fora violado a dignidade em suas dimensões básicas em graves violações aos direitos humanos fundamentais.

¹¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
[...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais. [...]

¹² [...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]

O referido documento, datado de 1948, deixa claro a impossibilidade de retrocesso da humanidade no tocante à proteção da dignidade humana.

Tem-se a partir daí, a difícil tarefa de conceituar o que é exatamente a dignidade. Trata-se de valor intrínseco e logicamente subjetivo, mas onde também é necessária uma exteriorização dos valores, estabelecendo ao mínimo, conceitos e características objetivas. Sarlet (2005, p. 37) estabelece um conceito relacionado ao mínimo existencial para uma vida saudável.¹³

É árdua a tarefa de se estabelecer as fronteiras e os limites que estariam relacionados ao conceito da dignidade. Isto se dá tanto pelos valores morais que envolvem a questão, o que abrange filosofias, religiões, ideologias distintas, como também é preciso salientar que à medida que há desenvolvimento do Estado, seja econômico, social ou ambiental, há naturalmente uma ampliação das condições mínimas de existência. Neste caso, o conceito de dignidade pode vir a ter, portanto, outros contornos.

Por isso, o melhor entendimento seria de um mínimo pelas perspectivas ambientais, sociais e econômicas, em contornos que visem garantir um desenvolvimento sustentável às presentes e futuras gerações. Importa salientar que um conceito amplificado do que são “condições mínimas” podem também trazer a insustentabilidade. Verifica-se como relevante, desta maneira, tal ressalva.

Embora relacionando a noção do mínimo existencial à sustentabilidade, cabe ainda a indagação: qual seria a dignidade que estaria no cerne do direito fundamental ao meio ambiente? Quem é o titular do direito ao mínimo existencial ambiental?

Para resolução de tal questão, tem-se inicialmente duas correntes: a antropocêntrica, colocando tão somente o homem enquanto sujeito de direitos e como centro da tutela jurídica em matéria ambiental; a ecocêntrica, colocando a natureza em primazia ao homem, com relevância aos direitos dos animais.

Considerando uma abordagem ecocêntrica, o conceito de dignidade e do mínimo existencial, bem como o “status” enquanto sujeito de direitos seriam inerentes a todos os animais, inclusive aos não-humanos.

De acordo com Nussbaum (2013, p. 431) o conceito de dignidade inerente aos seres humanos não é diferente aos demais animais. Ambos possuem, neste enfoque, o direito a conviver e a ter o mesmo meio ambiente sadio para uma boa qualidade de vida. Neste viés os animais seriam sujeitos e agentes, não somente objetos de compaixão.

¹³ [...] tem-se por dignidade humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Compreende-se a partir disso, que, uma vez a dignidade sendo elemento estruturante do direito fundamental ao meio ambiente, o titular deste direito seriam todos os animais, e não tão somente o homem.

Entretanto, entende-se que a referida abordagem não merece prosperar. Deve-se considerar um ponto muito importante abordado pela autora: o dever de cuidado com os animais não humanos e que estes podem ter inclusive um senso de cuidado e sensibilidade, desde que não sendo considerado de maneira equiparada aos humanos, por um simples motivo: a racionalidade. Portanto, entende-se, para efeitos do presente trabalho, que animais não humanos não são sujeitos de direito, sobretudo do direito fundamental ao meio ambiente.

De acordo com Alexy (2016, p. 90), o conceito de pessoa envolve três estruturas básicas: inteligência, sentimento e consciência. Aos animais, embora dotados das duas primeiras características citadas, lhes faltam a consciência, fato esse que diferencia os animais humanos dos não-humanos.

Esta consciência nada mais é que o exercício da reflexão e da cognição. É a capacidade da pessoa em captar uma informação, por meio da inteligência, sentir algo a respeito, e formar um juízo de valor inerente a cada fato ocorrido. Este diferencial traz de maneira inerente aos humanos responsabilidades e direitos diferenciados em relação aos demais animais.

Isto não significa que as referidas características das quais os animais não-humanos possuem não possam ser contempladas por uma tutela jurídica. Como dito anteriormente há sentimentos, muito embora não conscientes, que devem ser respeitados, devidamente.

A lei de crimes ambientais (9.605/98) é um exemplo a ser citado. Propõe a lei um cuidado com a fauna de maneira geral, com série de tipos legais, tendo como objetivo a tutela de garantias inerentes aos animais. O art. 32 da referida lei aborda inclusive a questão de maus-tratos, o que já indica a existência de tutela jurídica tipificada aos sentimentos dos animais especificamente.¹⁴

Importa deixar claro que o viés antropocêntrico não impede uma tutela de direitos eficaz e apta a proteger e cuidar dos animais com a responsabilidade que é cabida a pessoa humana, enquanto sujeito de direitos. Tal conceito não impede interpretações ou surgimento de novas regras específicas que venham a trazer maior proteção aos animais não-humanos.

Para finalizar a questão, cabe dizer que tanto a declaração de direitos humanos de 1948, quanto a declaração de Estocolmo (1972) possuem evidente viés

¹⁴ Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

antropocêntrico.¹⁵ O princípio primeiro da referida declaração deixa claro que o destinatário do direito fundamental ao meio ambiente é o homem, e que este deve tê-lo em condições suficientes para uma vida digna.

É o ordenamento jurídico relacionado às questões ambientais destinado aos seres humanos desde sua gênese. Parte-se de um conceito de bem-estar e de um mínimo existencial ambiental a partir do ser humano. Porém, entende-se como cabível na atualidade uma visão diferente da visão antropocêntrica pura contemplada nas declarações de direitos humanos.

Compactua-se com a ideia de Sarlet (2011, p. 74) de um antropocentrismo alargado, colocando como centro ético o homem e sua relação com a natureza, mas objetivando uma tutela ambiental que independe de benefícios diretos ao mesmo.

É, portanto, a dignidade da pessoa humana o fundamento para o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações, considerando o antropocentrismo abordado, inicialmente pelas declarações de direitos humanos e de Estocolmo até a noção atual abordada pela doutrina, bem como a noção de um mínimo existencial ambiental inerente à espécie humana.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, verifica-se que o conceito de um modelo social que causa riscos ambientais é o que enseja a necessidade de regramentos jurídicos na esfera ambiental. Se não houvesse meramente ações que gerassem insustentabilidade ambiental, não haveria a existência de norma orientando a todos um “dever ser” ao comportamento correto e orientado a uma menor degradação ambiental e à preservação do mesmo para as presentes e futuras gerações.

Neste contexto, observa-se que o homem é o destinatário final da proteção ambiental. O meio ambiente sadio e equilibrado é condição mínima existencial do ser humano, e portanto estruturante da dignidade da pessoa humana. Os cuidados aos animais são também essenciais, assim como os recursos naturais, enquanto base deste meio ambiente sadio e equilibrado.

Mesmo considerando os animais não humanos, em sua característica dotada de inteligência e sensibilidade, carecem de racionalidade. Por este motivo não devem ser considerados e equiparados ao conceito de pessoa, e conseqüentemente ao “status” de sujeito de direitos.

¹⁵ Dispõe o Princípio 1 da Declaração de Estocolmo: *O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.*

O foco das questões da sustentabilidade ambiental é efetivamente os seres humanos. A sociedade de risco é causada pelas ações do homem, de maneira sucessiva e muitas vezes, inconsequente. É dever deste a preservação de um direito que se revela um pressuposto existencial.

Por fim, a dignidade da pessoa humana constitui o núcleo estruturante do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Muito embora uma eventual conclusão pelos animais enquanto sujeito de direitos poderia pudesse em tese alterar esta premissa, a hipótese firmada ao viés antropocêntrico da dignidade e do mínimo existencial humano se revelam como verdadeiros.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. HUMAN DIGNITY AND PROPORTIONALITY ANALYSIS. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, p. 83-96, fev. 2016. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9763>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. 2. ed. Portugal: Edições 70, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma nova modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BELL, Derek R. Creating Green Citizens? Political Liberalism and Environmental Education. *Journal of Philosophy of Education*, v. 38, n. 1, 2004. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.0309-8249.2004.00362.x>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

BOSELTMANN, Klaus. Rio+10: Any Closer to Sustainable Development. *New Zealand Journal of Environmental Law*, v. 297, 2002.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradução Antonio Francisco de Souza e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao extrapatrimonial. Teoria e prática*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIPOVETSKY, G. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. São Paulo: Instituto Piaget, 1995.

PAÍS ENCERRA maio com 63,29 milhões de inadimplentes, mostra indicador do SPC Brasil e CNDL. *SPC BRASIL*, 11 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/indice/4763>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SEN, Amartya. The Global Status of Human Rights. *American University International Law Review*, v. 27, i. 1, p. 1-21, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

SILVA, Solange Teles da. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Avanços e Desafios. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, n. 6, nov. 2014. doi: <http://dx.doi.org/10.22456/2317-8558.51610>

———— PARTE II ————

**DIREITO FUNDAMENTAL
SUA EFETIVIDADE E
AÇÕES AFIRMATIVAS**

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Vantoir Alberti¹

Os princípios são a fonte orientadora do legislador e dos aplicadores do direito, tendo adquirido o *status* de norma no Estado Democrático de Direito.

Dada a sua importância, não basta conhecer os princípios, é preciso saber quais são as suas funções e como são compostas as normas.

As normas são compostas pelas regras e princípios e, em razão disso, há dificuldade e discussões sobre os critérios adotados para diferenciá-los, o que será abordado na primeira seção, destacando-se o critério qualitativo adotado por Robert Alexy na obra *teoria dos direitos fundamentais*.

Na segunda seção serão expostas diversas funções dos princípios com destaque para três, as quais são consideradas principais: função fundamentadora, função orientadora da interpretação e função de fonte subsidiária. Na terceira seção será definido o conceito do princípio da isonomia e demonstrada a sua condição de direito fundamental dos indivíduos.

Na quarta seção serão demonstrados os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para identificar a ocorrência de discriminação de indivíduos e violação do princípio da isonomia.

O presente trabalho é desenvolvido através de pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica e tem como foco principal, a partir da revisão bibliográfica pertinente, destacar a importância do princípio da isonomia no ordenamento jurídico e demonstrar que a discriminação arbitrária é inconstitucional.

1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO

Os princípios são enunciados do ordenamento jurídico que devem orientar o legislador na elaboração das regras e o interprete na aplicação das normas ou na solução dos litígios quando não há regra específica (SUSSEKIND, 2010).

Os princípios e as regras são normas que formam o ordenamento jurídico e, em razão disso, há discussões sobre os critérios utilizados para diferenciar as regras dos princípios, os quais são inúmeros e complexos.

O critério que provavelmente é utilizado com maior frequência para diferenciar as regras de princípios é o da generalidade, segundo o qual, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, ao passo que o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Uma norma com grau de generalidade

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina Chapecó; Pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário, em nível de especialização.

relativamente alto é aquela que garante a liberdade de crença e, com grau de generalidade relativamente baixo, é a norma que prevê que todo preso tem direito de converter outros presos à sua crença. De acordo com o critério da generalidade, a primeira norma é classificada como princípio e a segunda como regra (ALEXY, 2017).

Há outros critérios que são discutidos para diferenciar regras de princípios como, por exemplo, a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, o caráter explicativo de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma regra suprema, a importância para a ordem jurídica, com base no fato de serem razões para regras ou por serem os próprios princípios regras ou no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento (ALEXY, 2017, p. 88-89).

Diante de tais critérios, são possíveis três teses de distinção entre regras e princípios, a saber: (a) a primeira tenta diferenciar as normas em duas classes, sendo uma de regras e outra de princípios, a qual não tende a ter êxito em face da diversidade de critérios existentes; (b) a segunda, apesar de aceitar que as normas podem ser divididas de forma relevante em regras e princípios, estabelece que a diferença é apenas de grau; e (c) a terceira defende que as normas podem ser diferenciadas em regras e princípios e que a diferença entre eles não é apenas gradual, mas sim qualitativa (ALEXY, 2017).

Alexy (2017, p. 90-91) entende que a tese correta para diferenciar regras de princípios é a qualitativa, a qual tem como critério decisivo para diferenciá-los o argumento de que os princípios são normas que ordenam a realização de algo na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, de modo que são *mandamentos de otimização* com a característica de que podem ser satisfeitos em graus variados, enquanto que as regras são normas que são sempre satisfeitas ou insatisfeitas, pois se uma regra vale, deve ser cumprida em seus próprios termos, nem mais, nem menos, ou seja, contém determinações no “âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”

A diferença entre regras e princípios fica mais clara quando ocorre colisão entre princípios e entre princípios e regras. Isso porque, quando ocorre o conflito entre duas regras que se aplicam direta e objetivamente ao mesmo caso, uma delas deixará de prevalecer ou tornar-se-á inválida, inexistindo a possibilidade de flexibilização de uma em detrimento da outra. Na colisão de princípios, por conterem preceitos genéricos, um não invalida o outro, mas, momentaneamente, um prevalecerá sobre o outro em determinadas circunstâncias, o que poderá ser invertido em outras situações (ALEXY, 2017, p. 91-93).

Com o propósito de eliminar a subjetividade na análise dos fatos que motivam a colisão de princípios, Alexy propõe uma fórmula e atribui um peso para cada um dos princípios em colisão, considerando as circunstâncias do caso concreto. O princípio que obtiver o maior peso prevalece naquele caso específico.

Dworkin (2002, p. 38) defende a tese da separação qualitativa entre regras e princípio, sob o fundamento de que a distinção é de caráter lógico, o qual reside no fato de que as regras são aplicadas de forma binária, pois, *ou valem*, e são aplicáveis em sua inteireza ou *não valem* e, conseqüente, não são aplicadas, ou seja, quando uma regra vige, outra que esteja em conflito com ela deixa de valer, de modo que uma anula a outra. Os princípios, por sua vez, são aplicados mediante ponderações de importância, também denominados de modo figurado de peso, onde um não anula o outro, mas se sobrepõe diante das circunstâncias do caso concreto, o que não acarreta a invalidade ou exclusão do princípio que não teve prevalência, podendo, no futuro, ser invertida a situação.

A teoria de Alexy e Dworkin tem em comum o fato de que os princípios se caracterizam como *mandamentos de otimização*, mas possuem diferença. Uma das diferenças, é o fato de que Dworkin “adota um modelo demasiadamente simples ao sustentar que todos os princípios possuem um mesmo caráter *prima facie* e que todas as regras possuem um mesmo caráter definitivo”, enquanto que Alexy defende que “os princípios possuem um diferente caráter *prima facie*” ao serem comparados com as regras (BORGES, 2010, p. 261-262).

O critério qualitativo para diferenciar regras de princípios também é utilizado por Canotilho (2003, p. 1161-1162), o qual leciona que os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, de acordo com as condições fáticas e jurídicas e as *regras* são normas que ordenam imperativamente uma exigência que é ou não cumprida.

Barroso (2003, p. 150) reconhece que há inúmeros critérios para diferenciar regras e princípio, mas que ambos possuem *status* de norma jurídica, sem hierarquia entre um e outro, e para diferenciá-los destaca três critérios, a saber: (i) o conteúdo; (ii) a estrutura normativa; e (iii) as particularidades da aplicação.

Quanto ao conteúdo, os princípios “indicam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados”, de modo que, normalmente, apontam um conteúdo axiológico ou uma decisão política, enquanto que as regras se limitam em descrever uma conduta, razão pela qual a questão relativa a valores ou fins públicos é decidida pelo legislador e não vem explicitada na norma, o que justifica definir que as regras são descritivas de conduta e os princípios são valorativos ou finalísticos (BARROSO, 2003, 150).

Em “relação à *estrutura* normativa, tem-se que o relato de uma regra específica os atos a serem praticados para o seu cumprimento adequado”, sem exigir do interprete algo complexo, e os princípios “indicam fins, *estados ideais* a serem alcançados”, exigindo do interprete algo mais complexo para definir a conduta a ser seguida (BARROSO, 2003, p. 151).

Quanto às particularidades de sua *aplicação* as premissas de distinção entre regras e princípios são as premissas estabelecidas por Dworkin e Alexy, acima abordado, mas que merece destacar os ensinamentos de Barroso.

As regras são proposições normativas que se aplicam ou não se aplicam. Ocorrido o fato regulamentado na regra deve-se aplicá-la de forma direta e automática. “Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante *subsunção*.” (BARROSO, 2003, p. 151).

Os princípios “contêm normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir”, mas, em certas circunstâncias, há princípios com valores e fundamentos diversos que se contrapõem, ocorrendo a colisão de princípios, o que demanda “reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância” e, analisando o caso concreto, “o intérprete deve fazer as escolhas de forma fundamentada.” (BARROSO, 2003, p. 151).

Apesar dos vários critérios existentes para diferenciar regras e princípios, atualmente, há consenso de que ambos compõem as normas em igualdade de hierarquia e, nesta perspectiva, devem ser analisados pelo intérprete para dar uma solução adequada e justa aos casos em concreto.

2 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO

Os princípios possuem múltiplas funções no ordenamento jurídico, mas três podem ser apontadas como principais, quais sejam: função fundamentadora, função orientadora da interpretação e função de fonte subsidiária.

A função fundamentadora dos princípios consiste em fundamentar a ordem jurídica em que faz parte, determinando que todas as relações jurídicas que adentrarem no sistema observem os princípios constitucionais, os quais são a origem do ordenamento jurídico, e devem inspirar e embasar as decisões políticas dos legisladores, dos administradores de Estado, dos Juízes e todas as pessoas que compõem a sociedade política (LIMA, 2002).

A função orientadora da interpretação é a que fundamenta o direito. Isto porque, se as leis são informadas ou *fundamentadas* nos princípios, precisam ser concretizados da mesma forma que os princípios, pois são estes que dão definição às normas (LIMA, 2002).

Sob este aspecto, os princípios são a direção a ser seguida pelo intérprete, porque o ponto inicial do intérprete deve ser sempre os princípios constitucionais, os quais são o conjunto de normas que refletem a ideologia constitucional, seus postulados e seus fins. De forma sumária pode-se dizer que “os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.” (BARROSO, 1998, p. 141).

As leis são fundamentadas nos princípios e, por esta razão, devem ser interpretadas de acordo com os princípios. O doutrinador Sandfeld (1992, p. 183) leciona que:

a) É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) Quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio. Agora, quando à interpretação jurídica, diz: 'na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios.

Neste norte, quando a lei não observar a orientação dos princípios constitucionais o juiz pode decidir em sentido diverso para fazer justiça ao caso concreto.

Na função de fonte subsidiária, os princípios servem como elemento integrador do ordenamento jurídico, quando não há lei aplicável a hipótese típica, conforme previsto no artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Porém, as teorias modernas conferem aos princípios normatividade, razão pela qual perdem a qualidade de fonte subsidiária e emergem a condição de fonte primária e, conseqüentemente, sua aplicação passa a ser obrigatória. Assim, os princípios deixam de ser meros acessórios interpretativos e consagram-se como conquistas éticas da civilização e devem a ser aplicados em todos os casos concretos (PORTANOVA, 1999).

Antigamente os princípios serviam às leis, pois estavam em grau de hierarquia inferior, de modo que eram uma fonte secundária de normatividade, mas, a partir do momento em que os princípios foram colocados na esfera jusconstitucional a situação se inverteu, porque passaram a encabeçar o sistema e guiam a fundamentação de todas as demais normas no sistema jurídico (BONAVIDES, 1998).

Os princípios possuem, ainda, uma série de funções adicionais, dentre elas a de qualificar, juridicamente, a realidade a que se referem "indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontando o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio" e, quando se tratar de princípio constitucional, revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que foram incompatíveis com os seus mandamentos de otimização (ROCHA, 1999, p. 47).

Deste modo, os princípios têm eficácia positiva e negativa, onde eficácia positiva é "a inspiração, a luz hermenêutica e normativa lançada no ato de aplicar o Direito, que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incidíveis no mesmo" e "por eficácia negativa dos princípios, entende-se que decisões, regras, ou mesmo, subprincípios que se contrapõem a princípios serão inválidos, por contraste normativo." (ESPÍNDOLA, 1999, p. 55).

Os princípios constitucionais possuem força vinculante e na hipótese de haver colisão de um princípio com uma regra que não tenha como objetivo proteger outro princípio constitucional, o princípio prevalece e a regra é considerada inconstitucional (ALEXY, 2011).

3 DEFINIÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA OU DA IGUALDADE

A isonomia ou igualdade é possível de ser observada através da análise de uma relação entre indivíduos. A promoção e efetividade da igualdade entre os indivíduos é inerente a dignidade da pessoa humana, a ponto de Bobbio (2000, p. 7) lecionar que o homem como pessoa ou, para ser considerado como tal, “deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade.”

O princípio da igualdade é considerado abstrato, pois nada diz sobre os bens ou fins de que serve para diferenciar ou igualar as pessoas (ÁVILA, 2004, p. 101). Diante disso, Bobbio (2000, p. 11) propõe para definir o significado de igualdade que sejam respondidas duas perguntas, quais sejam: igualdade em quê? e igualdade entre quem? Tais questionamentos são necessários, pois não há como se atestar a igualdade entre dois entes sem antes especificar o dato fático que será analisado entre eles, assim como não pode ser denunciada a igualdade em determinados aspectos sem antes identificar os sujeitos em análise. Portanto, a igualdade é uma relação de paridade entre dois entes e afirmar que dois entes são iguais sem nenhuma outra determinação, não tem significado na linguagem política.

O termo justiça tem sido usado como significado de justiça e para Bobbio (2000, p. 15-16), “a igualdade consiste apenas numa relação: o que dá a essa relação um valor, o que faz dela uma meta humanamente desejável, é o fato de ser justa.”

Neste aspecto, é que surge a fórmula clássica que o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente, mas esta fórmula é apenas um ponto de partida para debate do problema do conteúdo e significado da igualdade, pois inicialmente, pretendia apenas uma igualdade formal em, em razão disso, o conceito de isonomia tinha muito para evoluir (BOBBIO, 2000).

A necessidade de evolução do conceito de igualdade fazia-se necessário, pois é preciso saber o que é um tratamento igual ou desigual e isso “suscita o problema de saber se a fórmula ‘os iguais devem ser tratados igualmente; os desiguais, desigualmente’ incluiu ou não obrigações para que o Estado crie uma igualdade fática.” (ALEXI, 2017, p. 415).

Para Bobbio (2000, p. 16), a igualdade se apresenta como uma constatação fática e, em razão disso, pode ser apreciada sob os mais variados aspectos, relevante ou não. Do ponto de vista jurídico da igualdade para se chegar ao ideal de justiça, mostra-se relevante exclusivamente na esfera das relações sociais. Neste aspecto, a igualdade entre duas coisas, não é justo nem injusto, não tendo nenhum valor em si ou social ou político, pois enquanto a justiça é um ideal a ser alcançado a igualdade é um fato.

A igualdade, ao ser atrelada a ideia de justiça, constitui-se como um meio para alcançá-la, tendo provocado ideologias igualitárias e não-igualitárias.

A doutrina não-igualitária sustentava a desigualdade como característica do universo, sem significado prático no mundo real. Esta doutrina é conhecida como conservadora, pois visava conservar o estado das coisas vigentes, como a hobbessiana, defendendo a desigualdade entre os homens e um juízo de valor negativo da igualdade (BOBBIO, 2000).

Os defensores das ideologias igualitárias eram conhecidos por revolucionários ou reformadores e defendiam a maior igualdade possível entre os homens, pois entendiam que a desigualdade era um mal, citando como exemplo as doutrinas socialistas e comunistas em geral, e visam a eliminação de algumas ou de todas as desigualdades existentes (BOBBIO, p. 38).

A posição, dita *realista*, reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspectos, mas são criaturas da mesma espécie e são iguais entre si e revela-se pela identidade de essência dos membros da espécie, o que não exclui a possibilidade de desigualdade entre eles, mas estas desigualdades são fenomênicas, ou seja, naturais, físicas, morais, políticas, sociais, entre outras. Não se busca uma igualdade que frustre as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se quer uma desigualdade grande e injusta que impeça a liberdade e dignidade do homem, pois a busca é pela igualdade jurídica que justifique as desigualdades com base na ética e valores poéticos desenvolvidos pelo homem, de modo que as desigualdades naturais são saudáveis (ROCHA, 1990).

O princípio da igualdade também pode ter seu significado ligado ao Estado Social, como sendo seu “centro medular”, de todos os direitos de sua ordem jurídica, formando, juntamente com a liberdade, o eixo do Estado Democrático Contemporâneo (BONAVIDES, 2002, p. 340-341).

A isonomia não tem um sentido universal predefinido. Ao contrário, tem significados e valores variáveis em virtude do momento e do local em cujo sistema jurídico irá inserir-se, de modo que sua significação dependera do tipo de Estado de que deriva. Porém, não há dúvidas de que a isonomia é um princípio abstrato e traduz-se tão somente em uma relação de paridade entre seres, em relação a determinado aspecto tomado como paradigma.

3.1 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O artigo 3º, incisos I, III e IV da Constituição Federal estabelece os seguintes objetivos fundamentais da República, respectivamente: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

O princípio da igualdade ou da isonomia foi elevado à condição de objetivo a ser promovido, razão pela qual “tem posição proeminente no sistema

constitucional brasileiro: penetra, informa, dá conteúdo aos demais direitos e garantias constitucionais.” (TABORDA, 1998, p. 24).

Nesta perspectiva, o Constituinte previu no *caput*, do artigo 5º da Constituição Federal que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal incluiu o legislador como um do destinatário do princípio da igualdade e previu que o conteúdo da lei deve ser isonômico, vedando distinção de qualquer natureza, de modo que a lei deve garantir o princípio da isonomia a todos igualmente, tanto na aplicação da lei quanto no conteúdo da legislação, pois a isonomia é um dos conteúdos necessário da legalidade (TABORDA, 1998, p. 24).

A tutela constitucional da isonomia dos indivíduos leva a conclusão de que a discriminação somente poderá ser admitida quando haver uma justificativa protegida pela Constituição Federal.

O princípio da igualdade ou da isonomia está previsto no *Caput* do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, no Título denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, além de ser um dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Por direitos fundamentais entende-se como sendo as normas jurídicas ligadas a ideia de dignidade do homem e de limitação do poder “positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitima todo o ordenamento jurídico.” (MARMELSTEIN, 2011, p. 20).

A Constituição Federal estabelece no Título I os princípios fundamentais, os quais são fundamentados no Estado Democrático de Direito, e, no Título II apresenta o rol dos direitos e garantias fundamentais, além de prever no § 2º do artigo 5º que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Portanto, a Constituição Federal deu ao princípio da igualdade ou da isonomia valor supremo, o qual deverá ser observado tanto no conteúdo da lei como na sua aplicação, de modo que, eventuais discriminações, somente serão admitidas quando houver justificativa lógica, objetiva e razoável, acobertada pela Constituição Federal.

4 O CRITÉRIO UTILIZADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 898.450/SP PARA IDENTIFICAR DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 898.450/SP entendeu que o princípio da isonomia foi instituído na Constituição

Federal para reduzir as desigualdades entre os indivíduos e deve ser interpretado *cum grano salis*, pois não se veda ao legislador o tratamento desigual dos indivíduos, mas desde que ocorra em situação específica e pautado por uma justificativa lógica, objetiva e razoável.

Nesta perspectiva, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o “tratamento diferenciado somente é justificável quando se destina a alcançar determinados objetivos para toda uma parcela da sociedade, hipóteses em que a desigualação milita em prol da própria isonomia.” (RE n. 898450/SP, p. 11).

O Supremo Tribunal Federal adotou o critério da teoria denominada de desigualdade justificada para identificar desrespeito ao princípio da isonomia, segundo o qual deve investigar aquilo que é adotado como critério de discriminação e verificar se há justificativa racional, ou seja, fundamento lógico da discriminação e, por fim, “analisar se a correlação e o fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.” (MELLO, 2012, p. 21-22).

Seguindo este critério, o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia, se divide em três questões, a saber: a primeira diz respeito ao denominado fator de desigualação, a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata que há entre “o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado” e a terceira refere-se “à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.” (MELO, 2012, p. 21).

O fator de desigualação tem dois requisitos: (a) a lei não poder ter como critério diferencial um traço específico que “singularize *no presente e definitivamente*, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar”; e (b) “o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista *nelas mesmas* poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes.” (MELLO, 2012, p. 23).

O ponto principal do fator de desigualação reside no fato de que a lei não pode ser direcionada, de forma específica, a pessoa certa e determinada, pois, ainda que destine-se a um número inferior de destinatários deve ter “uma generalidade, podendo ser atribuída a sujeitos da mesma classe, ainda, desconhecidos.” (RE n. 898450/SP, p. 13).

O fator de desigualação não pode se encontrar na própria pessoa, de modo que a diferenciação, objeto da lei, deve ser decorrente de circunstância fática objetiva, pois “um fator que não acarrete alterações significativas para a situação fática do objeto da diferenciação é incapaz de atrair a necessidade de uma norma diferente das demais.” (RE n. 898450/SP, p. 13).

A questão pertinente à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico

diversificado consiste em “investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada.” (MELLO, 2012, p. 38).

Neste aspecto, o princípio da isonomia é agredido quando o fator diferencial da regra não “guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto.” (MELLO, 2012, p. 38).

A questão referente à consonância da correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e juridicizados somente admite, tendo em vista a tutela constitucional da igualdade dos indivíduos, que o objeto de diferenciação também seja acobertado pela Constituição, ou seja, “as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.” (MELLO, 2012, p. 42).

O critério busca, portanto, uma correlação valorativa lógica da razoabilidade da medida discriminatória.

O Supremo Tribunal Federal concluiu que são inconstitucionais as regras que promovem a discriminação injustificada, o que ocorrerá quando for constatada a presença de elementos arbitrários em seu conteúdo intrínseco.

A diferenciação arbitrária, segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, ocorre “se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei.” (ALEXY, 2017, p. 407).

Neste norte, a diferenciação será arbitrária quando não for possível encontrar um fundamento qualificado para justificá-la, ou seja, deve haver uma razão suficiente que justifique a diferenciação e qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração, pois, se não existe tal razão, o tratamento deve ser igual (ALEXY, 2017).

A ideia retrata para Alexy (2017, p. 408) o seguinte enunciado: “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório.”

Como se denota, o entendimento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro converge com o entendimento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha para identificar desrespeito ao princípio da isonomia.

CONCLUSÃO

A constituição Federal tem como objetivo promover a isonomia entre todos, de modo que a isonomia serve de informação, de norte a ser seguido e de base para os demais direitos e garantias constitucionais, razão pela qual foi previsto no *caput* do

artigo 5º da Constituição Federal que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

O princípio da isonomia contempla tanto o direito de isonomia na aplicação da lei quanto o direito à isonomia de conteúdo da lei, destinando-se, portanto, aos aplicadores da lei e ao legislador.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que o conteúdo da lei viola o princípio da isonomia quando contiver discriminação arbitrária, ou seja, quando não for fundamentada em uma justificativa lógica, objetiva e razoável acobertada também pela Constituição Federal.

Neste contexto, denota-se a importância de conhecer os princípios, principalmente os de ordem constitucional, suas funções e de saber diferenciar os princípios das regras dentro do ordenamento jurídico democrático para, em situações de colisão entre princípios e regras, identificar e justificar qual deve prevalecer considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O Começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

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

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediuoro, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília, DF: UNB, 1996.

BONAVIDE, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

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

- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GUALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 143, jul./set. 1999.
- LIMA, George Marmelstein. As funções dos princípios constitucionais. *Jus.com.br*, fev. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2624/as-funcoes-dos-principios-constitucionais>>. Acesso em: 10 jul. 2018.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 21. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, C. S. *Manual de Metodologia no Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES BORGES, Rodrigo Lanzi de. O conceito de princípio: uma questão de critério. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 7, n. 7, p. 247-269, jan./jun. 2010.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. *Trabalho terceirizado e composição industrial*. 2. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. Malheiros, São Paulo, 1999.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. Tradução Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Flexibilização das Relações de Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do Trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2015. v. 2.

TABORDA, Maren Guimarães. O princípio da igualdade em perspectivas históricas: conteúdo, alcance e direções. *Revista de direito Administrativo*, v. 211, 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47142>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

A MORFOLOGIA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: LIBERDADE E SEUS LIMITES

Rosana Walter¹

Este estudo tem como tema a morfologia do princípio da liberdade de expressão.

Procurou-se buscar os precedentes históricos que justificaram a afirmação das liberdades enquanto direitos humanos fundamentais e da liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988.

Assim, a primeira parte do texto abordará os principais movimentos históricos que contribuíram para afirmação da liberdade e da liberdade de expressão enquanto direitos humanos fundamentais, relacionando-os com os direitos de primeira geração (ou dimensão).

Num segundo momento, tratar-se-á da liberdade de expressão enquanto princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, bem como apontar-se-á alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Ao final, procurou-se identificar os limites ao exercício do referido direito fundamental, incluindo, ainda que ligeiramente, o debate acerca do discurso do ódio.

O trabalho adotou o método teórico e científico. O procedimento foi o bibliográfico e o método lógico de investigação foi o dedutivo.

De se pontuar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas trazer reflexões sobre a liberdade de expressão e seus limites.

1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS LIBERDADES

Na história da construção dos direitos, a liberdade é uma das mais antigas reivindicações da humanidade.

Há quem, a exemplo de Rousseau (1983), entenda que o ser humano nasceu livre, mas perdeu a liberdade que encontrara no *estado de natureza*.

O fato é que, não obstante as mais diversas transformações da sociedade neste mundo volátil, a liberdade é considerada um direito irresistível.

E cada momento da história representa uma noção e uma conquista diversa de liberdade.

Na Antiguidade Clássica, a noção de liberdade individual era algo inconcebível. A liberdade do homem estava vinculada à discussão das questões públicas e da política, o que, inclusive, era relegado às mulheres, estrangeiros e escravos,

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos.

pois a escravidão era institucionalizada. Os antigos, portanto, não conheciam nem a liberdade de vida privada, nem a liberdade de educação, nem a liberdade religiosa e pessoa, enquanto ser humano, tinha pouco valor perante a autoridade santa e quase divina que se chamava pátria ou Estado (COULANGES, 1975).

A Idade Média até hoje é conhecida como o período das trevas. O poder ilimitado dos governantes, fundado numa suposta vontade divina, fez surgir os primeiros movimentos de reivindicação de liberdades: a Declaração das Cortes de Leão de 1188, na península ibérica, e a Magna Carta de 1215, na Inglaterra, também conhecida como a Carta de João Sem Terra.

Como bem esclareceu Comparato (2008), não foi, todavia, uma liberdade geral, em benefício de todos, sem distinções de condição social, mas sim liberdades específicas, em favor de segmentos considerados como superiores na sociedade de então, a exemplo do clero e da nobreza, com algumas poucas concessões em benefício do povo.

Na Europa, o Renascimento e a Reforma Protestante deram lugar para o surgimento do Estado absolutista, marcado pela centralização do poder absoluto na figura do rei e pela divisão da sociedade em estamentos, em que a nobreza e Igreja tinha posição privilegiada.

Esse modelo de Estado começou a ser contestado no século XVII, notadamente, na Inglaterra, onde a crise de consciência europeia fez surgir o sentimento de liberdade (COMPARATO, 2008). A sociedade, sufocada pela força e arbítrio do monarca, desejava a limitação do poder real e a formalização de uma declaração de liberdade civil.

Em 7 de junho de 1628, a *Petition of rights*, representando uma reação à concentração dos poderes na figura do monarca absoluto, documentou o dever do Rei de não cobrar tributos sem a autorização do Parlamento. Quanto ao direito à liberdade, afirmou que nenhum homem livre podia ser detido ou preso ou privado dos seus bens, das suas liberdades e franquias, ou posto fora da lei e exilado ou de qualquer modo molestado, a não ser por virtude de sentença legal dos seus pares ou da lei do país.

As liberdades pessoais procuraram ser garantidas, ainda na Inglaterra, pelo *Habeas corpus act*, de 1679, e pelo *Bill of rights*, de 1689, no contexto da Revolução Gloriosa.

O *Bill of rights* consagrou a separação dos poderes com a supremacia do Parlamento em detrimento da Coroa, dando passagem da monarquia absolutista para o regime da monarquia constitucional. Com a declaração de direitos, foram proclamando direitos fundamentais do povo inglês, tais como o direito de petição, de eleições livres, de imunidade de palavras no parlamento, dentre outros, indicando a quebra do modelo do estado absolutista na Inglaterra.

É bem verdade que as liberdades consagradas nesses documentos, assim como ocorreu com a Carta de 1215, mais beneficiaram o clero e a nobreza. Mas, por terem sido formuladas de forma mais geral e abstrata as garantias dessas liberdades individuais acabou aproveitando à burguesia rica, já que, sem esse novo estatuto das

liberdades civis e políticas, o capitalismo industrial dos séculos seguintes dificilmente teria prosperado (COMPARATO, 2008).

Não obstante a importância dos movimentos do século XVII, ao século XVIII pode-se atribuir a encruzilhada para o verdadeiro mundo moderno e para a descoberta das liberdades enquanto direitos. Foi o século da afirmação de direitos em declarações e em Constituições de cunho liberal, primeiro nos Estados Unidos, depois, na França.

O comércio e o mercantilismo vinham se fortalecendo desde o final da Idade Média, despertando na classe burguesa de então o desejo pelo poder econômico, pela autonomia privada, e pela participação na vida política da sociedade, o que Lassalle (1987) chamou de soma dos fatores reais do poder.

Esse pensamento burguês, que também ansiava por segurança jurídica e limites à ação autocrática, aliou-se às ideias iluministas ascendidas desde o século anterior. O caldo de cultura do Iluminismo trouxe novos rumos para a configuração de um novo modelo de Estado e para um novo conceito de liberdade, definido como poder de autodeterminação necessário à dignidade do ser humano.

A revolução americana foi uma tentativa, bem-sucedida, dos Estados Unidos de quebrar suas relações coloniais com a Inglaterra e com o Parlamento inglês, que estabeleceu uma relação de dominação de todo incompatível com a concepção de liberdade.

A insurgência das colônias americanas contra os tributos instituídos pelo Estado motivou o movimento de independência dos Estados Unidos, cujo processo histórico viabilizou a formalização de declarações de direitos no continente americano.

A Declaração de direitos do bom povo da Virgínia, de 12 de junho de 1776, consagrou que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, os quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros. Estes direitos compreendem o direito à vida e à liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, legitimou a vida, a liberdade e a procura da felicidade como direitos inalienáveis.

Após a Constituição Americana de 1787, ratificada em 1789, o *Bill of rights* de 1791 representou o conjunto de dez emendas à Constituição, que garantiu observância dos *direitos naturais* do povo, refletindo as liberdades individuais consideradas inerentes à espécie humana.

Do outro lado do Atlântico, na Europa, a França, que ainda vivia o absolutismo monárquico do Rei Luís XVI, foi outro berço de uma revolução que transformou o mundo: a Revolução Francesa.

Há quem diga que a revolução francesa, batizada com o lema *Liberdade, Igualdade e Fraternidade* foi influenciada pelo movimento de independência norte-americano (BOBBIO, 2004).

O contexto em que ocorreu a Revolução Francesa é importante para compreender os direitos por ela conquistados. O cenário na França era de uma sociedade ainda hierarquizada, cujo poder e os privilégios se concentravam na figura da nobreza e do clero, em que nem a incipiente burguesia tinha permissão para participar da formação da vontade geral ou tinha direitos reconhecidos. Enquanto a população era assolada pela miséria, a monarquia e o clero viviam no luxo exploratório.

Mas, ao mesmo tempo em que a França passava por uma crucial crise financeira, Paris era o centro filosófico do mundo. Os ideais iluministas propunham um Estado laico e que representasse o povo.

A burguesia, fortemente influenciada pelas ideias iluministas, revoltou-se contra o regime absolutista, que impunha uma pesada carga tributária e dificultava o desenvolvimento do comércio. Os burgueses desejavam a limitação do poder estatal e o controle do seu próprio destino. Conforme Bobbio (2004, p. 80), esse desejo representava um dos sentidos da liberdade, ou seja, “como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como a antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal.”

Constant (2015) bem definiu que a liberdade desejada pelos modernos do final do século XVIII estava relacionada com um conceito de não intervenção, de inovação da autonomia privada e independência individual, movido pelo desejo de pertencer ao comércio e à economia e não mais tão somente à política, como acontecia com os antigos da Antiguidade Clássica.

Esse novo conceito de liberdade buscado pelos modernos representava o direito de não ser julgado à revelia, de não ser preso, maltratado e condenado à morte de forma discricionária ou pela simples vontade de quem estivesse representando a figura da autoridade.

Constant (2015) enfatizou, assim, a necessidade de uma liberdade primária, individual, que englobasse, acima de tudo, o direito do indivíduo de manifestar sua opinião, de escolher e exercer sua profissão, de professar seu próprio culto, de reunir-se, de ir e vir sem precisar de permissão e sem prestar contas dos seus motivos ou dos seus passos, de dispor ou abusar de sua propriedade. É o desejo por uma liberdade que permita, simplesmente, preencher as horas do dia conforme sua vontade, suas fantasias (CONSTANT, 2015).

Sob essa perspectiva é que, cansados do poder absoluto do rei Luís XVI, da crise política e da escassez de alimentos, o povo soltou a voz para pedir liberdade. A primeira medida foi a queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789.

A energia das ruas, nas quais o povo lutava cantando *A Marselhesa*, e a ascensão da burguesia deram força à Assembleia Nacional da França, que cancelou todos os direitos feudais. A liberdade de expressão apresentou-se como um teste para a maturidade do governo da época e como bandeira de luta do Terceiro Estado para pedir por revolução.

Assim, no dia 26 de agosto de 1789, a Assembleia aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que foi votada definitivamente em 2 de outubro de 1789 (BOBBIO, 2004).

O legado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 no campo do direito foi marcante para a consolidação de quase todas as espécies de liberdades enquanto direitos humanos.

Em seu artigo 1º, a declaração estabeleceu que os homens nascem livres e iguais em direitos e que as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum² (DECLARAÇÃO..., 1789).

A liberdade, na referida declaração, foi definida como o direito de poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Consoante o artigo 4º, o exercício dos direitos naturais de cada homem tem por limites aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos, sendo que tais limites apenas podem ser estabelecidos lei³ (DECLARAÇÃO..., 1789). A lei, portanto, foi prevista como o instrumento de que dispõe o Estado de Direito para garantir e ao mesmo tempo regular a liberdade (SARMENTO, 2010).

Bobbio (2004, p. 88) esclareceu que a definição de liberdade estabelecida na declaração era diversa de Hobbes e Montesquieu, para quem “a liberdade consiste em fazer tudo o que as leis permitam, bem como da definição de Kant, segundo a qual a minha liberdade se estende até o ponto da compatibilidade com a liberdade dos outros.”

Na declaração também foram contempladas uma série de liberdades pessoais, como a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e a liberdade de imprensa.⁴ Dispôs o artigo 10 que ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem estabelecida pela lei (DECLARAÇÃO..., 1789). O artigo 11 consagrou a livre comunicação das ideias e das opiniões como um dos mais preciosos direitos do homem e que todo cidadão pode falar, escrever e imprimir livremente, respondendo, porém, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei⁵ (DECLARAÇÃO..., 1789).

Verifica-se que o teor da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 refletiu a noção de dignidade da época, representada pela defesa de todas as espécies liberdades (liberdade de expressão, religiosa, de imprensa, de opinião), que foram afirmadas enquanto direitos humanos.

² Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

³ Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

⁴ Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

⁵ Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Para Bobbio (2004), foram os princípios de 1789 que constituíram um ponto de referência obrigatório para os amigos e para os inimigos da liberdade, que constituíram, durante séculos ou mais, a fonte ininterrupta de inspiração ideal para os povos que lutavam por sua liberdade.

A partir de 1791, uma nova constituição passou a vigorar na França. A Igreja teve seus bens confiscados e a França tornou-se uma monarquia constitucional, respeitando a separação dos poderes, representados pelo Legislativo, Executivo e Judiciário.

A declaração de 1789 e a Constituição de 1791 significaram o fim do sistema absolutista e dos privilégios da nobreza. Prova disso é que a Constituição de 1791 proclamou que “não existe mais nobreza, nem pariatos, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordem ou de regime feudal; não há mais, para nenhuma parte da Nação e para nenhum indivíduo, nenhum privilégio ou exceção, em face do direito comum de todos os franceses.” (BOBBIO, 2004, p. 91).

Assim, a noção de dignidade construída à época pela burguesia frente ao absolutismo da monarquia de então, representada pela consciência da liberdade como poder de autodeterminação necessário à dignidade do ser humano (FREITAS; CASTRO, 2012), contribuiu para a construção das liberdades enquanto direitos fundamentais, na medida em que foram positivados nas constituições americana e francesa.

Esses direitos fundamentais decorrentes do pensamento liberal-burguês do século XVIII e de afirmação de direitos do indivíduo frente ao Estado, ficaram conhecidos como direitos de primeira geração.

As liberdades, dentre elas a de expressão, é associada a essa geração de direitos, cuja designação foi utilizada por Karel Vasak em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979. Ele classificou os direitos em três gerações, associando-os aos lemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Consoante Sarlet (2002), os direitos de primeira geração apresentam cunho negativo, já que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, representando direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, são enaltecidos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Posteriormente, esses direitos são contemplados por um leque de liberdades, que incluem as liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.), bem como pelos direitos de participação política (direito de voto e a capacidade eleitoral passiva), com correlação entre os direitos fundamentais e a democracia.

Na contextualização e afirmação histórica dos direitos fundamentais, verifica-se que a liberdade, enquanto busca pela autorrealização e pelo poder da autonomia privada, abrangendo a liberdade de expressão, ao lado da igualdade, formam os elementos essenciais para a construção de um conceito de dignidade humana.

Portanto, a origem das liberdades, inclusive da liberdade de expressão, remonta ao paradigma liberal do século XVIII, tendo sido afirmadas não só nas declarações e Constituições daquele século, mas também nos anos seguintes, até os dias de hoje.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: CONCEITO E LIMITES

Vimos no tópico anterior que, em suas origens liberais, a liberdade de expressão serviu como bandeira de luta pela burguesia que movimentou as revoluções do século XVIII, mostrando-se como instrumento aliado e eficaz para a superação do absolutismo monárquico da época e para a inauguração de um Estado constitucional de Direito.

Nesse contexto, a liberdade de expressão também está relacionada com a ideia de autonomia privada, trazida pelo conceito de liberdade dos modernos de Constant (2015), na medida em que contempla a capacidade individual da pessoa se definir pelo que pensa, fala, acredita, valoriza e defende. Essa autonomia é consolidada não apenas pelo que se fala, como também pelo que se ouve, pois permite que se faça um filtro sobre o que se acredita e a escolher um sistema de conhecimentos e crenças (ARAÚJO, 2018).

A indissociabilidade do ser humano com a sociedade é fato inquestionável. Assim, a liberdade de se expressar e comunicar é condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa, uma vez que a sociabilidade é característica essencial ao ser humano (MENDES; BRANCO, 2015).

Na modernidade, a liberdade de expressão parte do pressuposto de que o Estado não deve interferir no teor daquilo que é apresentado pelos diferentes meios de comunicação (neutralidade), remetendo à ideia, ao menos em um primeiro momento, de que o Estado não deve intervir e sim maximizar a liberdade informativa.

Em países democráticos, a liberdade de expressão é justificada para permitir a expressão incômoda, dissidente, ofensiva, crítica, inovadora, reveladora, combativa, discordante ou que, de alguma forma, corra risco de não ser suprimida. É uma liberdade necessária quando desagrada (ARAÚJO, 2018). Por isso é que ela foi tão importante para a mudança de paradigma no século XVIII e continuar a ser desde então.

Nos Estados Unidos a concepção de liberdade de expressão é diferente de muitos outros países, pois está situada num contexto político-cultural muito peculiar, organizada a partir de uma liberdade de expressão absoluta, protegida pela 1ª Emenda da Constituição americana⁶. Segundo Michel Rosenfed apud Cavalcante Filho (2018), a liberdade de expressão é o mais importante direito constitucional americano e um

⁶ Estabelece a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos que o congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.

dos seus mais famosos símbolos culturais. Além disso, a saliência que é dada ao livre discurso nos Estados Unidos decorre de a vários fatores, inclusive à sensível preferência pela liberdade em detrimento da igualdade, valorização do individualismo e uma tradição de direitos humanos naturais derivada de Locke.

A visão norte-americana de liberdade de expressão, assim, é uma concepção ultra libertária, sendo um verdadeiro fim em si mesma (sem admitir restrições), e não um instrumento (SARMENTO, 2010).

No Brasil, que não vive o liberalismo clássico, o tratamento à liberdade de expressão é diferente. Com a passagem do Estado liberal para o Estado Social, tem-se um novo conteúdo para a dignidade humana, com a contemplação de outros valores como forma de garantia de justiça. Assim, além das liberdades, visando contemplar os setores menos favorecidos da sociedade, foram incorporados os direitos sociais (FREITAS; CASTRO, 2012). Deste modo, a liberdade é limitada pela lei, nos moldes liberais, ou seja, prevendo condutas ilícitas, mas também estabelecendo restrições de acordo com as necessidades sociais (FREITAS; CASTRO, 2012).

A liberdade de expressão, portanto, é abordada a partir da concepção negativa, mas também protetiva, uma vez que visa estar em consonância com os interesses coletivos. Mostra-se, pois, como um “*metadireito*”, sendo a base para que se verbalize e sejam exercidos os demais direitos.” (PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 146).

O argumento humanista para a defesa da liberdade de expressão acentua referido direito como corolário da dignidade da pessoa humana, ao passo que o argumento democrático privilegia o discurso protegido das interferências do poder (MENDES; BRANCO, 2015).

A Constituição Federal de 1988 conferiu à liberdade de expressão o status de direito fundamental e, por conseguinte, de cláusula pétrea, por força do disposto no artigo 60, § 4º.⁷

Em seu artigo 5º, inciso IV, a Constituição Federal assegura a liberdade de manifestação do pensamento e veda o anonimato.⁸ Trata-se de uma espécie de cláusula geral que complementa e guarda relação direta com uma série de outros dispositivos constitucionais, os quais, em conjunto, formam o arcabouço jurídico que reconhece e protege a liberdade de expressão nas suas diversas manifestações.

É assim que o inciso V do referido artigo 5º garante, na hipótese de dano material, moral ou à imagem, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização.⁹ No inciso IX, há previsão da liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou

⁷ Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

⁸ Art. 5º. [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato

⁹ Art. 5º. [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

licença.¹⁰ O inciso XVI assegura o acesso à informação e resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.¹¹

Veja-se que a liberdade de pensamento pouco importa ao sistema jurídico, pois é matéria relacionada unicamente ao próprio indivíduo e sua esfera intelectual. A tutela que se faz diz respeito à liberdade de manifestação do pensamento quando dirigida ao público, ou em caráter sigiloso, alcançando a palavra escrita, ainda quando veiculada pela imprensa (FREITAS; CASTRO, 2012).

Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de convicções, de informações e de expressões não verbais, a exemplo da arte, música, etc.

Não é somente o uso da palavra que representa a liberdade de expressão. A representação figurativa da realidade ou a projeção material de um estado anímico, expressado pela pintura de um quadro, charge, música, teatro ou fotografia também compõe os modos de expressão da liberdade (MENDES; BRANCO, 2015).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, de relatoria do Ministro Celso de Mello, entendeu que a chamada *Marcha da Maconha* representa manifestação legítima de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental, a saber, o direito de reunião (liberdade meio) e o direito à livre manifestação do pensamento (liberdade-fim) (BRASIL, 2016). Entendeu-se que o direito à livre manifestação do pensamento “é o núcleo de que se irradiam os direitos de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias” (BRASIL, 2016, p. 67) e que o debate acerca da legalização da substância popularmente conhecida como *maconha* não se confunde com a prática de delito nem se identifica com apologia de fato criminoso de uso indevido de drogas (BRASIL, 2016), pois as plurissignificações contidas no tipo penal previsto no artigo 287 do Código Penal demandam interpretação do tipo em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e petição (BRASIL, 2016). Desse modo, deve-se conferir respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil, compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de *livre mercado de ideias*, pois a importância do conteúdo argumentativo do discurso é fundado em convicções divergentes (BRASIL, 2016).

Assim, a expressão corporal e simbólica também é protegida pela Constituição Federal de 1988 e o grau de tolerância varia de acordo com a cultura, região ou país. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal¹² afastou a responsabilização criminal por suposta prática de ato atentatório ao pudor por diretor de teatro que, durante

¹⁰ Art. 5º. [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

¹¹ Art. 5º. [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

¹² STF, HC 83.996, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. 17/8/2004.

apresentação teatral que tinha no próprio roteiro simulação de ato sexual, reagiu a vaias do público com a exposição de suas nádegas desnudas ao público. Privilegiou-se entendimento de que a expressão simbólica, naquele caso, era preponderante ao bem jurídico tutelado pela norma penal (PAIVA; HEEMANN, 2017).

No capítulo que trata da comunicação social, o artigo 220 da Magna Carta brasileira estabelece que, observado o disposto na Constituição, não sofrerão restrições a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo. Seus parágrafos preceituam, ainda, que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, vedando toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.¹³

A vedação à censura é um direito de caráter defensivo do cidadão e um dever de abstenção por parte do Estado de uma conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo, abrangendo tanto atos estatais quanto particulares. A previsão de vedação da censura, tanto no artigo 5º, inciso IX, quanto no artigo 220, § 2º, deixa clara a orientação constitucional a favor da liberdade de manifestação, contrária a qualquer forma de censura, a qual “consiste em ato estatal de direcionamento ou vedação da expressão do indivíduo ou da imprensa, o que é proibido pela Constituição.” (RAMOS, 2017, p. 618).

A liberdade de expressão, portanto, assegura toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo seja temas de interesse público ou particular.

Deste modo, para uma visão generalista, a liberdade de expressão compreende toda mensagem, ou seja, tudo o que se pode comunicar e das mais diversas formas, apresentando caráter de proteção contra a censura do estado.

Mas, a liberdade de expressão não é irrestrita. Ressalta-se que o próprio ordenamento jurídico tratou de estabelecer alguns limites à liberdade de expressão, o que não se confunde com a censura, pois, como já dito, a tutela da expressão existe justamente para evitar a supressão do discurso que desaprova.

¹³ 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. § 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 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. § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

As limitações à liberdade de expressão estão previstas na própria Constituição Federal de 1988, que admite a interferência legislativa para proibir o anonimato (art. 5º, IV), para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (art. 5º, V), para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X), e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação (art. 5º, IX). Há previsão expressa de restrição de propaganda comercial que incentive, sem advertência sobre os malefícios decorrentes do uso, de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º).

A preocupação com a preservação de outros bens jurídicos e com o respeito de valores éticos e sociais da pessoa e da família decorre da previsão de que cabe à lei federal regulamentar a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão (art. 220, § 3º, II).

A previsão de que cabe ao Poder Público informar a natureza das diversões e dos espetáculos públicos, indicando as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 220, § 3º, I) demonstra o balanço dos interesses da liberdade de informação com o valor da dignidade do jovem e com o dever de protegê-lo (MENDES; BRANCO, 2015). Daí se extrai a ideia de que a liberdade de expressão “poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituoso e fundada no valor intrínseco de todo ser humano.” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 271).

Ainda no contexto de manifestação de todo e qualquer pensamento surge o debate sobre os limites do princípio da liberdade de expressão frente ao denominado discurso de ódio (*hate speech*), que representa o “exercício da liberdade de expressão para insultar pessoas ou grupos de pessoas, propagando o ódio baseado em motivos como raça, religião, cor, origem, gênero, orientação sexual, etc.” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 17). Nesse ponto, questiona-se se a liberdade de expressão pode dar proteção a todo tipo e intensidade de violência, seja ela verbal ou corporal.

A ideia do reconhecimento dos mais variados grupos sociais e da perspectiva de inclusão social “implicou a necessidade de garantir a liberdade de expressão para esses segmentos minoritários como forma de viabilizar sua participação política, com vistas à construção de uma democracia pluralista.” (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 335).

A maior parte dos atos de violência que incitam o discurso do ódio tem se utilizado da internet para a sua propagação. Assim, o debate sobre a internet volta-se a essa questão, pois é um debate entre reduzir as regras de expressão para democratizá-las e correr o risco de que essa liberdade de expressão produza os mais diversos tipos de violência, os quais se gostaria de ver controlados por meio da imposição de formas autorizadas, oficiais e também não anônimas de expressão pública. Afinal, determinar o que é liberdade de expressão ou não é uma escolha difícil àqueles que tentam lutar contra o discurso do ódio.

Na sociedade do século XXI, há muito ódio disseminado em todos os meios sociais. A expansão dos meios de comunicação, notadamente pelas redes sociais, tem feito com que esse ódio recaia especialmente contra grupo minoritários, propiciando a sua exclusão social, pois se trata de discurso segregacionista, que tem por objetivo humilhar e calar a expressão das minorias (FREITAS; CASTRO, 2012).

A internet deu um espaço de expressão inesperado às ideias extremistas, de modo que se verifica a existência de grupos que se organizam para expressar ódio contra temas específicos, especialmente como imigração, sexualidade, raça e religião, dando margem a debates de preconceito e exclusão social.

Tal contexto é de notória percepção. Basta acessar qualquer página de noticiário na internet para ver que comentários da espécie, que podem ser inseridos na rede por qualquer cidadão, não são raros no referido meio social de comunicação.

Assim, o discurso racista, preconceituoso, neonazista, homofóbico, islamofóbico, ainda que dirigido a um indivíduo repercute violência ao segmento social ao qual ele pertence, na sua integralidade (FREITAS; CASTRO, 2012).

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar acerca da liberdade de expressão e o discurso de ódio.

O caso mais emblemático talvez seja o *hard case* envolvendo o caso *Ellwanger*, que tratava de publicações antissemitas, com expressões discriminatórias e de ódio ao povo judeu. Siegfried Ellwanger Castan, editor de livros gaúcho, publicou obra intitulada *Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da mentira do Século*, na qual procurava demonstrar que o verdadeiro extermínio ocorrido na Segunda Guerra teria vitimado os alemães, atribuindo aos judeus a responsabilidade pelas mazelas e problemas mundiais, inclusive da eclosão da guerra. O caso foi alvo de análise e de uma série de embates sobre a caracterização de racismo. Houve a absolvição da prática do crime equiparado a hediondo em primeira instância, privilegiando a liberdade de expressão, mas o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reverteu a decisão e condenou o editor. Após a impetração de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, cuja ordem foi denegada, houve nova impetração de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal,¹⁴ que, por maioria de votos, entendeu que a publicação da referida obra violou a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, além de materializar o crime de racismo (PAIVA; HEEMAN, 2017).

Mais recentemente, mas em sentido diametralmente oposto, o Supremo Tribunal Federal julgou o caso Jonas Abib, sacerdote de Igreja Católica que escreveu o livro *Sim, Sim! Não, Não! Reflexões de cura e libertação*, com diversas críticas ao espiritismo e religiões de natureza africana, como a umbanda e o candomblé.

¹⁴ STF, HC 82.424, rel. min. Moreira Alves, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, Plenário, j. 17/09/2003.

Denunciado pela suposta prática do crime de racismo, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal,¹⁵ que “decidiu que o conteúdo normativo e o suporte fático do direito à liberdade religiosa abrangem não apenas a possibilidade de escolher qual religião irá seguir (ou se não irá seguir nenhuma), mas também a prática do proselitismo.” (PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 147).

Não obstante, parece ser certo que não se pode usar da liberdade de expressão para colocar em risco valores maiores como a dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Nessa perspectiva, o discurso do ódio colide diretamente com a dignidade da pessoa humana, considerada atingida sempre que o indivíduo é rebaixado a objeto, a mero instrumento, tratado como coisa, sendo descaracterizada e desconsiderado como sujeito de direitos (DÜRING, 1956 apud SARLET, 2005).

Como já dito, a manifestação de ideias contrárias precisa ser preservada em homenagem à liberdade de expressão, mas é preciso parcimônia e tolerância na exposição de discursos que tendem a excluir e ofender determinadas pessoas ou grupos. E tolerar significa respeitar a alteridade e a personalidade do ofendido, de modo que o discurso do ódio não pode ser aceito, seja porque desrespeita aos direitos do ofendido, seja porque busca a sua exclusão do exercício da cidadania, comprometendo a própria democracia (FREITAS; CASTRO, 2012).

Por ofender a dignidade da pessoa humana e a igualdade jurídica entende-se que o discurso do ódio supera os limites da liberdade de expressão e os danos por ele causados são não só individuais como difusos, pois ofendem a sociedade como um todo e a democracia, parecendo ocorrer *in re ipsa*, merecendo reparação nas esferas cível e criminal.

Portanto, extrai-se que o Brasil adota a liberdade de expressão responsável, pois prevê “limites explícitos (por exemplo, a vedação ao anonimato, direito de resposta, indenização proporcional ao dano) e implícitos (ponderação com os demais direitos, que, no caso da divulgação de ideias racistas, vulnera o direito à igualdade.” (RAMOS, 2017, p. 622).

CONCLUSÃO

À luz do exposto, verifica-se que as liberdades, dentre elas a liberdade de expressão, decorrem das conquistas das revoluções liberais do século XVIII, marcadas, notadamente, pela afirmação da burguesia diante do absolutismo monárquico de então.

A partir das declarações que foram proclamadas nos continentes norteamericano e europeu, a liberdade de expressão passou a fazer parte das Constituições,

¹⁵ STF, RHC 134.682, rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, j. 29/11/2016.

ganhando status de direito fundamental e fazendo parte da categoria que a doutrina chama de direitos fundamentais de primeira geração (ou dimensão).

A liberdade de expressão, enquanto direito que garante aos indivíduos a faculdade de expressar ideias, pensamentos, sentimentos, opiniões, convicções, além da manifestação artística, cultural e cientificamente, possibilita interação do ser humano com o meio social. Dessa forma, a liberdade de expressão compreende a liberdade de consciência, de crença e de convicção.

Não obstante a previsão constitucional para o exercício da liberdade de expressão, tem-se que ela não poderá ser exercida de forma ilimitada, pois qualquer conduta que ultrapasse os limites do âmbito de autodeterminação poderá ser objeto de repressão, sobretudo quando tutelada pelo Estado Social de Direito, como no caso brasileiro, em que referido direito fundamental tenderá sofrer maiores limitações.

Assim, dentre os limites à liberdade de expressão, o ordenamento jurídico não se admite o discurso de ódio, em defesa da dignidade da pessoa humana, buscando evitar a exclusão social das minorias e o combate ao preconceito e a qualquer tipo de intolerância.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Márcio Schusterschitz da Silva. *Liberdade de expressão*. Disponível em: <<https://ler.amazon.com.br/?asin=B07228R5MK>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. 5. ed. atual. até EC 90/2015, Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/aconstituicaooesupremo/>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Organização, estudo introdutório e tradução Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção Clássicos do Direito).

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

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

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. São Paulo: Global Editora, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEL, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

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 Editora, 2012.

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 do direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Livre e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUAIS SÃO AS DIFERENÇAS ENTRE DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE?¹

Luís Henrique Kohl Camargo²

O Código Civil de 2002 reserva onze artigos para a disciplina dos direitos da personalidade (artigos 11 a 21). Nem a Constituição de 1988 nem o código civil anterior previram uma tutela específica a esses direitos, de forma que a posituação adquire especial relevância.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por sua vez, amadurece basicamente desde a segunda metade do século XX com a intenção de entregar ao indivíduo a faculdade de desenvolver-se como sujeito autônomo, capaz de escolher e determinar-se ante as possibilidades abertas à realização do seu ser. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade também está positivado pelo ordenamento jurídico brasileiro – em diversas leis esparsas, que serão mencionadas no momento adequado neste trabalho.

Será possível aferir, quando nos aprofundarmos em cada uma dessas ideias, que suas propostas são bastante similares; a tutela oferecida por esses direitos abrange áreas muito parecidas do patrimônio jurídico do indivíduo. Abre-se, assim, espaço para dúvidas: tratam-se de conceitos equivalentes, simples sinônimos, ou são noções diversas e justamente por tal razão utilizamos termos diversos para denominar cada uma?

O objetivo deste trabalho é elucidar essa questão, oferecendo assim uma delimitação conceitual da relação entre os direitos da personalidade positivados no Código Civil e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Para realizar essa tarefa, abordaremos cada um desses conceitos para, em seguida, traçar comparações entre eles, possibilitando assim uma visão esclarecida sobre a sua relação.

Trata-se de uma investigação pertinente à teoria dos direitos fundamentais, uma vez que tanto o direito ao livre desenvolvimento da personalidade quanto os direitos da personalidade positivados pelo Código Civil são um desdobramento da dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os direitos fundamentais. Portanto, o esforço deste trabalho, no sentido de traçar a relação entre esses dois conceitos, é também um esforço de melhor delimitação de direitos fundamentais.

¹ Artigo encaminhado como requisito para aprovação na disciplina “Morfologia dos direitos fundamentais e sua transnacionalidade” – Professora Dra. Janaina Reckziegel.

² Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Cívicos.

2 O DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

As primeiras menções jurídico-positivas ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade aparecem na Constituição Italiana de 1947 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em 1949, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é reconhecido como direito fundamental pela Lei Fundamental de Bonn – Constituição promulgada para a Alemanha Ocidental, país que desenvolveu sólida construção jurisprudencial e doutrinária sobre esse conceito. Antes disso, a noção de livre desenvolvimento da personalidade pode ser notada, em germe, na Constituição dos Estados Unidos de 1787, quando protege o direito individual à busca da felicidade, concedendo ao indivíduo a liberdade para determinar, por si próprio, aquilo que lhe trará felicidade, mediante sua cosmovisão particular, legitimando-o a mover-se para obtê-la: a busca da felicidade surge como proteção à autonomia do indivíduo.

A Constituição Brasileira, a despeito de não mencionar explicitamente o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, indiretamente o protege ao tutelar a dignidade humana, da qual o livre desenvolvimento da personalidade faz parte. Nossa legislação infraconstitucional faz menções diretas e indiretas ao livre desenvolvimento da personalidade: a Lei nº 12.764/2012 assegura às pessoas com transtorno do espectro autista “a vida digna, a integridade física e moral, o *livre desenvolvimento da personalidade*, a segurança e o lazer” (artigo 3º, I); a Lei nº 12.852/2013 (Estatuto do Jovem) estipula como princípio o “*desenvolvimento integral do jovem*”; a Lei nº 12.965, que estabelece normas para o uso da internet no Brasil, tem como fundamento “os direitos humanos, o *desenvolvimento da personalidade* e o exercício da cidadania em meios digitais.” (artigo 2º, II).

O conceito de livre desenvolvimento da personalidade enfrentou, em seu amadurecimento, algumas confusões terminológicas, que precisam ser elucidadas de antemão. Esse passo inicial, aliás, será útil inclusive na tarefa de delimitação aqui lançada.

Primeiro ponto a esclarecer, a distinção entre desenvolvimento da *pessoa humana* e da *personalidade*. A noção de pessoa é mais ampla que a noção de personalidade. Segundo Sarlet (2010), o pleno desenvolvimento da pessoa humana está ligado à própria noção ampla de dignidade, em que confluem os direitos fundamentais de todas as gerações. O desenvolvimento da personalidade, por sua vez, relaciona-se mais aos atributos da autonomia, autodeterminação e liberdade presentes na pessoa (MOREIRA, 2015). A proteção da personalidade, portanto, tem um âmbito mais restrito que a proteção à pessoa.

Outra reflexão válida à análise do conceito em estudo reside na distinção entre *pleno* e *livre* desenvolvimento da personalidade – o primeiro relaciona-se ao desenvolvimento completo das potencialidades humanas (um conceito ideal, que existe independentemente da vontade do sujeito), ao passo que o segundo diz respeito à escolha do indivíduo pela sua específica forma de construir a vida. Denota-se, nesse

exercício de delimitação, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade aproxima-se de uma específica noção de *liberdade individual* e de *desenvolvimento autônomo*, no sentido de que se protege mais o direito à própria escolha do indivíduo do que um modelo pré-determinado de existência no mundo.

Essas definições terminológicas confundem-se em muitas legislações. Isso não representa necessariamente um equívoco, uma vez que o correto desenvolvimento conceitual é possível mediante um acordo semântico sobre o uso de cada expressão. A intenção das distinções até aqui lançadas é a de melhor elucidar o conteúdo da noção de livre desenvolvimento da personalidade por intermédio do contraste com conceitos similares que podem turvar a compreensão do tema.

Como dito acima, doutrina e jurisdição constitucionais alemãs trouxeram significativas contribuições ao estudo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em seus julgados, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCF) estabeleceu limites à tutela, tornando-a assim mais concreta e palpável (SCHWABE; MARTINS, 2005).

Para o TCF, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade encerra duas dimensões: o direito geral da personalidade (proteção da personalidade do sujeito – nome, honra, privacidade, intimidade etc.) e a liberdade geral de ação (liberdade de agir como regra, limitada pelo direito de terceiros e pela lei moral e vinculada à ordem constitucional – portanto, a aplicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade é *subsidiária*). Paralelo a isso, o TCF fixa também uma esfera inatingível de vida privada em que a liberdade do cidadão não pode ser tolhida nem pela lei positiva; um núcleo de ação inatingível pelo poder público, mantendo assim válida a teoria dos círculos concêntricos (esfera privada, esfera da intimidade e esfera do segredo).

As seguintes premissas, obtidas a partir de importantes julgados do TCF, expõem alguns contornos relevantes do direito ao livre desenvolvimento da personalidade:

1) O direito geral da personalidade protege o sujeito contra declarações prejudiciais à pessoa perante a opinião pública. Isso não significa que o indivíduo tem o direito de ser apresentado como gostaria de ser visto, mas sim que ele tem proteção contra representações falsas ou distorcidas que causem prejuízo significativo à sua pessoa.

No caso concreto, o requerente, pessoa pública, buscava desvencilhar-se de falsas notícias que afirmavam ser ele filiado à Scientology Church, pois a falsa associação de sua pessoa à seita trouxe-lhe prejuízos à sua imagem. O TCF deferiu o pedido do requerente com base no direito geral da personalidade, pautado nas premissas do parágrafo anterior.

2) O direito geral da personalidade abrange o direito da pessoa de conhecer sua ascendência biológica, mas não implica necessariamente no direito de obter tais informações por qualquer meio, indiscriminadamente.

O pedido julgado pelo TCF continha o requerimento de filha para que a mãe revelasse a identidade do pai biológico. A mãe, no entanto, afirmou ter mantido

relações com várias pessoas no período da concepção, pessoas casadas e com famílias estáveis, optando assim por não revelar nenhum nome. As instâncias primárias deferiram o pedido da filha; no entanto, a decisão foi reformada pelo TCF, que compreendeu a necessidade de preservar a esfera privada da mãe ao não a obrigar a revelar os nomes das pessoas com quem manteve relações sexuais.

3) É possível limitar justificadamente a liberdade geral de ação. No caso, a legislação havia delegado à regulamentação administrativa a limitação ao exercício da cavalgada em parques florestais, o que foi questionado judicialmente e submetido à análise do TCF. Segundo o reclamante, a limitação da cavalgada em parques deveria ser declarada inconstitucional por violar sua liberdade geral de ação.

A reclamação foi admitida, mas julgada improcedente. O julgamento desse caso contém um dos mais célebres votos dissidentes da história do TCF. O juiz *Grimm*, ao proferir seu voto, divergiu dos demais julgadores no sentido de que a reclamação nem sequer deveria ter sido recebida, pois a proteção constitucional volta-se apenas aos comportamentos que adquirem relevância particular em relação ao desenvolvimento da personalidade. O livre exercício da cavalgada não se enquadraria nesse signo.

Os julgados aqui destacados revelam algumas dimensões importantes do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Em todos os casos, o tribunal salienta que a proteção não se volta a *qualquer* violação, mas deve ser aplicada *subsidiariamente*, apenas nos casos de transgressões mais significativas ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Verifica-se, também, que o momento da realização da tutela não pode representar a violação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade de outra pessoa (caso da genitora que não foi obrigada a revelar à filha o nome das pessoas com quem manteve relações sexuais, para a identificação da paternidade). Ainda, podemos observar que não se trata, naturalmente, de um direito absoluto – ou seja, é possível, de forma razoável e justificada, traçar limitações ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A despeito da dificuldade inerente à delimitação de qualquer direito fundamental, os elementos lançados assim possibilitam distinguir alguns contornos essenciais do direito ao livre desenvolvimento da personalidade:

- 1) volta-se basicamente à proteção à liberdade de a pessoa escolher seu próprio modelo de vida privada e assim exercê-lo;
- 2) não se confunde com a proteção à *pessoa*, mas sim com a proteção à *personalidade*: significa que a tutela volta-se à realização do sujeito enquanto ser livre para se auto-realizar conforme suas próprias escolhas;
- 3) protege a *liberdade* de a pessoa escolher, e não uma escolha pré-determinada construída seja cultural, social ou juridicamente (não *pleno*, mas sim *livre* desenvolvimento da personalidade);

- 4) encerra duas grandes dimensões: a liberdade geral de ação e os direitos da personalidade;
- 5) sua aplicação deve ser *subsidiária*, aplicada apenas a violações mais graves e significativas, de forma a não banalizar o conteúdo desse direito;
- 6) as limitações razoáveis e justificáveis não representam violação ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade (como os limites impostos constitucionalmente ou pelo direito de outra pessoa).

Por fim, embora a tutela ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade seja predominantemente *negativa* – no sentido de o Estado agir para *afastar* as violações –, é possível visualizar formas de tutela *positiva* a esse direito, quando o Estado é acionado para *garanti-lo* mediante prestações ativas (como, por exemplo, ao garantir educação básica de qualidade a todos, para que as pessoas estejam capacitadas para exercer sua autodeterminação).

3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE POSITIVADOS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil atual foi a primeira legislação a positivar os direitos da personalidade de forma específica no ordenamento jurídico brasileiro. Isso não significa, contudo, que a isso não tenha precedido uma rica construção jurisprudencial e doutrinária sobre o tema, até porque o espectro de direitos tutelados pelos direitos da personalidade faz parte da própria proteção à dignidade da pessoa humana, prevista na Constituição de 1988. Aliás, a própria Constituição prevê alguns direitos da personalidade em seu artigo 5º, X. Não faz menção, no entanto, ao signo “direitos da personalidade”, o que no Brasil somente ocorreu com o Código Civil de 2002.

Para Andrade (2013), a ausência de positivação dos direitos da personalidade no Código Civil de 1916 relaciona-se com o viés da antiga legislação: mais patrimonialista, pois amadurecida em outro momento histórico - o atual código civil nasce em meio ao processo de “publicização” ou “constitucionalização” do direito civil, do qual o nascimento dos direitos da personalidade faz parte. A categoria *direitos da personalidade* surge, então, dessa inspiração “repersonalizadora” do direito civil, para indicar os direitos essenciais à condição humana (DE MARCO, 2017).

As raízes desse movimento de constitucionalização remontam à doutrina cristã da igualdade entre os seres humanos porque filhos do mesmo pai, razão pela qual todos têm a mesma dignidade, passando pelo questionamento das doutrinas socialistas e comunistas no século XIX quanto à falta de alcance prático (ausência na práxis) do conteúdo abstrato positivado e chegando, por fim, à reação da humanidade à tragédia causada pelas duas guerras mundiais (MORAES, 2000). Para preservar a dignidade humana, foi necessário repensar o direito, incluindo aí a reformulação

dos termos da separação entre público e privado (TEPEDINO, 2010). Nessa dinâmica desenvolve-se a teoria dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são construção recente pautada pela proteção da dignidade da pessoa, mediante um viés constitucional. A formulação atual dos direitos da personalidade tem seu início no período pós-guerras, com a intenção de resguardar um mínimo existencial, um espaço de privacidade que possibilite o desenvolvimento da pessoa (DONEDA, 2002).

Segundo Bittar (1999), os direitos da personalidade podem ser compreendidos como os direitos fundamentais vistos sob a ótica do direito privado. Mattia (1977) expõe uma visão similar ao sustentar que os direitos humanos e os direitos da personalidade tratam-se dos *mesmos direitos*, com a diferença de que aqueles servem para proteger os indivíduos de arbitrariedades praticadas pelo Estado, enquanto estes tutelam as relações entre particulares de violação de direitos humanos. Esta última perspectiva mostra-se ultrapassada no paradigma atual da ciência jurídica, uma vez que a divisão público-privado, no direito civil, foi essencialmente reformulada pela teoria da eficácia horizontal dos direitos humanos e pela constitucionalização do direito civil. Ao que tudo indica, os direitos da personalidade estão *inseridos* na categoria “direitos humanos”, mais ampla.

No Brasil, é possível afirmar que a proteção jurídico-positiva dos direitos da personalidade teve seu início com a Constituição de 1988. Isso não quer dizer que esses direitos estivessem desprotegidos antes disso, mas sim que a atual Constituição, a primeira a positivar textualmente a dignidade da pessoa humana, abriu um mapa específico de tutela da dignidade, englobando, por conseguinte, os direitos da personalidade.

Até então, o ordenamento jurídico brasileiro tinha uma *cláusula geral* de proteção. O papel exercido pelo atual Código Civil foi o de *especificar* direitos protegidos pelo signo “direitos da personalidade”, em um rol, é importante frisar, não exaustivo (DONEDA, 2002; MENEZES, 2015). Até porque a construção teórica que embasa os direitos da personalidade transcende o ordenamento jurídico, pois toda pessoa é titular de direitos da personalidade independentemente da existência de reconhecimento jurídico-positivo desses direitos (MENEZES, 2015).

O Código Civil reserva um capítulo específico aos direitos da personalidade, divididos em 11 artigos. Os dois primeiros artigos voltam-se à natureza da tutela desses direitos; os demais, à previsão de direitos específicos compreendidos no signo: direito à integridade psicofísica, direito ao nome e ao pseudônimo, direito à imagem e direito à privacidade. A seguir, trataremos resumidamente dos dispositivos legais, no intuito de obter uma visão geral sobre a tutela jurídico-positiva dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro.

No artigo 11 obtemos algumas características essenciais dos direitos da personalidade: a *intransmissibilidade*, *irrenunciabilidade* e a *indisponibilidade* (“os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício

sofrer limitação voluntária”). Esses caracteres mantêm afinidade com o movimento de constitucionalização do direito civil, de forma que os direitos individuais não são mais vistos como simples direitos subjetivos absolutos da pessoa, de livre disposição ou alienação pelo indivíduo. Os direitos da personalidade não podem ser abdicados nem sequer pela vontade de seu próprio detentor, pois eles servem à proteção da própria dignidade da pessoa humana, que se conecta com um interesse público.

O artigo 12 prevê a tutela inibitória aplicada em caso de violação de direitos da personalidade. Optou o legislador por métodos tradicionais de coerção, baseado em fórmulas clássicas da responsabilidade civil, o que, segundo Doneda (2002), pode representar uma dificuldade para tutelar os direitos da personalidade, tendo em vista o desenvolvimento tecnológico e as novas formas de organização social. Reserva-se o parágrafo único à estipulação da legitimidade para reivindicar esses direitos, que é do próprio interessado (observando-se, claro, as regras de representação processual em caso de incapazes), estendendo-se ao “cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau” em caso de o titular do direito estar morto.

No artigo 13 do Código Civil prevê o legislador, como regra, a indisponibilidade do corpo quando importar redução permanente da integridade física ou contrariar aos bons costumes. As exceções abertas abrangem duas hipóteses: 1) determinação médica; 2) transplante de órgãos (regulado por lei específica - Lei nº 9.434/97). Veda-se também, por conseguinte, o comércio de órgãos ou de partes do corpo humano.

O artigo 14 volta-se à proteção do corpo morto, autorizando a disposição *gratuita* do próprio corpo para depois da morte, com objetivo altruístico ou científico. Mantém-se assim a proibição de comercialização do corpo humano. Tendo em vista a impossibilidade de conhecer, com precisão, qual era a vontade do *de cujus* na ocasião do falecimento (o parágrafo único do artigo 14 estabelece ser revogável, a qualquer tempo, a manifestação de vontade de disposição do corpo *post mortem*), a Lei nº 10.211/01 estabeleceu que a autorização será dada por “cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte” (artigo 1º, que alterou a redação da Lei nº 9.434/97).

No artigo 15 é reconhecida ao indivíduo a prerrogativa de não ser constrangido a submeter-se a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Este artigo visa proteger a esfera de autodeterminação da pessoa, respeitando-se suas convicções e sua concepção acerca do próprio corpo. O artigo relaciona-se, por exemplo, à não sujeição de praticantes da religião Testemunhas de Jeová à transfusão de sangue. A questão relativa à manifestação de vontade por pessoas incapazes não é integralmente resolvida nesta previsão legal e depende, em muitos casos, de atividade hermenêutica jurisprudencial.

Os artigos 16 a 19 protegem o direito ao nome. O artigo 16 reconhece o direito de toda pessoa ao nome, que compreende o prenome e o sobrenome. A previsão é concretizada pela Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), que determina

a obrigatoriedade de registro público de todo nascimento. O pseudônimo referido no artigo 19, também protegido, é aquele que, embora diverso do nome real, é utilizado pela pessoa para identificar-se, geralmente ao nominar uma obra literária ou artística ou mesmo para intervenções políticas. Protege-se, portanto, não apenas o nome em si: protege-se o direito a uma identidade pessoal (DONEDA, 2002).

O artigo 17 protege o nome da pessoa de exposições que atinjam sua honra, vedando a vinculação do nome a “publicações ou representações que a exponham ao desprezo público”, mesmo quando não houver intenção difamatória. O Código Civil reconhece, assim, a íntima relação entre o nome e o sentimento moral do sujeito e oferece uma proteção a ambos. O campo designativo do signo apresentado pelo artigo 17 respeita, ao lado do direito individual do sujeito ao nome, o direito à liberdade de expressão, pois não se veda qualquer publicação, mas apenas aquelas que indevidamente maculem a honra da pessoa (DONEDA, 2002). A liberdade de expressão e de imprensa é exercida, portanto, dentro dos moldes deste artigo.

O Código Civil também tutela a autodeterminação do sujeito ao proibir, no artigo 18, que nome alheio seja utilizado em propaganda comercial sem autorização da pessoa. Neste caso, a legislação não abre exceção: exige-se *sempre* a autorização da pessoa, tendo em vista tratar-se aqui apenas de interesses mercantis, de caráter marcadamente econômico-privado.

O artigo 20 é reservado ao direito à imagem. A proteção engloba “a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa”, que podem ser proibidas em caso de violação da “honra, a boa fama ou a respeitabilidade” ou em caso de uso para fins comerciais, tudo isso a requerimento da pessoa atingida. Segundo Doneda (2002), novamente o legislador pondera entre o direito à imagem e o direito à informação ao estabelecer requisitos para que o detentor do direito subjetivo possa exercer a proibição da publicação da sua imagem - ou seja, não é *qualquer* publicação não autorizada que pode ser proibida, mas apenas aquelas que se localizarem nas hipóteses legalmente previstas. O artigo 20 exclui da tutela as publicações “necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública”.

Quanto ao artigo 20, importa referenciar a pertinente categorização formulada pelo Superior Tribunal de Justiça relativa ao direito à imagem quando o distingue em três dimensões: a imagem retrato (reprodução da imagem no sentido visual - fotografia, vídeo, “a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, é a emanção da própria pessoa, é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam” - RESP 58101/SP, julgado pelo STJ), a imagem atributo (reputação) e a imagem voz (reprodução fonográfica da voz de outrem). As definições lançadas pelo STJ auxiliam na proteção específica da violação a direitos de imagem ao fixar a amplitude da área de tutela desses direitos.

Por fim, o artigo 21 preserva a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural – excluindo do âmbito de proteção, pois, as pessoas jurídicas. A norma não delinea o conceito de “vida privada”, de forma que a hermenêutica jurisprudencial construiu casuisticamente a esfera de proteção relacionada a esse signo. A abertura hermenêutica oferecida por esse artigo revela-se importante para que a previsão se mantenha adequada à realidade: o conceito “privacidade” vem sofrendo, nas últimas décadas, intensas mutações, notadamente devido ao surgimento de novas formas de relacionamentos sociais causadas pela evolução tecnológica.

Denota-se, assim, que a tutela jurídico-positiva oferecida especificamente pelo Código Civil aos direitos da personalidade engloba, resumidamente, as seguintes dimensões: 1) proteção do corpo da pessoa viva e também do corpo morto, impondo hipóteses de indisponibilidade do corpo humano; 2) proteção da autodeterminação da pessoa quanto a intervenções em seu corpo (proibição de constranger a pessoa a submeter-se a tratamento médico); 3) garantia e proteção ao nome – que, na verdade, tem o objetivo de conceder o direito ao respeito à *identidade pessoal*; 4) proteção à imagem, que engloba a imagem retrato, imagem atributo e imagem voz, a exposições que causem dano à honra; 5) proteção à vida privada da pessoa natural. Como dito acima, os artigos do Código Civil relativos aos direitos da personalidade formam um rol não exaustivo; dessa forma, a esfera de proteção referente a “direitos da personalidade” transcende os direitos da personalidade positivados pelo Código Civil.

4 ESFORÇO PARA UMA CATEGORIZAÇÃO

Tanto o direito ao livre desenvolvimento da personalidade quanto os direitos da personalidade do Código Civil brasileiro estão contidos no signo mais amplo que é a temática dos direitos fundamentais. Não há consenso, entretanto, acerca dos limites dessas categorias: o que as distingue e o que as une? Qual é o campo designativo comum às duas categorias e qual o específico de cada uma? Preencher essa lacuna dogmática é tarefa relacionada ao estudo dos direitos fundamentais, no sentido de elucidar a área de alcance de cada conceito e, portanto, obter maior precisão e eficácia no exercício da tutela oferecida por esses direitos - até porque, na lição de Warat (1995), o conceito perde seu valor quando diluímos indiscriminadamente seu alcance designativo.

Os dois conceitos sob análise têm um amplo campo semântico, circunstância que dificulta a identificação da legitimidade de suas restrições (DE MARCO; FREITAS, 2013). É possível identificar, também, que as duas noções, além de semanticamente amplas, são preenchidas com conteúdos bastante similares. Essas circunstâncias são dificultadores do exercício de definição. Percebe-se tratarmos aqui de termos porosos (WARAT, 1995), inevitavelmente fadados a carregarem consigo uma ampla margem

de incerteza designativa. O esforço de definição não deve, por tal razão, ser deixado de lado; ao contrário, deve-se levar em conta esse contexto para a realização da atividade.

Os direitos da personalidade positivados pelo Código Civil fazem referência a uma categoria conceitual mais ampla: os direitos humanos. No entanto, a interdependência entre direitos da personalidade e integralidade dos direitos humanos é tão intensa que torna difícil, talvez até indesejável, uma exclusão de conteúdos *a priori* (DE MARCO, 2017). Basta refletir que a concretização dos direitos da personalidade também demanda a existência de pressupostos fáticos de caráter público, como, por exemplo, educação e saneamento básico. Como ponto de partida, é possível afirmar que todo direito da personalidade é um direito humano, mas nem todo direito humano é direito da personalidade.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade enfrenta uma situação teórica similar. Sua relação com a integralidade dos direitos humanos é muito íntima e, a despeito de tratar-se de categoria mais ligada ao direito privado, também depende da efetivação de condições sociais para sua concretização.

Isso torna mais difícil a tarefa de delimitação do conceito, pois, além da necessidade de discernir entre direito da personalidade e direito ao livre desenvolvimento da personalidade, seria ideal traçar o limite entre essas categorias e a própria noção de direitos humanos. Não faz parte do objetivo deste estudo, todavia, voltar-se à delimitação entre as duas categorias em estudo e a noção de direitos humanos. Focaremos, pois, na tarefa de elucidar a relação entre os direitos da personalidade positivados no Código Civil e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

É possível traçar quatro hipóteses de relação entre os dois conceitos em estudo:

- 1) os termos designam conceitos completamente diferentes;
- 2) são noções semanticamente diversas com campo designativo concêntrico, ou seja, uma engloba totalmente o campo designativo da outra, uma relação gênero-espécie;
- 3) são noções semanticamente idênticas, caso em que os termos que as designam seriam sinônimos;
- 4) são conceitos semanticamente diversos que dividem um campo designativo em comum, ou seja, apenas uma parcela do campo designativo seria comum aos dois conceitos, a outra seria específica de cada um.

A primeira hipótese é imediatamente descartada. Como vimos, existe uma grande área designativa comum entre os dois conceitos, como, por exemplo, a proteção ao nome, à honra, à privacidade e à autonomia em relação ao próprio corpo. As outras hipóteses mostram-se mais viáveis. Vejamos.

Formulamos como segunda hipótese que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade do Código Civil seriam esferas

designativas concêntricas, ou seja, uma esfera estaria completamente contida em outra de maior amplitude. Trata-se da formulação desenvolvida pelo TCF alemão, que, conforme mencionado anteriormente, considera o direito ao livre desenvolvimento da personalidade um direito fundamental que engloba duas grandes dimensões: a liberdade geral de ação e *os direitos da personalidade*. Todo o conteúdo dos direitos da personalidade estaria contido, portanto, na categoria “livre desenvolvimento da personalidade”, que por sua vez contaria também com todo o conteúdo da liberdade geral de ação. Esta hipótese permanece, portanto, válida.

Não localizamos nenhuma formulação nos sentidos atribuídos pelas terceira e quarta hipóteses no levantamento bibliográfico consultado para a elaboração deste estudo. A terceira hipótese defende que livre desenvolvimento da personalidade e direitos da personalidade são expressões sinônimas. Ambas designam o mesmo fenômeno jurídico, de forma que o uso de um ou de outro termo dependeria apenas de uma opção linguística de estilo. Como quarta hipótese lançamos a possibilidade de os conceitos sob análise compartilharem apenas uma parcela de seu campo designativo, mantendo cada um áreas específicas. Isso significaria que, a despeito de terem um campo comum, cada conceito representaria um fenômeno diferente - não haveria, dessa forma, uma relação gênero-espécie como aquela desenhada na segunda hipótese.

A despeito da ausência das hipóteses terceira e quarta nas formulações presentes no material consultado, acreditamos que a similaridade entre os conceitos sob estudo seja tão profunda a ponto de impossibilitar a refutação, de plano, tanto a terceira quanto a quarta hipótese.

Na realidade, tudo indica que não existe um estudo criterioso acerca dos limites semânticos dos conceitos em estudo.

Os limites deste trabalho impossibilitam a adoção definitiva de qualquer uma entre as três últimas hipóteses formuladas. Para isso, seria necessário um levantamento exaustivo de todo o estado da arte, o que não faz parte do objetivo deste estudo. Do material consultado, é possível obter, contudo, um caminho para esboçar uma categorização mais precisa. Esse caminho indica para a formulação desenvolvida pelo TCF Alemão, a mesma adotada por Menezes (2015), Menezes e Oliveira (2009) e por Moreira (2015): os direitos da personalidade tratam de concretizar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (de abrangência maior), que, por sua vez, representa uma face do direito à dignidade humana.

Trata-se, assim, de uma elaboração provisória, uma noção básica sem a robustez necessária para a eliminação de outras modelagens semânticas.

CONCLUSÃO

As noções de livre desenvolvimento da personalidade e de direitos da personalidade desenvolveram-se paralelamente e surgiram num momento

paradigmático similar da ciência jurídica. Ambas representam uma face do direito à dignidade humana e surgem num momento histórico de reafirmação da dignidade como principal fundamento do direito, que transcende inclusive a esfera jurídico-positiva. Por circularem em uma esfera bastante abstrata da reflexão jurídica, são conceitos semanticamente porosos por sua própria natureza. Isso complica o estudo dos limites designativos desses conceitos, cujo uso indiscriminado pode levar à incerteza acerca de seu efetivo significado: tratam-se de termos idênticos? São ideias totalmente diferentes ou compartilham conteúdos entre si?

A partir do método de abordagem utilizado para a realização deste estudo, e tomando por base o levantamento bibliográfico consultado, a despeito do escasso material produzido especificamente sobre o tema, formulamos quatro hipóteses sobre livre desenvolvimento da personalidade e direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: 1) são conceitos completamente diferentes; 2) são conceitos com campo designativo concêntrico, ou seja, um mais amplo que o outro (relação gênero-espécie); 3) são conceitos idênticos; 4) são conceitos diversos que compartilham uma área designativa entre si, mantendo outra específica. Refutamos a primeira hipótese devido à vasta gama de conteúdos que os conceitos em estudo têm em comum. Contudo, dentre as demais hipóteses, não conseguimos apontar uma delas como única válida.

Ao que tudo indica, ainda não foi realizado um estudo criterioso e satisfativo sobre o tema – objetivo que transcenderia os limites deste estudo. As expressões “livre desenvolvimento da personalidade” e “direitos da personalidade” são utilizadas de forma pouco criteriosa pela doutrina, que por vezes as tratam como ideias diversas, às vezes como iguais; às vezes, ainda, como um conceito que serve à concretização do outro.

A contribuição deste estudo para a teoria dos direitos fundamentais é constatar a existência dessa fragilidade teórica referente a conceitos relativos a direitos fundamentais. Os limites semânticos entre livre desenvolvimento da personalidade e direitos da personalidade precisam ser melhor definidos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista de Derecho Privado*, Universidade Externado de Colombia, n. 24, p. 81-111, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 143, 1999.

BRASIL. Lei nº 10.211/2001, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 mar. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.764/2012, de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3o do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112764.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.852/2013, de 5 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112852.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.965/2014, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.015/1973, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015original.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.434/1997, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 09 ago. 2018.

DE MARCO, Cristhian Magnus; FREITAS, Riva Sobrado de. Pressupostos para o estudo dos direitos da personalidade na dogmática dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, 2013.

DE MARCO, Cristhian Magnus. *Considerações sobre o direito fundamental à própria imagem*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2017.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO Gustavo (Org.). *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, a. 14, n. 56, 1977.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a tutela da vontade do paciente terminal*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 14, n. 2, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, v. 779, 2000.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana*. 2015. 290 p. Dissertação (Mestrado em Direito)– Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, v. 2, 2010.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

ações afirmativas como instrumento de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho

Milena Veloso de Linhares¹

A discriminação ao longo da história tem se mostrado fator limitante no que diz respeito à inclusão de grupos minoritários na sociedade. As diversas minorias têm nos últimos tempos, buscado igualdade através do reconhecimento de suas diferenças. O grupo de pessoas com deficiência merece atenção no que diz respeito a esse tema, visto que vêm sofrendo de discriminação desde a antiguidade.

Este estudo tratará das ações afirmativas que buscam a igualdade e inclusão da pessoa com deficiência na sociedade. Ainda com uma perspectiva na inclusão no mercado de trabalho no último capítulo. Assim, o problema de pesquisa pode ser definido como: *As ações afirmativas adotadas no país têm surtido efeito no que diz respeito ao trabalho digno para as pessoas com deficiência?*

Dessa forma, como objetivo principal, será analisado se as ações afirmativas adotadas no país têm surtido efeito no que diz respeito ao trabalho digno para as pessoas com deficiência. Em um primeiro momento será buscado esclarecer sobre as ações afirmativas, seu conceito, seu histórico, em um segundo momento será trazido o histórico de como as ações afirmativas para pessoas com deficiência vem tratando a discriminação e inclusão para tal grupo. Na parte final, serão apresentados dados estatísticos que demonstrarão se as ações afirmativas se mostram eficazes na inclusão e combate à discriminação. Esta pesquisa tem caráter qualitativa, realizada pesquisa em revistas, internet, artigos científicos, livros, dados estatísticos, com foco em temas relacionados em ações afirmativas e pessoas com deficiência.

1 O SURGIMENTO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Com o surgimento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o homem passou a ser visto como livre e igual em direitos. Tal conceito inspirou os futuros documentos que tratariam do tema. Mesmo com essa visão, Maciel e Pitta (2016) pontuam que as mudanças históricas da humanidade não seguiram o rumo da igualdade e liberdade, o Estado não se mostrou interessado em tratar tal tema, cabendo assim, aos operadores do Direito a busca pela igualdade real.

A proteção geral foi, em um primeiro momento, foi o marco dos direitos do homem. A diferença era combatida e temida, sendo utilizada para provocar

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais Sociais: A relação do trabalho e seguridade social, pelo programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Público pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada.

mais desigualdade. O outro era visto como um ser de menor dignidade e direitos. Identificou-se que apenas o texto constitucional não poderia garantir a igualdade real, o Estado deveria discriminar de forma positiva as pessoas, para que a igualdade fosse praticada (MACIEL; PITTA, 2016). Aristóteles (2011) defendia que se as pessoas são diferentes devem ser tratadas de forma diferente. O tratamento dos iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual passou a ser alicerce para que a humanidade pudesse ser tratada de forma isonômica.

O Estado social substituiu o Estado Liberal, buscando a redução de desigualdades existentes na sociedade (MOREIRA, 2014). O Direito Constitucional passou a entender que negar a discriminação que ocorria até então era ineficaz. Assim os direitos sociais surgem para que o Estado se torne garantidor do bem-estar da nação (ROCHA, 1996). Assim, transição do Estado Liberal para o Social, fez com que o Estado buscasse o bem comum, através dos direitos fundamentais. A partir disso, os direitos fundamentais de segunda geração têm surgimento, o Estado deveria atuar positivamente para garantir os direitos de primeira geração (GRINOVER, 2008). A neutralidade Estatal é deixada de lado, o Estado passa a agir de forma pró ativa garantir a igualdade formal.

Sarlet (2003) explica que há duas formas de combater a discriminação, a primeira baseia-se pelo poder punitivo, através da criação de normas, onde as pessoas seriam iguais não permitindo qualquer tipo de discriminação. A segunda forma de combate à discriminação considera que apenas a repressão não acaba com a discriminação, a adoção de ações afirmativas, baseadas no princípio da solidariedade, permite que o Estado possa incluir indivíduos que estão à margem da sociedade.

Nesse sentido, as ações afirmativas emergem como fonte de efetivação do princípio da igualdade, e inclusão social, objetivando garantir além da igualdade perante a lei, a igualdade perante a sociedade (SERPA, 2017). O surgimento do termo ações afirmativas ocorre com a ordem executiva nº 10925, pronunciada pelo Presidente estadunidense J. F. Kenedy em 1961, que proibia as agências governamentais de discriminarem seus candidatos (PAULA, 2004). A partir de tal documento, os EUA publicaram diversas medidas referentes ao tema de ações afirmativas. Em 1963 é publicado documento referente a inclusão de afrodescendentes em sistema educacional de qualidade. Em 1965 são criadas ações para que haja facilitação de contratos governamentais com empresas que contratem minorias.

Já na Europa as ações afirmativas têm maior ênfase a partir da década de 1980, especialmente no âmbito de políticas voltadas a igualdade entre gêneros. Com o combate à discriminação contra a mulher, as ações afirmativas europeias promoviam um ajuste das posições de gênero na sociedade (FONTANA, 2017).

Através da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial que adentrou no Brasil em 1969, o conceito de discriminação positiva no ordenamento jurídico pátrio surge, tendo assim o país a ter obrigação na

adoção de políticas que propiciam a grupos que necessitam de proteção o acesso a direitos e liberdades fundamentais (BAEZ, 2017).

Baez (2017) explica que com a Constituição de 1988, o Brasil passa a normatizar políticas que visavam a construção da igualdade na sociedade brasileira. Buscando uma postura afirmativa, através de objetivos elencados pela República Federativa do Brasil que objetivam uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (BAEZ, 2017).

2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

As ações afirmativas surgem em um primeiro momento como um mero encorajamento do Estado, para que as pessoas que tinham poder decisório olhassem para temas relativos a sociedade, como acesso à educação e mercado de trabalho, representando assim grupos minoritários (GOMES, 2001). Gomes (2001) explica que em um segundo momento, as ações afirmativas passam a ser vistas como políticas que buscam a igualdade de oportunidades através da adoção de cotas para inclusão de determinadas minorias no mercado de trabalho e instituições de ensino. O conceito de ações afirmativas em um terceiro momento, segundo Gomes (2001), passa a tratar de políticas públicas ou privadas que visem o combate à discriminação de minorias, como raça, gênero, condição, entre outras. Ainda, objetivando a compensação de discriminações passadas e a efetivação da igualdade de acesso a bens fundamentais.

Menezes (2001) relaciona ações afirmativas com a tentativa de fazer com que minorias possam participar de programas de benefícios, em que tenham acesso a algo antes em virtude de discriminação. Para o Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa (GEMMA, 2018) trata ações afirmativas como políticas que alocam recursos em benefício de minorias discriminadas no passado ou presente, visando o combate à discriminação e aumento da participação no que diz respeito a política, educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção além do reconhecimento cultural. Maciel e Pitta (2016) definem ações afirmativas como medidas de origem pública ou privada, podendo ser obrigatória ou voluntária, com a finalidade da inclusão de grupos discriminados.

Chemerinski (1996) defende que as ações afirmativas são políticas utilizadas para remediar preconceitos e discriminações ocorridas no passado, melhorar a diversidade, através da inclusão de diferentes grupos, aumentar o poder político de minorias, criar modelos na sociedade, através de exemplos, e ainda melhorar a riqueza e serviços prestados às minorias. Daflon, Feres Júnior e Campos (2013), afirmam que ações afirmativas se diferenciam de ações antidiscriminação corretivas, pois estas, diferentes daquelas, buscam a coletividade discriminada, além de possíveis indivíduos discriminados, tratando a prevenção da discriminação, e ainda da reparação de seus efeitos.

3 A ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

A desigualdade e exclusão social, mesmo com diversos avanços na legislação e posicionamento do Estado a respeito de combater-las, ainda ocorre na sociedade brasileira. A busca pela igualdade continua sendo desafio para o Estado e sociedade e deve ser constantemente almejado.

As pessoas com deficiência, apesar de tamanho progresso nas políticas de inclusão e combate ao preconceito, continuam sendo tratadas como fardo e incapazes de viver normalmente. Assim, a inclusão e tratamento digno da pessoa com deficiência torna-se fator determinante para que tal grupo venha ser tratado com igualdade.

Aranha (2000) assinala que inclusão tem relação com o reconhecimento e aceitação da diversidade da sociedade, fazendo com que todos tenham as mesmas oportunidades indiferente de diferenças ou grupos sociais. Serpa (2017) entende que as ações afirmativas são importantes ferramentas de inclusão, fazendo com que o processo de igualdade seja acelerado, efetivando a dignidade da pessoa humana.

Em 1988 com a nova Constituição Federal os direitos das pessoas com deficiência tiveram um novo marco. O modelo assistencialista é deixado de lado e um novo modelo que visa a inclusão da pessoa com deficiência é iniciado. O artigo 3º é prova disto, uma vez que exprime em seu texto que a pobreza e marginalização devem ser erradicadas, e ainda a redução de desigualdades sociais e regionais deve ser buscada. Ainda, no referido artigo, é descrito que a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de preconceito deve ser buscado.

Assim, as políticas públicas para diminuição da discriminação e desigualdade passam a ser adotados pelo Estado Brasileiro. Com a implantação de políticas públicas a inclusão é vista como garantia de igualdade, tendo seu conceito respaldado na igualdade, direitos humanos ou democracia (PEREIRA; SCOTT; BARBOSA, 2013).

Através da inclusão em 2008 da Convenção da Organizações das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência como emenda constitucional, o Brasil assume compromisso de que os direitos humanos e liberdades fundamentais devem ter totalmente aplicados para todas as pessoas com deficiência, não havendo discriminação. Com isso, passou-se a estabelecer relações com o direito internacional, além de políticas públicas e ações afirmativas relacionadas ao mercado de trabalho para pessoas com deficiência, conforme exposto por Castro (2016).

3.1 AÇÕES AFIRMATIVAS E A DIGNIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Com a explicitação da possibilidade de se adotar ações afirmativas na Constituição Federal de 1988, além ainda das outras diversas legislações, é possível

afirmar que as ações afirmativas têm caráter legal, por esse motivo também são chamadas de discriminações lícitas. Além disso, são eficazes no que diz respeito a eliminação de desigualdades alimentadas pela própria sociedade no decorrer do tempo, até que essas sejam eliminadas.

Ainda, as ações afirmativas são instrumentos de efetivação dos objetivos constitucionais, buscando a discriminação positiva sem ferir o princípio da igualdade defendido pela Constituição Federal. Dessarte o fundamento das ações afirmativas é garantir e proteger o direito dos seres humanos, visando uma sociedade justa e igualitária.

Serpa (2017) afirma que em um Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana deve ocupar espaço no topo do ordenamento jurídico. Para isso o Estado não deve apenas expressar os direitos fundamentais, mas deve desenvolver ações afirmativas para que estes direitos sejam de fato executados. Pois, o acesso aos bens e serviços deve ser disponível a todos, bem como, garantir o mínimo existencial para que todos possam se projetar para o futuro e somente assim a dignidade da pessoa humana será realmente respeitada (SARLET, 2013).

Sposati (1999) expõe que as ações afirmativas são políticas para compensação de desigualdades sociais, mas que não haverá lei por si só, que mudará a mentalidade, a discriminação e o preconceito da sociedade. A cidadania se desenvolve através

Cruz (2011) expõe que com as ações afirmativas há uma distribuição mais igualitária de bens sociais e a promoção a pluralidade das relações sociais, além ainda da identificação dos grupos sociais beneficiados por tais ações. Ou seja, as ações afirmativas têm um papel de combate à discriminação, e diminuição das desigualdades sociais, tais políticas públicas tem um caráter temporário, pois, quando determinados grupos minoritários conseguem acessar os bens e serviços de forma equivalente as demais pessoas da sociedade, as ações afirmativas podem ser extintas.

Dessa forma, o combate à discriminação à pessoa com deficiência está intimamente ligado aos princípios da dignidade e igualdade da pessoa humana. Cruz (2005) defende que uma sociedade baseada nos princípios de dignidade e igualdade da pessoa humana, deve aproveitar as diferenças e reconhecendo o potencial e capacidade de cada pessoa.

Rawls (2003) defende que os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais devem ser tratados de forma desigual. Conceito este condizente com Sposati (1999), que ainda defende que a igualdade não ocorre apenas no reconhecimento da igualdade dentro da lei, mas na igualdade de condições, advindo assim a cidadania democrática onde os desiguais sejam tratados de forma desigual.

O princípio da igualdade pode ser identificado descrito na constituição federal de 1988 nos artigos 3º, inciso IV, no que tange o combate à discriminação, no artigo 5º, na demonstração que todos são iguais perante a lei. E ainda no artigo 7º a respeito da igualdade trabalhista, no artigo 14º e 150º, descritos a igualdade política e tributária respectivamente.

Contudo, mesmo com tais premissas as desigualdades ainda são visíveis. Cruz (2005) expõe que as pessoas com deficiência são ainda vistas pela sociedade como pessoas dignas de pena, inúteis e que necessitam de ajuda dos outros. Mazzota e D'Antino (2011) argumentam que o que não se encaixa em determinados padrões, diferentes do "normal" acabam por sofrer de uma violência simbólica pela sociedade. Ainda para os autores, dentre diversos grupos, o de pessoas com deficiência é reiteradamente colocado nessa posição de discriminação.

Baez (2017) pontua que as discriminações e desigualdades em diversos níveis existem desde épocas antigas até nos dias atuais e as mesmas mostram-se enraizadas em nossa cultura. Para tanto, a adoção de medidas afirmativas deve buscar a mudança da cultura de discriminação e desigualdades na sociedade, além ainda de dirigir-se ao tratamento digno dos grupos minoritários.

Os artigos 5º e 6º da Constituição Federal de 1988, trazem à tona direitos relativos a dignidade da pessoa humana, tais como direitos sociais, direito à educação, saúde, alimentação, previdência social, trabalho, lazer, moradia, entre outros, logo a dignidade e tratamento digno da pessoa com deficiência está relacionada à efetivação de tais direitos.

Robert e Marcial (1999, p. 217) expressam que a pessoa com deficiência "qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seu concidadão da mesma idade, o que implica, antes de tudo o direito de desfrutar de uma vida decente, tão normal e plena quanto possível."

A eliminação de obstáculos físicos, material de uso pessoal, educação especial, reabilitação e habilitação, profissionalização e acesso ao mercado de trabalho e eliminação de barreiras invisíveis são requisitos para haver a integração da pessoa com deficiência na sociedade, conforme defendem Assis e Pussoli (1992).

A acessibilidade é item importante como tratamento digno da pessoa com deficiência. A CF/88 em seu artigo 227 §2º expressa que "a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência", desse modo a Lei 10.098/2000 foi criada com o intuito de desenvolver critérios que visem a acessibilidade das pessoas com deficiência.

Com o decreto 7612/2011 foi lançado no país o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com deficiência - Viver sem Limite. Tal plano tem a participação de 15 ministérios e a participação do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Conade), e objetiva implementar novas iniciativas e intensificar ações já praticadas que visam melhorar o acesso das pessoas com deficiência a direitos básicos como educação, transporte, moradia, saúde, qualificação profissional e mercado de trabalho.

O trabalho é força que desempenha papel respeitável no que tange o conceito de tratamento digno. Marques (2007, p. 115) defende que a valorização do trabalho humano é o principal "agente de transformação da economia e meio de inserção social." Pezzella e Bublitz (2014) concordam com Marques (2007) defendendo que o trabalho

é essencial para o exercício da cidadania e dignidade humana, para tanto a CF/88 estabelece que a valorização do trabalho é peça chave para propiciar a existência digna.

Nesse sentido, no que tange a pessoa com deficiência e trabalho, a CF/88 em seu artigo 7º inciso XXXI proíbe discriminação tanto de salário como nos critérios de admissão para pessoas com deficiência. Ainda, a Lei 8.213/1991 (Lei de Cotas) cria em seu artigo 93 a obrigatoriedade de empresas com 100 ou mais empregados de preencher de 2% a 5% de seus cargos com reabilitados² ou pessoas com deficiência. Para tanto, aplica-se a proporção abaixo:

Tabela 1 - Percentual de empregados para pessoas com deficiência ou reabilitados nas empresas

Tipo de empresa	Proporção de empregados
De 100 a 200 empregados	2%
De 201 a 500 empregados	3%
De 501 a 1.000 empregados	4%
Acima de 1.000 empregados	5%

Fonte: Brasil (1991).

De acordo com Ministério do Trabalho e emprego (2007), as políticas de incentivo ao trabalho de pessoas com deficiência no âmbito internacional vão desde a aplicação de cotas de vagas de emprego a pessoas com deficiência, até incentivos fiscais e contribuições à fundos públicos destinados a custeios de programas de formação profissional, tanto no âmbito público como o privado.

4 DADOS REFERENTE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

No Brasil, segundo dados do Censo de 2010, 23,91% da população possui algum tipo de deficiência. Destes, 58,29% possuem deficiência visual, 21,62% motora, 15,83% auditiva e 4,26% algum tipo de deficiência mental ou intelectual. Em números absolutos, havia no Brasil em 2010, 45.606.048 pessoas com deficiência, sendo que 15.762.796 destes com mais de uma deficiência.

Ainda com dados do Censo de 2010, no que se refere a educação, 61,14% das pessoas com deficiência possuem ensino fundamental incompleto ou não possuem instrução. Número diferente das pessoas sem deficiência, onde 38,23% destas, possuem fundamental incompleto ou não possuem instrução. Em comparação com as pessoas sem deficiência, as pessoas com deficiência têm menor grau de instrução. A Tabela 2 mostra tal comparação.

² De acordo com o artigo 31 do Decreto 3.298/1999 "entende-se por habilitação e reabilitação profissional o processo orientado a possibilitar que a pessoa portadora de deficiência, a partir da identificação de suas potencialidades laborativas, adquira o nível suficiente de desenvolvimento profissional para ingresso e reingresso no mercado de trabalho e participar da vida comunitária."

Tabela 2 - Escolaridade Pessoas com Deficiência x Pessoas sem Deficiência

Escolaridade	Pessoa com Deficiência	Pessoas sem Deficiência
Sem instrução e fund incompleto	61,14%	38,23%
Fund completo e médio incompleto	14,16%	20,99%
Médio completo e superior incompleto	17,67%	29,73%
Superior completo	6,66%	10,38%
Não determinado	0,37%	0,66%
Total	100,00%	100,00%

Fonte: IBGE (2011).

A taxa de ocupação de pessoas com deficiência acima de 15 anos, em 2010, era de 48,03%, quanto a de pessoas sem deficiência era de 63,37%. Ainda, a taxa de ocupação da pessoa com deficiência mostra-se maior em todas as faixas de idade em comparação a pessoas sem deficiência conforme é mostrado na Tabela 3.

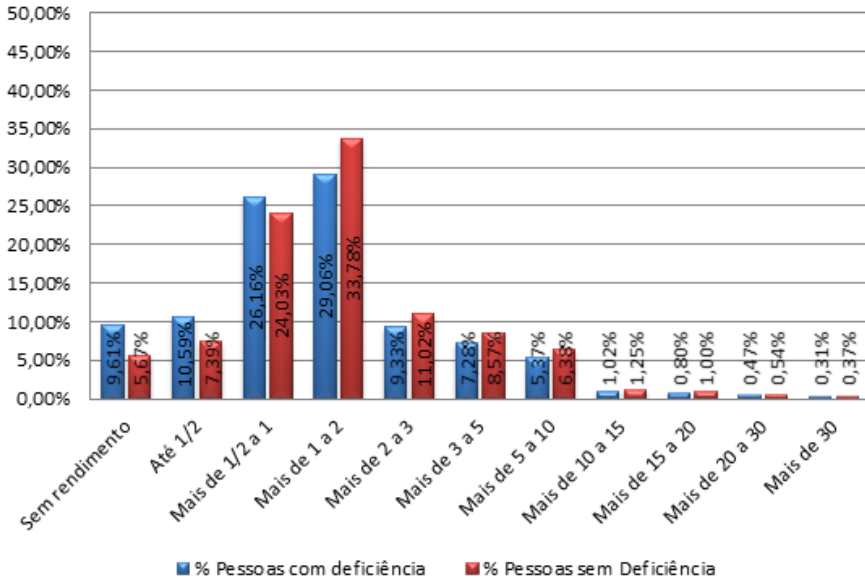
Tabela 3 - Taxa de ocupação Pessoas com deficiência x sem deficiência

Faixa de Idade	% Ocupação - Pessoas com deficiência	% Ocupação - Pessoas sem deficiência
15 a 19 anos	28,24%	32,21%
20 a 24 anos	56,27%	63,23%
25 a 29 anos	64,61%	72,50%
30 a 34 anos	66,70%	75,77%
35 a 39 anos	66,66%	77,14%
40 a 44 anos	66,86%	77,59%
45 a 49 anos	66,30%	75,73%
50 a 54 anos	60,95%	70,09%
55 a 59 anos	51,42%	60,33%
60 a 64 anos	37,53%	46,10%
65 a 69 anos	25,14%	32,24%
70 a 74 anos	16,82%	22,71%
75 a 79 anos	11,47%	16,63%
80 anos ou mais	6,40%	10,86%
Total	48,03%	63,37%

Fonte: IBGE (2011).

A remuneração, em salários mínimos, mostra que as pessoas com deficiência têm seu nível de remuneração menor. O maior número de pessoas com deficiência está situado na faixa de $\frac{1}{2}$ a 1 salário mínimo (26,16%), enquanto o maior número de pessoas sem deficiência está situada na faixa de 1 a 2 salários mínimos. Ainda, é possível visualizar que 24,57% das pessoas com deficiência têm remuneração maior que 2 salários mínimos, enquanto que para as pessoas sem deficiência esse índice sobe para 29,14%. O Gráfico 1 apresenta tais dados.

Gráfico 1 – Remuneração Pessoas com deficiência x sem deficiência – Pessoas acima de 10 anos



Fonte: IBGE (2011).

O Relatório Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2016, que apresenta dados fornecidos pelos empregadores e considera pessoa com deficiência os que trabalham formalmente e têm sua condição reconhecida através de documentos que a comprovem, mostra que também há diferença salarial entre pessoas com deficiência e sem deficiência.

Mesmo se comparado a mesma escolaridade, em média, a pessoa com deficiência ganha 7,79% menos. Em apenas 3 das 9 categorias de escolaridade a média de remuneração das pessoas com deficiência é maior. A tabela 4 expõe tais dados.

Tabela 4 – Remuneração média em 31/12/2016 - Pessoa com deficiência x sem deficiência por faixa de escolaridade

Escolaridade	Média com deficiência	Média sem deficiência	% Diferença
Analfabeto	1.247,65	1.403,09	-11,08%
Até o 5º ano Incomp. do Ensino Fundamental	1.568,82	1.658,79	-5,42%
5º ano Completo do Ensino Fundamental	1.886,89	1.805,21	4,52%
Do 6º ao 9º ano Incomp. do Ensino Fundamental	1.666,07	1.759,64	-5,32%
Ensino Fundamental Completo	1.888,97	1.821,70	3,69%
Ensino Médio Incompleto	1.630,24	1.664,48	-2,06%

Escolaridade	Média com deficiência	Média sem deficiência	% Diferença
Ensino Médio Completo	2.104,13	2.068,17	1,74%
Educação Superior Incompleta	2.791,38	2.888,46	-3,36%
Educação Superior Completa	5.816,30	5.925,63	-1,85%
Total	2.630,35	2.852,62	-7,79%

Fonte: Ministério do Trabalho (2016).

No que se refere a número de empregados, o Rais (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2016) mostra que houve um aumento de 3,79%, em comparação a 2015, no número de empregados com deficiência, já o número de pessoas sem deficiência teve uma retração de 4,16% ante a 2015. Ainda houve aumento no número de empregados com deficiência em todas as categorias de deficiência, exceto a múltipla que retraiu em 10,13%. Para deficientes visuais houve aumento de 7,73%, para deficientes intelectuais/mentais 6,30%, físicos 1,87% e auditivos 1,26%.

Quanto a lei de cotas, o Rais (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2016) fornece informações a respeito da aplicabilidade da mesma. Em 31/12/2016 haviam 724.367 vagas para pessoas com deficiência, segundo a lei, destas apenas um total de 361.050 vagas estavam preenchidas, havendo assim 363.317 vagas em aberto para pessoas com deficiência de acordo com a Lei de Cotas.

Ainda com dados do Rais (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2016), percebe-se que em média apenas 2,04% das vagas ocupadas em empresas acima de 100 empregados são de pessoas com deficiência, sendo que em nenhuma das categorias de empresas abrangidas pela lei de cotas, vide tabela 1, atende a legislação mínima de vagas para pessoa com deficiência.

CONCLUSÃO

Desigualdades sociais existem desde os primórdios da humanidade, tais desigualdades vêm trazendo consigo preconceitos que se tornaram com o decorrer do tempo, assentados na cultura da sociedade. As ações afirmativas surgem como objeto de combate às desigualdades sociais e têm, cada vez mais, se tornado ferramentas necessárias para a inclusão de minorias na sociedade.

O tema de ações afirmativas vem sendo debatido desde o século XX, e tem tomado importância cada vez maior como ferramenta de combate à discriminação em praticamente todos os países do mundo, influenciados pelas políticas adotadas pelos Estados Unidos da América.

No Brasil a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada no Brasil em 1969, a Constituição Federal de 1988, além da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das

Pessoas com Deficiência aprovada pelo Brasil em 2008 se tornaram alicerce no que diz respeito à busca pela igualdade e aplicações de políticas de combate à discriminação no país.

A partir da Constituição de 1988 o Brasil passou a adotar políticas para inclusão de pessoas com deficiência voltadas à acessibilidade, melhoria da educação e ainda o esforço para que o trabalho digno para a pessoa com deficiência. Apesar de tais esforços e mesmo com a população de pessoas com deficiência representando 23,91% (IBGE, 2011) do total da brasileira, a dificuldade de acesso de tal grupo a bens e serviços de fácil acesso a demais grupos é constante.

Evidência disso, são os números apresentados no capítulo anterior. As pessoas com deficiência apresentam uma taxa de ocupação menor se comparadas com pessoas sem deficiência (IBGE, 2011), além disso a remuneração de tal grupo é em média 7,79% menor que salários de pessoas sem deficiência (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2016), mesmo que o nível de escolaridade seja o mesmo.

Nesse sentido, o número de empregados com deficiência, segundo o RAIS 2016, se comparado ao ano de 2015 teve um crescimento de 3,79%, no entanto ainda está longe do ideal. Mesmo com a Lei de cotas tornando obrigatório um índice que varia de 2% a 5% dos empregados com deficiência em empresas maiores que 100 empregados, havia no ano de 2016 aproximadamente 363.317 vagas em abertos para tal grupo segundo dados do RAIS.

Tais dados devem ser analisados através de uma visão sistêmica, não podendo ser analisados isoladamente, visto que a inclusão é um conjunto de diversos fatores, onde um fator pode ocasionar o não acesso a outro. No entanto, com os dados apresentados é possível concluir que apesar da melhora nos últimos anos, ainda há muito o que se evoluir no quesito trabalho digno de pessoas com deficiência. Apesar disso, as ações afirmativas mostram-se importantes ferramentas para que tal evolução possa ocorrer de forma cada vez mais rápida e eficaz.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Salete Fábio. Inclusão Social e Municipalização. In: MANZINI, Eduardo José. *Educação Especial: temas atuais*. Marília: Unesp: Marília Publicações, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ASSIS, Olney Queiroz; PUSSOLI, Lafaiate. *Pessoa deficiente: Direitos e garantias*. São Paulo: EDIPRO, 1992.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. A construção histórica das ações afirmativas para afrodescendentes no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 514-538, dez. 2017. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2219>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa de 1988. Senado Federal: Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 abr. 2018.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. Convenção Sobre Os Direitos das Pessoas Com Deficiência. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jul. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 12 maio 2018.

BRASIL. Decreto nº 3298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Decreto nº 7612, de 17 de novembro de 2011. Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7612.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *A Inclusão das Pessoas com Deficiência no Mercado de Trabalho*. 2007. Disponível em: <<http://www.portalinclusivo.ce.gov.br/phocadownload/publicacoesdeficiente/ainclusaodaspdnomercedetrabalho.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. 2008. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viver-sem-limite>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Viver sem Limite*. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/viver-sem-limite>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

CASTRO, Moisés Coelho. *A Inclusão Das Pessoas Com Deficiência No Mercado De Trabalho Brasileiro: Um Estudo Das Normas E Ações Afirmativas À Luz Do Direito Internacional*. 2016. 189 p. Dissertação (Mestrado)–Curso de Direito, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Franca, 2016.

CHEMERINSKY, Erwin. *Making Sense of the Affirmative Action Debate*, 22 Ohio N.U. L. Rev. 1159 (1996). Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/onulr22&div=76&start_page=1159&collection=journals&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults>. Acesso em: 22 jun. 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CRUZ, Luis Felipe Ferreira Mendonça. *Ações afirmativas e o princípio da igualdade*. 2011. 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-03092012-092058/publico/Dissertacao_final_Luis_Felipe_Ferreira_Mendonca_Cruz.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

- DAFLON, Verônica Toste; FERES JÚNIOR, João; CAMPOS, Luiz Augusto. Ações afirmativas raciais no ensino superior público brasileiro: um panorama analítico. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 43, n. 148, p. 302-327, jan. 2013.
- FONTANA, Douglas Cristian. A efetivação da acessibilidade das pessoas com deficiência como ação afirmativa para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; NUNES, Edson Antonio Baptista; FONTANA, Douglas Cristian (Org.). *A evolução histórica das ações afirmativas e seu desenvolvimento no Brasil*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2017. p. 55-93.
- GEMMA, Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa. *O que são ações afirmativas?* 2018. Disponível em: <<http://gemaa.iesp.uerj.br/dados/o-que-sao-aco-es-afirmativas.html>>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas*. 2001. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21672-21673-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2018.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. O controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 164, p. 9-28, 2008.
- IBGE. Censo demográfico 2010. *Características da população e dos domicílios: resultados do universo*. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_religiao_deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia_tab_uf_xls.shtm>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- MACIEL, Alvaro dos Santos; PITTA, Rafael Gomiero. Ação afirmativa e liberalismo igualitário: os contributos de Rawls e Dworkin. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25., 2016, Curitiba. *Anais...* Curitiba, 2016.
- MARQUES, Rafael da Silva. *Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2007.
- MAZZOTTA, Marcos José da Silveira; D'ANTINO, Maria Eloísa Famá. Inclusão social de pessoas com deficiências e necessidades especiais: cultura, educação e lazer. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 20, n. 2, p. 377-389, jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902011000200010>. Acesso em: 01 jun. 2018.
- MENEZES, Paulo Luceno de. *A ação afirmativa (Affirmative Action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MINISTÉRIO DO TRABALHO. Programa de disseminação das estatísticas do trabalho. *RAIS- 2016*. 2016. Disponível em: <<http://pdet.mte.gov.br/rais>>. Acesso em: 15 jun. 2018.
- MOREIRA, Gerliane. *O Princípio da Igualdade Nas Ações Afirmativas*. 2014. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3166>. Acesso em: 21 maio 2018.
- PAULA, Alexandre Sturion de. Ação Afirmativa: instrumento de cidadania ou discriminação reversa? *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, Londrina, p. 3-17, set. 2004.

PEREIRA, Juliana Zanini; SCOTT, Juliano Beck; BARBOSA, Tamires M. Educação inclusiva: concepções acerca das políticas públicas e perspectivas de ação. *Vidya*, Santa Maria, v. 3, n. 2, p. 111-119, jul. 2013.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; BUBLITZ, Michelle Dias. Pessoa como Sujeito de Direitos na Sociedade da Informação: garantia fundamental de proteção à dignidade da pessoa humana face ao valor social do trabalho. *Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 35, n. 68, p. 239-260, 20 jun. 2014.

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

ROBERT, Cinthia; MARCIAL, Danielle. *Direitos humanos: Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de informação legislativa*, Brasília, DF, v. 33, n. 131, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SERPA, Juliano. A efetivação da acessibilidade das pessoas com deficiência como ação afirmativa para a realização do princípio da dignidade da pessoa humana. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; NUNES, Edson Antonio Baptista; FONTANA, Douglas Cristian (Org.). *Teorias da Justiça e a Morfologia dos Direitos Fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2017. p. 455-509.

SPOSATI, Aldaíza. *Mínimos de Cidadania: Ações afirmativas de enfrentamento à exclusão social*. Núcleo de Seguridade e Assistência Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1999.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEM. *O extermínio dos deficientes*. Disponível em: <<https://www.ushmm.org/outreach/ptbr/article.php?ModuleId=10007683>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

IGUALDADE DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO: ANÁLISE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS ESTABELECIDAS PELO ESTADO BRASILEIRO NO ORÇAMENTO DA UNIÃO, NO PERÍODO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 E SUA EFETIVIDADE

Diego Ferraz¹

O Brasil, com um produto interno bruto de 3,216 trilhões de dólares, ostenta a posição de 8ª economia do mundo, de acordo com dados do Fundo Monetário Internacional, em sua publicação trimestral mais recente do *World Economic Outlook* (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2018).

Paradoxalmente, conforme o Fórum Econômico Mundial em seu relatório anual *Global Gender Gap Report (GGI) 2017*, que mensura o índice de igualdade entre homens e mulheres no mundo, o Brasil ocupa apenas a taciturna posição nº 90 entre 144 países (WORLD ECONOMIC FORUM, 2017).

Em pleno ano de 2018, exatos 30 anos após a promulgação da Constituição da República de 1988, a mais democrática e igualitária das cartas constitucionais, como ainda se fala em desigualdade de gênero no Brasil?

O país esteve inerte durante toda sua história, não estabelecendo políticas públicas capazes de mitigar as desigualdades entre homens e mulheres?

Para tentar responder esta pergunta, várias são as análises que podem ser realizadas. Opta-se, neste momento, em averiguar se o Estado brasileiro tem se preocupado em estabelecer ações afirmativas específicas no mercado de trabalho, através da variável orçamentária.

Através desta lente se poderá visualizar ‘se’ e ‘quanto’ o Estado efetivamente tem demonstrado preocupação em implementar ações, para mitigar e/ou extirpar a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, no Brasil.

Para tanto, far-se-á inicialmente um estudo do princípio da igualdade e sua dimensão material. Ante sua previsão *qualificada* na Carta Constitucional, em seu artigo 5º, tanto no *caput*, quanto no inciso I, elege-se como marco legal nesta pesquisa a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Após, será realizada a análise dos números da desigualdade no mundo do trabalho no ano de 1989, a atuação do Estado em ações afirmativas no pós-Constituição de 1988, para ao fim fazer um contraponto com os números atuais da desigualdade.

Destarte, importante mencionar que não será objeto deste estudo entender as diferenças da desigualdade.

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Especialista em Direito Constitucional; Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor em cursos de Graduação e Pós-graduação; Advogado.

1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS AÇÕES AFIRMATIVAS: BREVES PONDERAÇÕES

O problema da desigualdade de gênero,² tratada aqui como aquela existente entre homens e mulheres, é estruturante na sociedade brasileira e já evidenciado sobremaneira.

Esta desigualdade, geralmente mais latente na participação feminina na política e no mundo do trabalho, com diferenças salariais e na ocupação de cargos de direção, merece ser combatida através de instrumentos com este desiderato.

Neste contexto, o princípio da igualdade apresenta-se como verdadeira solução.

Direito fundamental previsto no art. 5º, *caput* da Constituição brasileira de 1988, a igualdade de todos perante a lei, tem o condão impositivo muito mais voltado aos criadores e aplicadores das normas e às próprias normas, do que de nivelar os cidadãos ante a norma legal (MELLO, 2013, p. 6).

Ou seja, mostra-se o princípio igualmente como um norte ao legislador, quando da criação de normas.

É justamente este mandamento que propicia, em nome de equidade, estabelecer discriminações nos tratamentos a determinadas situações.

Assim, por exemplo, poderia o legislador editar uma lei com tratamento desigual às mulheres em relação aos homens, referente ao tempo de contribuição e trabalho para o efetivo aposento das atividades laborativas, ponderando ser uma necessária compensação pela *dupla jornada* das mulheres (emprego remunerado e os afazeres do lar).

Esta discriminação legal de fato existe. Insculpida no art. 201, §7º, incisos I e II da Constituição Federal,³ a regra prevê que os homens podem se aposentar com 35 anos de contribuição ou com 65 anos de idade e as mulheres com 30 anos de contribuição ou 60 anos de idade.

Outro exemplo, sem considerar exclusivamente questões de gênero, é a discriminação que o constituinte originário estabeleceu em relação aos *eclesiásticos* no art. 143, §2º⁴ do texto constitucional, excluindo da obrigatoriedade do serviço militar

² “Entende-se por gênero o conjunto de normas, valores, costumes e práticas através das quais a diferença biológica entre homens e mulheres é culturalmente significada. A categoria de gênero surgiu como uma forma de distinguir as diferenças biológicas das desigualdades sócio culturalmente construídas (Kabeer, s/d) e procurou mudar a atenção de um olhar para mulheres e homens como segmentos isolados, para um olhar que se fixa nas relações inter-pessoais e sociais através das quais elas são mutuamente constituídas como categorias sociais desiguais.” (BANDEIRA, 2005, p. 7).

³ Prevê o art. 201 da Constituição Federal de 1988: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] §7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta e cinco anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta e cinco anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. [...]”

⁴ Prevê o art. 143, §2º da Constituição Federal de 1988: “Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. [...] § 2º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.”

em tempo de paz, os homens que exerçam aquele sacerdócio, os quais por profissão de fé estão a serviço de uma carreira religiosa.

Depreende-se dos dois exemplos supracitados que o legislador criou discriminações no tratamento, em cada caso, para grupos diferentes de pessoas, justamente ante as singularidades e desigualdades existentes em relação a outros grupos.

Outrossim, questionamento que deve ser respondido, é se esta discriminação que ocorre em razão do princípio isonômico tem limites.

A discriminação criada pela lei, também reconhecida como desequiparação, segundo MELLO (2013, p. 10), tem como seu fator de *discrímén* quaisquer elementos que sejam ligados a coisas, pessoas ou situações. Ainda, prossegue o autor afirmando que:

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (MELLO, 2013, p. 10).

Vale dizer, a discriminação não ofenderá o preceito igualitário quando o fator de *discrímén* tiver um nexó lógico entre (i) o elemento peculiar causador da diferença e (ii) a desequiparação no tratamento conferido. Ainda, obviamente, este nexó deve ser compatível com os preceitos constitucionais.

Percebe-se, desta forma, que toda e qualquer discriminação, para não ser injusta, deve necessariamente ser fundamentada.

Aplicando esta teoria ao exemplo supracitado, tem-se que na discriminação criada pela lei quanto à aposentadoria para mulheres, (i) o elemento peculiar causador da diferença é dupla jornada das mulheres, enquanto que (ii) a desigualdade no tratamento é a redução de 5 anos no tempo de contribuição e de idade para as mulheres se aposentarem.

Note-se, indubitavelmente, que há um nexó lógico entre o elemento causador da diferença (dupla jornada) e a desequiparação no tratamento (redução do tempo de trabalho), visto tratarem de questões atinentes ao mesmo instituto (trabalho). Ainda, tal discriminação é compatível com a Constituição, vez que é a própria quem estampa aquela (art. 201, §7º já referido).

Em contraponto, Mello (2013, p. 20) sugere excêntrico exemplo para demonstrar discriminação que não atenderia ao princípio da isonomia: uma lei hipotética que autorizasse o afastamento de empregados gordos para participarem de congresso religioso, sem que igual direito fosse concedido aos empregados magros.

Ora, (i) o elemento peculiar causador da diferença seria a organização do corpo, enquanto que (ii) a desigualdade no tratamento o afastamento remunerado. Pois bem, salta aos olhos que não há qualquer nexó entre (i) e (ii) neste exemplo.

O afastamento remunerado do empregado gordo, *prima facie*, não trará qualquer benefício a ele, no plano da desigualdade constatada - empregados gordos versus empregados magros.

Denota-se, que a desigualdade no tratamento gerada nesta hipótese não visa trazer isonomia entre gordos e magros (injustificável neste caso) e ao invés disso, esta regra cria uma discriminação maligna em relação aos empregados magros, que não possuem o direito ao dito afastamento.

O resultado desta discriminação, então, é um flagrante desrespeito ao princípio constitucional da igualdade.

Propositamente, se quis estabelecer as questões acima abordadas em relação ao princípio da igualdade, especialmente em relação aos dois exemplos contrapostos, justamente para se concluir que existem *discriminações positivas* e *discriminações negativas*.

A discriminação negativa é aquela cujo conceito tende-se a ser mais próximo, quando se utiliza singularmente a expressão discriminação, intimamente ligada aos preconceitos. Ou seja, esta discriminação é aquela que implica uma violenta exclusão e intolerância às diferenças e às diversidades (PIOVESAN, 2008, p. 890).

É o exemplo do tratamento diferenciado aos empregados gordos. Esta discriminação é negativa, vez que foi preconceituosa em relação aos empregados magros, sendo intolerante às diferenças e excludente.

Por outro lado, a discriminação positiva é inclusiva, atenta às diferenças e diversidades, fomenta a transformação social, acelera o processo de igualdade para alcançar seu conteúdo substantivo/material, sendo conhecida esta discriminação como *ação afirmativa* (PIOVESAN, 2008, p. 890).

A discriminação entre homens e mulheres em relação à aposentadoria, então, é perfeitamente compreendida como uma ação afirmativa voltada às mulheres.

As ações afirmativas, assim, são o conteúdo material, substantivo do princípio da igualdade, ultrapassando a barreira de uma igualdade meramente formal (letra fria da lei que considera que todos são iguais perante a lei).

Este conteúdo material do princípio, gerador da ação afirmativa, vai além do mero estabelecimento de uma regra legal de isonomia, ele cria uma discriminação no tratamento a uma coisa, pessoa ou situação, justamente para com isso alcançar a igualdade entre os desiguais.

Destarte, com precisão acerto Komparato (1993, p. 77-78) advoga que a igualdade formal é um pressuposto da aplicação concreta da lei, enquanto que a igualdade material possui uma meta a ser alcançada, não só por intermédio das leis, mas também através da efetiva atuação estatal através de políticas públicas, as ações afirmativas.

Compreendidos de forma didática e sintética o princípio da igualdade e a importância das ações afirmativas, estudo este suficiente ao clareamento e propósito deste artigo, tornar-se possível prosseguir com a análise pretendida.

2 ANÁLISE DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NO MUNDO DO TRABALHO, NO ANO DE 1989

Como já referido, elegeu-se como marco legal nesta pesquisa a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

Desta forma, neste tópico serão abordados os números da desigualdade entre homens e mulheres no mundo do trabalho, a partir do marco legal.

Assim sendo, tendo em vista que a referência a ser utilizada é a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD),⁵ do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a qual é publicada de forma anual, a primeira PNAD a ser publicada tendo como referência um ano completo de promulgação da Constituição, é a do ano de 1989.

As variáveis que serão analisadas são: população total residente no país por sexo, pessoas economicamente ativas por sexo, trabalhadores com carteira assinada por sexo, valor do rendimento mensal das pessoas economicamente ativas por sexo.

A população total residente no Brasil em 1989 era de 144.293.110 (cento e quarenta e quatro milhões duzentos e noventa e três mil cento e dez) pessoas, sendo 50,92% da população composta por mulheres e 49,08% pelos homens (IBGE, 1989, p. 2).

Já o número de pessoas economicamente ativas, sendo aquelas que estavam trabalhando ou procurando trabalho, em 1989, foi de 62.513.176 (sessenta e dois milhões quinhentos e treze mil cento e setenta e seis), sendo 64,82% o número de homens e 35,18% de mulheres. Se comparado ao número total da população, 57,23% dos homens eram economicamente ativos e apenas 29,92% das mulheres (IBGE, 1989, p. 2, 9).

Quando a variável considera os trabalhadores com carteira assinada, os homens detinham 66,12% dos vínculos, enquanto que as mulheres representavam 33,88% do total de carteiras de trabalho assinadas pelo empregador (IBGE, 1989, p. 24).

O valor do rendimento médio mensal destas pessoas economicamente ativas, naquele ano, onde a moeda era o cruzado novo, foi de NCz\$1.146 para os homens e NCz\$607 para as mulheres (IBGE, 1989, p. 9).

Percebe-se então, que em 1989, as mulheres auferiam um valor de rendimento médio mensal de apenas 52,97% do valor recebido pelos homens.

Constata-se assim, que existia uma gigantesca desigualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho no ano de 1989, seja pela inserção das mulheres aos

⁵ "O sistema de pesquisas domiciliares, implantando progressivamente no Brasil a partir de 1967, com a criação da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD -, tem como finalidade a produção de informações básicas para o estudo do desenvolvimento sócio-econômico do País." (IBGE, 1989, p. XIX).

postos de trabalho, seja pelos valores de rendimentos mensais, resultado obviamente, de anos de omissão do Estado brasileiro em estabelecer ações afirmativas.

Vencida esta breve análise, propõe-se em seguida averiguar se ante a constatação de desigualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho no fim da década de 1980, pós Constituição, o Estado brasileiro criou ações afirmativas visando acelerar o processo de igualdade material entre os gêneros.

3 AS AÇÕES AFIRMATIVAS REFLETIDAS NO ORÇAMENTO DA UNIÃO

Através do presente tópico, será investigado se o Estado brasileiro tem dedicado sua atenção no estabelecimento de ações afirmativas visando a igualdade material entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

Para tanto, optou-se em realizar o recorte necessário, envolvendo apenas o estudo do orçamento da União Federal.

Assim, será examinado se os orçamentos anuais da União, após o marco legal (CRFB/1988), têm se preocupado com destinação de valores para ações afirmativas às mulheres no mundo do trabalho.

Cabe explicar que o art. 165⁶ da Constituição Federal estabelece alguns instrumentos fundamentais para que possa ser viabilizado o planejamento do governo, sendo o Plano Plurianual (PPP), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O PPA estabelece as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública, tendo duração de 4 anos, vigorando até o final do primeiro exercício financeiro do mandato subsequente. A LDO compreende as metas e prioridades da administração pública para o exercício financeiro subsequente, bem como a orientação para elaboração da Lei Orçamentária Anual. Já a LOA estima toda receita e programação das despesas do governo para o exercício financeiro anual (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2014, p. 10-11).

A presente pesquisa realizou a análise das ações afirmativas previstas nas LOA's da União, em uma série histórica pós-Constituição de 1988.

Do ano de 1989 até 2001, não há referências expressas nas Leis Orçamentárias Anuais, de ações afirmativas voltadas às mulheres no mercado de trabalho.

Contudo, o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), juntamente com outras organizações, em 2002, criou uma metodologia para aferir a execução dos gastos públicos para programas e ações destinados exclusivamente às mulheres através da LOA, surgindo então o *Orçamento Mulher*.

⁶ Prevê o art. 165 da Constituição Federal: "Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. [...]"

Disponível no Portal do Orçamento do Senado Federal, o Orçamento Mulher é a base de dados para esta pesquisa. Contendo inúmeros temas, o único que será aqui explorado é aquele atinente ao mercado de trabalho.

Assim, somente serão considerados aquelas ações e programas previstos no Orçamento, com *destinação exclusiva às mulheres e relacionadas estritamente à promoção da igualdade* de gênero no mercado de trabalho.

3.1 AÇÕES AFIRMATIVAS PARA MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO, NO ORÇAMENTO MULHER

Inicialmente, nos anos de 2002 e 2003, no Orçamento Mulher não há indicação específica de ações executadas com os tópicos envolvendo igualdade de gênero no mercado de trabalho ou similares, portanto, o investimento da União nestes dois anos foi de R\$0,00.

O ano de 2004, contudo, pode ser concebido como grande marco na concepção de ações afirmativas visando a igualdade de gênero no mercado de trabalho, ao menos em nível de orçamento da União, já que pela primeira vez o Orçamento Mulher previu dotação orçamentária para políticas públicas com este viés.

Inserido no Tema “*Trabalho e Renda*”, o programa “1087 - *Igualdade de Gênero nas Relações de Trabalho*” estabeleceu quatro ações: 0726 - *Apoio a creches, restaurantes e lavanderias para a melhoria das condições de vida da mulher trabalhadora*; 2272 - *Gestão e administração do programa*; 4641 - *Publicidade de utilidade pública*; 4905 - *Capacitação de mulheres gestoras nos setores produtivos rural e urbano*.

Com uma dotação inicial de R\$3.810.000,00, foram autorizados R\$3.935.000,00 e empenhados/liquidados apenas R\$1.933.019,00 (SENADO FEDERAL, 2004).

Importante observar, que de acordo com a LOA de 2004 (Lei 10.837/2004), a dotação orçamentária global da União para o ano foi de R\$1.502.129.012.295,00. Sendo assim, a dotação com políticas públicas de igualdade de gênero no mercado do trabalho representou 0,0000025% no orçamento da União no ano de 2004.

No ano de 2005, com o mesmo tema e programa do ano anterior, igualmente se estabeleceram quatro ações: 09HV - *Apoio a projetos de incentivo a autonomia econômica das mulheres*; 2272 - *Gestão e administração do programa*; 4905 - *Capacitação de mulheres gestoras nos setores produtivos rural e urbano*; 8469 - *Capacitação de mulheres para o trabalho nos setores produtivos rural e urbano* (SENADO FEDERAL, 2005).

A dotação inicial foi de R\$ 3.183.872,00, com o mesmo valor autorizado, sendo empenhados/liquidados R\$ 2.568.142,00 (SENADO FEDERAL, 2005).

A LOA de 2005 (Lei 11.100/2005) previu uma dotação orçamentária global da União de R\$ 1.642.362.320.073,00. Desta forma, a dotação com políticas públicas de igualdade de gênero no mercado do trabalho representou 0,0000019% no orçamento da União no ano de 2005.

Para o ano de 2006, o programa passa-se a chamar “*Incentivo à autonomia econômica das mulheres no mundo do trabalho*”, sendo suprimida a ação “4905 - *Capacitação de mulheres gestoras nos setores produtivos rural e urbano*” e acrescentada a ação “8469 - *Capacitação de mulheres para a equidade no mundo do trabalho.*” (SENADO FEDERAL, 2006).

A dotação inicial foi de R\$ 3.930.194,00, sendo autorizados R\$ 4.850.194,00 e empenhados/liquidados R\$ 3.512.000,00 (SENADO FEDERAL, 2006).

Por seu turno, a LOA de 2006 (Lei 11.306/2006) previu uma dotação orçamentária global da União de R\$ 1.702.917.694.437,00. A dotação com políticas públicas de igualdade de gênero no mercado do trabalho representou 0,0000023% no orçamento da União no ano de 2006.

Em 2007, com as mesmas ações ao ano anterior, a dotação inicial foi de R\$ 11.728.000,00, sendo autorizado o mesmo valor e empenhados/liquidados R\$ 3.683.315,00 (SENADO FEDERAL, 2007).

Considerando que a LOA deste mesmo ano (Lei 11.451/2007), apresentou uma dotação global da União de R\$ 1.575.880.625.693,00, a dotação envolvendo as ações afirmativas para mulheres no mercado de trabalho representou 0,0000074% naquele orçamento.

Para o ano de 2008 alteram-se as nomenclaturas dos programas e das ações. O programa “1433 - *Cidadania e efetivação de direitos das mulheres*” contém as seguintes ações: 8400 - *Organização produtiva de trabalhadoras rurais*; 8402 - *Documentação da trabalhadora rural*; 8842 - *Incentivo ao trabalho decente e à equidade de gênero no mundo do trabalho*; 8843 - *Incentivo à autonomia econômica e ao empreendedorismo das mulheres*. Além disso, o programa “1427 - *Assistência técnica e extensão rural na agricultura familiar*” trouxe a ação “8332 - *Assistência técnica especializada para mulheres rurais*” (SENADO FEDERAL, 2008). Nos anos de 2009, 2010 e 2011 os programas e ações se repetem.

A dotação em 2008 foi de R\$ 31.550.000,00, sendo autorizados R\$ 34.650.000,00 e empenhados/liquidados R\$ 24.926.360,00 (SENADO FEDERAL, 2008).

Considerando que no ano de 2008 a LOA (Lei 11.647/2008) estabeleceu o orçamento global da União em R\$ 1.424.390.706.030,00, as ações afirmativas no mercado de trabalho das mulheres representaram naquele ano 0,000022% do orçamento total da União.

Em 2009, a dotação foi de R\$ 48.081.344,00, foram autorizados R\$ 48.021.344,00 e empenhados/liquidados R\$ 28.628.559,00 (SENADO FEDERAL, 2009).

A LOA em 2009 (Lei 11.897/2008) previu o orçamento total da União em R\$ 1.660.729.655.083,00, fazendo com que as políticas para igualdade das mulheres no mercado de trabalho representassem 0,000029%.

Para 2010, a dotação estabeleceu R\$ 49.891.700,00, sendo autorizados R\$ 48.391.700,00 e empenhados/liquidados R\$ 30.903.092,00 (SENADO FEDERAL, 2010).

Com a LOA de 2010 (Lei 12.214/2010) prevendo um orçamento global da União em R\$ 1.860.428.516.577,00, as ações para igualdade da mulher no mercado de trabalho representaram 0,000027% do valor total do orçamento da União naquele ano.

No ano de 2011, a dotação foi de R\$ 44.492.411,00, sendo autorizados R\$ 43.454.909,00 e empenhados/liquidados R\$ 29.615.781,00 (SENADO FEDERAL, 2011).

A LOA de 2011 (Lei 12.381/2011) estabeleceu um orçamento total da União em R\$ 2.073.390.152.400,00, tendo as ações afirmativas para mulheres no mercado de trabalho representado 0,000021% do valor global do orçamento da União neste ano.

No ano de 2012, os programas e ações novamente tiveram alterações. Neste ano foram consideradas as seguintes ações: 8843 - *Incentivo à autonomia econômica e ao empreendedorismo das mulheres*; 8402 - *Documentação da trabalhadora rural*; 8332 - *Assistência técnica especializada para mulheres rurais*; 8400 - *Organização produtiva de trabalhadoras rurais*; 20t0 - *Apoio ao planejamento e à gestão social com perspectiva de gênero no desenvolvimento territorial rural* (SENADO FEDERAL, 2012).

A dotação foi de R\$67.069.612,00, sendo autorizados R\$67.526.278,00 e empenhados R\$46.465.549,00 (SENADO FEDERAL, 2012).

A LOA de 2012 (Lei 12.595/2012) estabeleceu um orçamento total da União em R\$ 2.257.289.322.537,00, tendo as ações afirmativas para mulheres no mercado de trabalho representado 0,00003% do valor global do orçamento da União neste ano.

Para o ano de 2013, foram analisadas as seguintes ações: 8843 - *Incentivo a políticas de autonomia das mulheres*; 210w - *Apoio a organização econômica e promoção da cidadania de mulheres rurais*; 000c - *Territórios da cidadania - Assistência técnica especializada para mulheres rurais*. A dotação foi de R\$ 52.080.625,00, sendo autorizados R\$ 55.080.625,00 e empenhados R\$ 41.874.061,00 (SENADO FEDERAL, 2013).

A LOA de 2013 (Lei 12.798/2013) estabeleceu um orçamento total da União em R\$ 2.276.516.541.532,00. Neste ano, as ações afirmativas para mulheres no mercado de trabalho representaram 0,000023% do valor global do orçamento da União.

Com as mesmas ações do ano anterior, em 2014, a dotação previu o valor de R\$ 56.877.000,00, sendo autorizados R\$ 55.877.000,00 e empenhados R\$ 36.608.616,00 (SENADO FEDERAL, 2014).

A LOA de 2014 (Lei 12.952/2014) previu um orçamento total da União de R\$ 2.488.853.320.708,00. Assim, as ações afirmativas para mulheres no mercado de trabalho representaram 0,000015% do valor global do orçamento da União neste ano.

Para o ano de 2015, com as mesmas ações do ano anterior, a dotação foi de R\$ 38.624.757,00, com o valor de R\$ 37.224.757,00 autorizados e empenhados R\$ 20.479.905,00 (SENADO FEDERAL, 2015).

Já a LOA de 2015 (Lei 13.115/2015) estabeleceu o orçamento global da União em R\$ 2.982.546.565.652,00. As ações afirmativas para mulheres no mercado de trabalho representaram 0,000013% do valor global do orçamento da União neste ano.

Por fim, para os anos de 2016 e 2017, as informações disponíveis não demonstram quaisquer investimentos para políticas públicas voltadas às mulheres no mercado do trabalho. Contudo, como as informações são deficitárias, foram insuficientes para uma ponderação de valores a esta pesquisa.

Encontrados as ações afirmativas, no próximo tópico será realizada uma análise dos dados.

3.2 ANÁLISE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS ESTAMPADAS NO ORÇAMENTO DA UNIÃO ENTRE OS ANOS DE 2002 A 2017

Preliminarmente, como acima constatado, nos anos de 2002 e 2003 não existiram investimentos específicos em ações afirmativas para as mulheres no mercado de trabalho. Já nos anos de 2016 e 2017, as informações disponíveis foram insuficientes para uma ponderação de valores.

Já entre os anos de 2004 a 2015, o Orçamento da União trouxe uma série de programas e ações específicas às mulheres, visando alcançar sua igualdade material com os homens no mercado de trabalho, principalmente no que se referente ao valor da remuneração, ingresso no mercado de trabalho e possibilidades de ascensão neste.

A primeira constatação é de que o Governo Federal tem se preocupado com o tema da desigualdade de gênero no mercado de trabalho, pois destinou dotação para ações afirmativas para este tema, entre os anos de 2004 e 2015.

A segunda constatação, contudo, é de que esta preocupação do Governo foi pífia. No ano com a maior dotação, de 2012, com R\$ 67.069.612,00, este valor representou o percentual de 0,00003% no Orçamento Geral da União.

Considerando o número de mulheres no Brasil naquele mesmo ano, conforme IBGE (2012), de 101.182.880 (cento e um milhões cento e oitenta e dois mil oitocentos e oitenta), o Governo previu gastar aproximadamente R\$ 0,66 (sessenta e seis centavos) por mulher em 2012.

Se utilizar o valor efetivamente empenhado em 2012, o valor por mulher cai para R\$ 0,46 (quarenta e seis centavos).

A terceira constatação é de que nem todo valor dotado se transformou em recurso empenhado e efetivamente liquidado, utilizado para a ação afirmativa planejada.

A quarta constatação afirma que, pelas nomenclaturas utilizadas nos programas e ações, as ações afirmativas foram muito genéricas, não atacando muitas vezes especificamente o problema da desigualdade e se preocupando com assuntos mais genéricos, como por exemplo: *documentação da trabalhadora rural e organização produtiva de trabalhadoras rurais*.

A quinta e última constatação é de que, ante os ínfimos valores de investimentos, o Estado brasileiro não parece criar uma situação de desigualdade que beneficie as mulheres, visando atingir uma igualdade real, material, em relação aos homens, uma discriminação positiva.

Resta saber, que mesmo com todas estas deficiências, as ações afirmativas previstas no Orçamento da União têm auxiliado na conquista da igualdade material no mercado de trabalho às mulheres, o que será abordado a seguir.

4 ESTADO DA ARTE DA IGUALDADE DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

Os dados mais recentes sobre a temática objeto deste estudo são provenientes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD 2016 do IBGE.

Assim, revisando os números lançados no tópico 2 deste ensaio, mas com os dados atuais, será auferida a evolução da igualdade das mulheres no mundo do trabalho.

A população total residente no Brasil em 2016 foi de 205.156.587 (duzentos e cinco mil milhões cento e cinquenta e seis mil quinhentos e oitenta e sete) pessoas, sendo 51,07% da população composta por mulheres e 48,93% pelos homens (IBGE, 2017). Acréscimo no número de mulheres em 0,15% no comparativo a 1989.

O número de pessoas economicamente ativas (taxa de participação), em 2016, teve a participação de 53,7% das mulheres e 46,3% dos homens (IBGE, 2017, p. 24). Se comparado a 1989, a participação das mulheres no mercado de trabalho cresceu incríveis 23,78%.

Quando a variável considera os trabalhadores com carteira assinada, as mulheres passaram a ocupar 44% das vagas com carteira assinada pelo empregador, um incremento de 10,12% em relação a 1989.

Destarte, em relação aos rendimentos nos trabalhos formais, em 2016, as mulheres ocupadas ganhavam 76,0% do rendimento dos homens. Já nos trabalhos informais, a razão chegou a 63,5% (IBGE, 2016, p. 37).

Na comparação com 1989, os rendimentos das mulheres cresceram 23,03% em relação aos homens, diminuindo a diferença, porém não a eliminando.

Inegavelmente que os números demonstram os avanços conquistados pelas mulheres, no mercado de trabalho pós-Constituição de 1988.

Muito embora o Orçamento da União não tenha destinado vultosos valores para promover ações afirmativas em prol das mulheres, mas ante os números apresentados, acredita-se que as ações lá previstas têm, de forma tímida, contribuído para a busca da igualdade material entre homens e mulheres no mercado de trabalho.

CONCLUSÕES

É certo que ainda se avizinha um bom período de percurso até a conquista da igualdade plena entre homens e mulheres, no mercado de trabalho.

Porém, tem-se percebido algum esforço do Estado brasileiro para que isso ocorra com a maior brevidade possível, já que tem dedicado parte de seu orçamento para o estabelecimento de ações afirmativas em prol das mulheres.

Mesmo que os resultados não tenham sido esplendorosos, quando da comparação dos números de 1989 em comparação a 2016, depreende-se que há sim avanços.

Evidentemente que os resultados apresentados em 2016 não são provenientes exclusivamente da existência ou ausência de ações afirmativas nas Leis Orçamentárias Anuais da União.

Entretantes, não era objeto desta pesquisa explorar todas as variáveis envolvendo os números da desigualdade de gênero no mundo do trabalho, mas apenas provocar constatações do comprometimento do Estado brasileiro a este tema.

Às vésperas de completar 30 anos, a Constituição Federal de 1988 ainda não conseguiu impingir com a força necessária, os preceitos da igualdade material entre homens e mulheres no mercado do trabalho e muito ainda deve ser feito.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Lourdes. *Brasil: Fortalecimento da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Avançar na transversalidade da perspectiva de Gênero nas Políticas Públicas*. Brasília, DF: Convênio Secretaria Especial de Política para as Mulheres – SPM e Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL, 2005.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 29 jul. 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros Editores, n. 1, p. 69-78, 1993.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios*. Brasil e Grandes Regiões. Rio de Janeiro: IBGE, 1989. v. 13. t. 1.

IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Planejamento, orçamento e a promoção da igualdade racial: reflexões sobre os planos plurianuais 2004-2007 e 2008-2011*. Brasília: IPEA, 2014.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *World economic outlook – April 2018*. Washington: IMF, 2018. Disponível em: <<http://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2018/03/20/world-economic-outlook-april-2018>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 887-896, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000300010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2004 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2005 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2006 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2007 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2008 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2009 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2010 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2011 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2012 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2013 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2014 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

SENADO FEDERAL. SIGA Brasil. *LOA 2015 – Despesa Execução: Orçamento Mulher*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Gender Gap Report – 2017*. Cologne: WEF, 2017. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2017.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2018.

PRIMEIROS PASSOS PARA UMA POLÍTICA PÚBLICA DE MORADIA DIGNA E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dimitri Fernandes¹

Tratar do direito à moradia é se debruçar, também, sobre a história da humanidade, pois sempre houve a busca de um espaço de vivência, com formação da comunidade, para proteção das intempéries, dos conflitos, na busca de alimentos, etc. Não há dúvida, como alerta Canuto (2010, p. 169), que o “conteúdo do direito à moradia está ligado ao desenvolvimento social, econômico e político da humanidade.”

Algo importante de se registrar é que o direito à moradia não se confunde com direito à propriedade. Moradia é o local no qual uma família se estabelece e se abriga, de forma peremptória; o que se satisfaz com a posse ou outro direito real, não sendo a propriedade um pressuposto (BALBINO, 2013, p. 65).

O Brasil possui déficit habitacional de aproximadamente 5,24 milhões de moradias. Desse número, 74,5% são relacionados às famílias que possuem rendimentos de até três salários-mínimos (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2013). Logo, havendo déficit habitacional na camada mais pobre, a consequência são inúmeras moradias informais e precárias, com o avanço de violações a outros direitos fundamentais, como a saúde, o meio ambiente, transporte, etc. Nessa senda, é importante identificar a necessidade de moradias dignas à população, com “cedência recíproca” em relação a outros direitos fundamentais.

O Ministério Público brasileiro, após a Constituição Federal de 1988, parece-nos ser a instituição capaz de organizar o “contraditório social” sobre a necessidade dessa “cedência recíproca” e, ao mesmo tempo, interferir de forma ativa no ciclo da política pública do direito à moradia. No entanto, para saber se essa hipótese é correta, faz-se necessário passar por ao menos quatro pontos específicos, a saber, o arcabouço normativo do direito à moradia, uma ideia de moradia digna, a política pública do direito à moradia e, por fim, as atribuições e instrumentos do Ministério Público.

1 PROTEÇÃO JURÍDICA À MORADIA

No âmbito internacional, o primeiro documento que trouxe o direito à moradia foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos,² em 1948. Na sequência, destaca-se o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966,

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

² Artigo XXV – 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

que também tratou do direito à moradia.³ Esclareça-se que, no âmbito interno, esse Pacto Internacional ingressou por intermédio do Decreto nº 591 de 1992. Posteriormente, na seara internacional, adveio a Declaração de Vancouver, que apresentou a agenda Habitat da ONU, em 1976. Em 1996 ocorreu a conferência da agenda Habitat II em Istambul, na Turquia. Em 2016 ocorreu a agenda Habitat III em Quito, no Equador. Pode-se mencionar também, aqui nos documentos internacionais, a Agenda 21 de 1992, sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (especialmente o capítulo 7).

Sabe-se, mas não custa lembrar, que os documentos internacionais que tratam dos direitos humanos sofrem de uma dificuldade de efetividade, como alerta Bobbio (2004, p. 30/36). Diante desse panorama, a inclusão do direito à moradia e do direito à habitação na seara do direito interno, em certa medida, tenta transpor essa barreira. Assim, a Constituição Federal de 1988 – em sua redação originária – não declarava expressamente o direito à moradia, o que aconteceu em 2000 com a promulgação da Emenda Constitucional número 26, que alterou o artigo 6º da Constituição Federal. Esse artigo, aliás, foi alterado mais duas vezes até o momento, mais uma vez em 2010 para incluir o direito à alimentação e a última vez em 2015 para incluir o direito ao transporte.

Diz-se que expressamente o direito à moradia ingressou em 2000 na Constituição Federal. No entanto, é certo que o direito à moradia encontrava proteção dentro do ordenamento constitucional brasileiro, com característica de direito fundamental, seja pela proteção jurídica à casa como garantia fundamental (artigo 5º, XI); pela competência material da União, dos Estados e dos Municípios no tocante à habitação (artigo 23, IX); pela garantia do salário-mínimo para manter uma moradia (artigo 7º, IV); pela função social da propriedade (artigo 5º, XXIII, 170, III e 182, parágrafo segundo); além da intimidade e privacidade, que fica difícil imaginar sem uma moradia (artigo 5º, X). Alie-se a isso o compromisso do Estado Brasileiro de erradicar a pobreza e as desigualdades (artigo 3º, III). Tudo isso torna claro que, antes mesmo da Emenda Constitucional número 26/2000, o direito à moradia já era previsto na Constituição Federal.

No âmbito infraconstitucional brasileiro, é de se destacar inicialmente a Lei 10.257 de 2001 (Estatuto das Cidades), que trouxe importantes políticas relacionadas ao ordenamento urbano. Na sequência, criou-se o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social por intermédio da Lei 11.125 de 2005, bem como o Programa Minha Casa Minha Vida pela Lei 11.977/2009. Além de outras leis que tratam da moradia de

³ Artigo 11. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

forma adjacente, como a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.676/79), Lei da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei 12.608/2012), etc.

No entanto, independente das inúmeras leis, observa-se que o direito à moradia é tratado pelo legislador infraconstitucional de forma tímida e sem clareza suficiente. Acredita-se que essa falta de clareza no âmbito normativo, por uma omissão inconstitucional do Poder Legislativo e do Poder Executivo, acabam atraindo mais demandas relacionadas ao direito à moradia no âmbito do Poder Judiciário. Isso porque, independente da legislação infraconstitucional, o direito à moradia já é justiciável pela própria Constituição Federal (CANUTO, 2010).

Observa-se da jurisprudência que o Poder Judiciário é chamado a intervir em duas principais hipóteses quando se trata de questões relacionadas a assentamentos ou direito coletivo à moradia (excluindo-se, portanto, questões de direitos individuais ou contratuais). Primeiro, pelos proprietários de imóveis invadidos que buscam reaver o bem, utilizando questões de Direito Civil. Segundo, demandas dos legitimados às ações civis públicas que buscam a regularização da situação pela omissão do Poder Público. No entanto, isso obviamente não impede (pela inafastabilidade do Poder Judiciário) demandas individuais ou coletivas (difusos ou coletivos stricto sensu) para buscar o direito à moradia.

O direito à moradia, ao fim e ao cabo, é um direito fundamental social previsto na Constituição Federal, com coercibilidade suficiente para exigir dos Poderes Públicos sua efetivação.⁴

2 A CONSTRUÇÃO DE UMA MORADIA DIGNA

Antes de se sair perquirindo sobre o que é uma moradia digna, é necessário (re)conhecer a existência de moradias informais espalhadas por esta nação e existentes, em maior ou menor grau, em todos os Estados do Brasil. A investigação da moradia informal exige uma análise das causas e dos efeitos. Como causas, André Franco Montoro, em artigo que conta com mais de 50 anos, mas que impressiona pela atualidade dos problemas, elenca seis causas do problema habitacional, a saber, a industrialização, o abandono do campo, a expansão demográfica, a desatenção ao problema habitacional, a especulação imobiliária e questões financeiras (MONTORO, 1965).

Com exceção do êxodo do campo, que diminuiu nos últimos anos (média 0,7 negativo ao ano entre 1991 e 2010, segundo IPEA, 2016, p. 124, tabela A.4), os demais problemas continuam atuais e, talvez, até recrudesceram uns sobre os outros. No entanto, o forte abandono do campo do século passado possui extensões até o momento,

⁴ Há doutrinadores que separam o direito à moradia do direito à habitação, no sentido de que este é um direito real que recai sobre o bem, enquanto aquele é o direito a um teto, como valor do indivíduo para elevar sua qualidade de vida e alcançar a dignidade, a qual faz jus todo ser humano. Entretanto, por qualquer ângulo que se queira compreender, é inegável que o direito à moradia – como direito – tem que ser respeitado (CANUTO, 2010, p. 175).

pois os filhos desses migrantes não retornaram ao campo, mas continuaram a residir no meio urbano e replicando moradias informais, contribuindo para a causa da expansão demográfica, também problema anunciado por Montoro. É bom registrar que, de 1960 (época em que Montoro advertiu do problema) a 2010, o Brasil cresceu 402% na população, saindo de 32 milhões para 160 milhões de habitantes. Além disso, em 1950 a população urbana era de 34%; hoje, estima-se que 84% da população esteja em meio urbano (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2016, p. 29/30)

Ainda sobre o aspecto demográfico, segundo a publicação de indicadores sociais do IBGE (2016), a população brasileira alcançou o número de 204 milhões em 2015, com uma média de crescimento de 1% ao ano entre 2005 e 2015. O Brasil está na quinta posição entre os países mais populosos do mundo, atrás, respectivamente, apenas da China, Índia, Estados Unidos da América e Indonésia.

Quanto à industrialização, é certo que o Estado fomenta a criação de indústrias em suas regiões, com a concessão de isenções fiscais, doações de terrenos com encargos, facilitação de crédito via bancos públicos, etc. No entanto, passa ao largo desses benefícios uma política habitacional. Montoro (1965) adverte que “[...] o desenvolvimento e a industrialização determinam, como vimos, intenso afluxo de populações para as grandes cidades, criando aglomerações em condições precárias e problemas humanos e sociais de solução cada vez mais difícil.” Ainda hoje se vê criações de parques industriais sem qualquer preocupação com questões habitacionais.

A especulação imobiliária vai na contramão da função social da propriedade, porquanto “determina a retenção antissocial de grandes áreas para fins de lucro individual e a elevação excessiva dos preços.” (MONTORO, 1965). Ainda sobre a formação do preço, estão inseridas as questões financeiras pela falta de crédito, seja na distribuição de renda ou falta de política de subsídio.

A desatenção pelo problema é uma omissão renitente do poder público. Como se a moradia fosse se resolver apenas com a industrialização e aspectos estritamente ligados à atividade econômica.⁵ Aqui, acresça-se que a desatenção do problema repercute numa falta de agenda com objetivos bem definidos.

Os problemas da moradia informal são muitos, desde construções inadequadas; coabitação (mais de uma família por local); adensamento excessivo (número superior de três pessoas por cômodo); ônus excessivo de manutenção (comprometimento da renda familiar); locais sem equipamentos sociais como creches, saúde e transporte; falta de saneamento básico e energia elétrica; áreas de risco ambiental; etc. (REIS; OLIVEIRA, 2017, p. 46).

⁵ 5 - a desatenção pelo papel que a habitação desempenha na vida da família e da sociedade, e, especialmente uma errônea concepção de desenvolvimento preocupada exclusivamente com os aspectos materiais e estritamente econômicos do progresso; os responsáveis pela política de desenvolvimento, com frequência têm se esquecido de que esse desenvolvimento pouco vale, se ao povo faltam até casas para morar.

No entanto, a existência de moradias informais é uma realidade e um problema que precisa ser superado. Os indicadores sociais do IBGE (publicação de 2016) revelam que os problemas relatados das moradias informais ainda se concentram na parcela mais pobre da população, o que necessita de uma visão mais particularizada.

De outro lado, a conceituação de moradia digna também não é das tarefas mais fáceis. A primeira dificuldade é encontrada no significado semântico e ontológico de dignidade. Ao tratar da dignidade da pessoa humana, Sarlet (2013, p. 18-19) reconhece a dificuldade de se conceituar dignidade humana, embora apresente postulados muito mais sentidos do que conceituais da dignidade (autodeterminação, dimensão intersubjetiva ou relacional, etc.). Apesar da discussão conceitual, é certo que a dignidade humana existe e é arrimo de muitos direitos fundamentais; inclusive, acreditamos, do direito à moradia. Não se trata, como alerta Sarlet (2013, p. 37-39), de um “cânone perdido e vazio.”

Franco Montoro alertou para o essencial em seu artigo *Habitação - Família e Democracia*, ao dizer que “[...] os planos de habitação e desenvolvimento urbano devem ter, ainda, uma característica fundamental: respeitar a dignidade humana.” Aliás, ele prossegue noticiando que essa postura humanista deve prevalecer em todo o ciclo da política habitacional.⁶ Isso é complementado por Sarlet (2008, p. 60), ao especificar que o direito à moradia

[...] tem sido incluído até mesmo no elenco dos assim designados direitos de subsistência, como expressão mínima do próprio direito à vida e, nesta perspectiva (bem como em função de sua vinculação com a dignidade da pessoa humana) é sustentada a sua inclusão no rol dos direitos da personalidade.

Buscando uma análise mais concreta do que seja uma moradia digna, não é demais lembrar o Comentário Geral número 4 ao artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil. Segundo esse documento, o “alojamento adequado” deve possuir segurança jurídica⁷ contra a expulsão ou outra forma de turbacão; disponibilidade de serviços⁸ sociais básicos

⁶ Não se trata de construir depósitos de indivíduos, mas, “casas para homens”. E, mais precisamente, habitação para famílias. Essa preocupação humanista deve inspirar toda a política habitacional. Desde as prescrições urbanísticas relativas à utilização dos terrenos e à construção das casas, até a realização dos serviços da comunidade e os métodos de trabalho, como a participação das próprias famílias interessadas na execução dos programas.

⁷ Segurança legal da ocupação. A ocupação assume diversas formas: arrendamento, locação (sector público ou privado), copropriedade, propriedade, alojamento em situação de urgência e ocupação precária, incluindo habitações ou terras. Independentemente do tipo de ocupação, todas as pessoas devem ter um certo grau de segurança, que garanta a proteção legal contra a expulsão, a agressão e outras ameaças. Os Estados Partes devem, conseqüentemente, adotar medidas imediatas com a finalidade de conferir segurança legal da ocupação às pessoas e agregados familiares que ainda não beneficiam desta proteção, após consulta genuína, efetuada junto das pessoas e grupos afetados.

⁸ Disponibilidade de serviços, materiais, equipamentos e infraestruturas. Um alojamento adequado deve dispor de estruturas essenciais à saúde, à segurança, ao conforto e à nutrição. Todos os titulares do direito a um alojamento adequado devem ter acesso permanente aos recursos naturais e comuns, água potável, energia para

como saneamento, energia e etc.; acessibilidade⁹ adequada para sua aquisição; ser um ambiente capaz de proteger contra as intempéries, vetores de doenças e etc.;¹⁰ facilidade de acesso às habitações,¹¹ principalmente diante de grupo de pessoas vulneráveis; localização¹² adequada para serviços prestados pelo Estado e para o trabalho; e, por fim, uma habitação que respeite o meio cultural,¹³ com utilização de uma arquitetura e materiais adequados à cultura local.

Há uma diferenciação que deve ficar clara, a nosso sentir. Locais de moradia informal que não se enquadram nos requisitos de uma residência digna não podem ser regularizados a qualquer custo e por cima de outros direitos fundamentais (como o meio ambiente, segurança, saúde, etc.). No entanto, não significa que os moradores daquele local não possuam direito à moradia. Eles possuem, sem sombra de dúvidas, mas o direito é a uma moradia digna, mesmo que para isso não se possa permitir a morada em determinado local e sob determinadas condições. Essa preocupação se acentua quando envolve moradia com crianças, por exemplo, pois é dever do Estado, da sociedade e da família colocá-los a salvo de toda forma de violação de direitos.

cozinhar, aquecimento e iluminação, instalações sanitárias e de limpeza, meios de conservação de alimentos, sistemas de recolha e tratamento de lixo, esgotos e serviços de emergência.

⁹ Acessibilidade. Os custos financeiros do alojamento, suportados pelas pessoas ou agregados familiares, devem situar-se a um nível que não ameace, nem comprometa, a satisfação de outras necessidades básicas. Os Estados Partes devem providenciar para que os custos afetados ao alojamento não sejam incompatíveis com os níveis de rendimento. Os Estados Partes devem instituir um sistema de subsídios ao alojamento destinados a aqueles que não dispõem de meios económicos suficientes para um alojamento adequado, bem como prever modalidades e níveis de financiamento do alojamento que reflitam, com rigor, as necessidades neste domínio. Segundo o princípio da acessibilidade, os arrendatários devem ser protegidos, através de medidas adequadas, contra rendas excessivas ou aumentos de rendas abusivos. Nas sociedades onde os materiais naturais constituem a principal fonte dos materiais de construção, os Estados Partes devem tomar as medidas necessárias para assegurar a disponibilidade de tais materiais.

¹⁰ Habitabilidade. Um alojamento adequado deve ser habitável, em termos de propiciar aos seus ocupantes o espaço adequado e proteger do frio, da umidade, do calor, da chuva, do vento e outros perigos para a saúde, dos riscos devidos a problemas estruturais e de vetores de doença. A segurança física dos ocupantes deve ser igualmente garantida. O Comité encoraja os Estados Partes a aplicarem os princípios sanitários no domínio da habitação, elaborados pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que considera o alojamento como o fator ambiental mais frequentemente associado à doença, tal como o revelam as análises epidemiológicas. Alojamento e condições de vida inadequadas e deficientes estão invariavelmente ligadas ao aumento das taxas de mortalidade e morbidade.

¹¹ Facilidade de acesso. Um alojamento adequado deve ser acessível às pessoas que a ele têm direito. Os grupos desfavorecidos devem ter pleno acesso, permanentemente, aos recursos adequados, em matéria de alojamento. Assim, pessoas idosas, crianças, portadores de deficiências, doentes terminais, seropositivos, doentes crónicos, doentes mentais, vítimas de catástrofes naturais, pessoas que vivem em zonas sujeitas a catástrofes naturais e outros grupos devem beneficiar de uma certa prioridade no que se refere ao alojamento. A legislação e a política de habitação devem atender às necessidades especiais destes grupos. Em muitos Estados Partes, o acesso à propriedade fundiária, por parte dos sectores da sociedade desprovidos de terra ou empobrecidos, deve constituir um dos principais objetivos da política de habitação. É preciso definir as obrigações dos Governos neste domínio, tendo em vista a realização do direito de todos a um lugar seguro, onde possam viver em paz e com dignidade, incluindo o acesso à terra.

¹² Localização. Um alojamento adequado deve situar-se num local onde existam possibilidades de emprego, serviços de saúde, estabelecimentos escolares, centros de cuidados infantis e outras estruturas sociais. É o caso das grandes cidades e das zonas rurais, onde o custo (em tempo e dinheiro) das deslocações por motivo de trabalho é susceptível de pesar demasiado nos orçamentos dos agregados pobres. As habitações não devem ser construídas em lugares poluídos, nem na proximidade imediata de fontes de poluição que ameacem o direito à saúde dos seus ocupantes.

¹³ Respeito pelo meio cultural. A arquitetura, os materiais de construção utilizados e as políticas subjacentes devem permitir exprimir, de forma adequada, a identidade e diversidade culturais. Na construção ou modernização da habitação, é preciso garantir que as dimensões culturais da habitação não sejam sacrificadas e que, se for necessário, equipamentos técnicos modernos sejam disponibilizados.

De outro lado, o direito à moradia possui um forte valor como direito fundamental e, diante do princípio da concordância prática (cedência recíproca ou harmonização) e de um forte sopesamento, é certo que outros direitos fundamentais podem ceder. O que deve ficar claro, no entanto, é a possibilidade de colisão de direitos fundamentais quando se trata de direito à moradia.

3 POLÍTICA PÚBLICA DE MORADIA E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Brasil tem investido numa política habitacional de financiamento e construção, utilizando o direito fundamental à moradia como mola propulsora da economia, sem maiores preocupações com questões urbanísticas. Essas críticas colocam em xeque a política habitacional, que passa a ser vista como política de geração de empregos (BALBINO, 2013, p. 60).

Essa crítica não é nova. Em verdade, há quem defenda que desde a agenda Habitat II, em Istambul, existe uma predominância de um interesse de bancos internacionais de produção massiva de casas populares, sem maiores preocupações com o direito à moradia em si, mas com a criação de uma classe atrelada ao financiamento, como uma introdução de um processo de “commoditização do espaço urbano” (BALBINO, 2018).

Apesar das críticas, a utilização do setor habitacional como uma hipótese de fomento de indústrias e criação de empregos não é nenhum pecado capital, quando não se esquece dos parâmetros constitucionais dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a utilização do direito à moradia apenas como plano de fundo, com construções subutilizadas, em locais sem infraestrutura, apenas para arregimentar indústrias em licitações, isso sim é contrário à Constituição Federal.

No entanto, existem outras políticas que podem ser tomadas com relação à habitação, como o aluguel social, a desapropriação de edifícios ociosos em centros urbanos, desoneração para alugueis, residências provisórias para pessoas retiradas de áreas de risco, etc. A importância está em estabelecer que a política habitacional não está em fornecer uma casa a todo cidadão brasileiro¹⁴. Porém, o Estado não pode usar como desculpa a reserva do possível, a inexistência de normas infraconstitucionais ou querer impor um caráter programático à Constituição Federal para não prover os cidadãos de uma política habitacional clara.

¹⁴ A interpretação sistêmica – artigo 5º, §1º, e 21, XX, da Constituição de 1988 – deixa claro que o não atendimento ao direito à moradia, por meio de uma ação positiva do Estado, não significa que seja dada uma casa para cada cidadão. Ação positiva do estado se faz com criação de uma nova legislação, de programas, plano de ação e tudo mais que for necessário para garantir esse direito. Esta conclusão não prejudica e nem se contrapõe aos artigos 5º, §1º, e 21, XX, da Constituição em vigor.

Outro ponto de destaque e extremamente controvertido é o papel do Poder Judiciário na intervenção da política pública. Aqui há quem defenda que o Poder Judiciário não pode intervir e que, no máximo, poderia impor a necessidade de um programa com prazo de até 5 (cinco) anos no tocante à moradia (CANUTO, 2010, p. 213-216). De outro lado, ainda no direito à moradia, há quem advogue que o Poder Judiciário pode e deve se imiscuir na política pública para efetivar o direito, inclusive – se for o caso – com intervenção direta nas questões orçamentárias (CARMONA, 2015, p. 285-287).

Como se vê, a tutela judicial de políticas públicas causa discussão com mais diversos resultados. Contudo, é necessário discutir a política pública, identificar seu ciclo, e entender em qual postulado ela está deficiente. Não é apenas determinar judicialmente que se implemente em determinado prazo, pois é possível que o poder constituído responsável faça uma política pública fadada ao insucesso. Nem, talvez, desalocar valores judicialmente de uma pasta para outra, se o juiz não tiver noções básicas de política pública.

A crítica à judicialização da política pública esconde uma face de debilidade permanente na concessão de direitos sociais, fazendo da Constituição da República Federativa do Brasil uma carta demagógica. Quando se trata de direitos fundamentais negativos – que não englobam elevados custos na sua implementação – não se vê críticas ao Poder Judiciário de tamanha intensidade. No entanto, ao se tratar de direitos fundamentais prestacionais, as críticas se levantam com imensa rapidez, com nítida vontade de retirar do Poder Judiciário qualquer tentativa de ser última salvação na falta dos direitos fundamentais.¹⁵

Acresça-se a essas linhas uma equivocada concepção sobre o Ministério Público, como uma Instituição demandista, com atuação quase que exclusiva no Poder Judiciário e responsável pelos sucessos e insucessos das demandas coletivas. Essa concepção retrata um pensamento ultrapassado da Instituição, longe de ser uma realidade nos dias atuais.¹⁶ Certamente, o Ministério Público possui condições – pelos

¹⁵ A recuperação desse percurso histórico é interessante para desfazer um senso comum que se criou sobre o hipotético “ativismo judicial”. Se existe um controle judicial mais presente (e incômodo, em certa medida, para os gestores públicos) sobre a atuação governamental, não se trata de exercício de voluntarismo por integrantes da magistratura, mas de um movimento consistente, formalizado pelo Poder Legislativo, cujo sentido claro é evitar a procrastinação das decisões sobre os conflitos, sustentando a decidibilidade judicial mais célere e eficaz. Esse sentido acompanha movimento análogo em diversos países, que fizeram do Judiciário o foro natural onde deságua boa parte dos conflitos da sociedade, o que requer, evidentemente, que o Judiciário tenha condições de prover respostas em prazo considerado razoável pelos destinatários do serviço jurisdicional. A apreciação judicial hoje é permeada por um sentido material, que caracteriza a inflexão da justiça brasileira a partir dos anos 1990, com a redução de formalismos vazios, em favor da justiça efetiva. Longas querelas processuais que marcavam as lides judiciais do passado não mais prosperam hoje (BUCCI, 2013).

¹⁶ Do ponto de vista político, há crescente rejeição à atuação considerada excessiva ou personalista de alguns membros do Ministério Público que adotam iniciativas típicas de agentes investidos de legitimação política, requisito que o parquet não detém. Argumenta-se que essas iniciativas visam preencher “vazios” deixados pela autoridade política e administrativa. Mas o fato é que as vitórias judiciais têm sido relativamente modestas, em comparação com a expectativa criada. Esse problema decorre, em parte, da estruturação do Ministério Público. Em virtude da “captura política” que havia no passado, a Constituição de 1988 optou por um modelo de autonomia e independência funcional praticamente absoluta, por emulação direta das condições dos juizes. Não há hierarquia em relação a chefias, o que previne, até certo ponto, a manipulação política do direito de ação e intervenção ampliados com os novos instrumentos. Contudo, isso gerou um “vácuo de coordenação” no âmbito

instrumentos extrajudiciais – de ser um filtro das demandas sociais e contribuir de forma efetiva, inclusive, para redução de demandas ao Poder Judiciário. Por exemplo, é certo que um Termo de Ajustamento de Condutas, conduzido pelo Ministério Público, com um ciclo claro da política pública, com identificação clara dos responsáveis e com metas exequíveis, pode reduzir muito número de demandas individuais.

A concepção demandista foi uma realidade, até pelo histórico da Instituição e uma tentativa de aproximar a “ação civil pública” da “ação penal pública”, comandada pela Instituição. Porém, houve verdadeira evolução nos ditames institucionais das últimas décadas, com forte anseio de uma resolutividade sem ingressar com processos judiciais. Até porque, viu-se que o Poder Judiciário não absorveu com tranquilidade as demandas coletivas, que possuem trâmite – infelizmente – mais alongado do que demandas individuais, sem contar que os cumprimentos de sentença são verdadeiros martírios para todas as partes envolvidas. Com acerto, o Conselho Nacional do Ministério Público tem fomentado um Ministério Público mais resolutivo (Recomendação 54, publicada no diário oficial em 19 de abril de 2017) e com maior interligação com a sociedade civil organizada (Recomendação 61, publicada no diário oficial em 25 de julho de 2017).

As demandas coletivas, em matéria de políticas públicas, devem ser a última trincheira de combate e não a primeira. Acresça-se que, ao ingressar com essa demanda, as partes possuem dois deveres essenciais: o demandante deve demonstrar a falência da política pública ao fim que se destina e o demandado – ao alegar a reserva do possível (capítulo certo de contestações das procuradorias federais, estaduais e municipais) – possui o dever não só de mostrar a insuficiência dos recursos (isso por si só não basta), mas o dever principal de mostrar a existência da política pública dentro de suas possibilidades. O Estado, então, possui um duplo dever, mostrar as finanças particularmente (não se satisfazendo com uma negativa geral de ausência de recursos) e cotejar com a política pública existente, demonstrando a proporcionalidade das medidas. A negativa geral, como se costuma ver, serve de apenas um discurso retórico para se ver livre das obrigações constitucionais e aplicar os recursos como bem aprouver ao administrador, ignorando por completo as balizas da Constituição Federal.

Com acerto, Bucci (2013) reconhece que o Ministério Público evoluiu em sua experiência nas ações civis públicas e que hoje – antes mesmo de se ingressar com uma demanda coletiva – uma solução negociada parece ser o melhor caminho.¹⁷

interno do Ministério Público, com a pulverização de ações ancoradas muitas vezes exclusivamente na visão pessoal do autor-promotor, nem sempre relevantes ao que seria de esperar em termos de controle de políticas públicas. De outro lado, as queixas provenientes dos integrantes do polo passivo das demandas, autoridades públicas municipais, estaduais e federais em sua maioria, devem também ser vistas sob a perspectiva do problema de coordenação ou de falta de meios, o que reclama compreensão institucional (BUCCI, 2013).

¹⁷ Há um processo de aprendizagem institucional a ser promovido pelas partes envolvidas, em especial o Ministério Público, detentor, por substituição, de parcela do “contraditório social”, com base na compreensão sistemática do sentido e alcance das ações e medidas tentadas. É preciso compor um acervo de casos, a partir de uma metodologia controlada, e identificar as variáveis que devem ser modificadas. Por meio desse trabalho, poderá ser refinada a procedimentalização das medidas relacionadas às ações judiciais que tratam de políticas

Não há como falar do direito à moradia sem falar de política pública. São questões que estão imbricadas. Pois bem, falar em política pública é essencial, principalmente num país onde as políticas públicas possuem histórico de ligação com interesses pessoais, ou com uma repetição sem critério (porque sempre se fez assim), ou de importação acrítica sem análise particularizada da cultura e problemas locais (porque em determinado país deu certo), sem maiores cuidados (SECHI, 2016, p. 3).

Política pública é uma ação governamental que se materializa por uma divisão de trabalhos e competências, com a identificação de um problema a ser solucionado através de objetos e metas, com arranjos administrativos claros.¹⁸

A política pública possui um ciclo que vai da (a) identificação do problema, para a (b) formação de uma agenda, com a (c) formulação de alternativas, passa para uma (d) tomada de decisões, com a fase subsequente de (e) implementação. Há necessidade de intensa (f) avaliação desse ciclo e dos resultados, para então se chegar a (g) extinção (SECHI, 2016, p. 43-44).

Acredita-se que o Ministério Público possui instrumentos e conhecimento capaz de contribuir em cada uma das fases da política pública de moradia. O direito à moradia está fortemente ligado às atribuições do Ministério Público, seja pela própria característica do direito à moradia como social, seja pelas questões interligadas ao direito ambiental, à ordem econômica e até do consumidor de financiamentos de moradias populares, sem contar os casos de que a moradia informal prejudica o direito indisponível da saúde, transporte, aspectos urbanísticos e culturais do local.

Porém, quanto à interferência do Ministério Público nas políticas públicas, a Instituição não deve se imiscuir em toda e qualquer política pública, mas somente nos casos de colisões de direitos fundamentais e estritamente nos ditames da lei. Via de regra, o direito à moradia, principalmente quando demanda o assentamento de diversas famílias, é um desses casos a reclamar uma atuação ativa do Ministério Público na política pública.

No tocante à habitação, o problema é visto a cada dia e conta com décadas de causas e efeitos. A agenda, no entanto, parece relegada a maior ou menor produção diante de cobranças internacionais, desastres naturais (por exemplo, deslizamentos e enchentes) ou humanos (por exemplo, incêndios e propagação de doenças) e etc. A

públicas, especialmente as concernentes à fase preparatória do inquérito civil, que ainda deixa vários pontos em aberto, pendentes de definição caso a caso. Sem perder a flexibilidade que convém à formulação de soluções negociadas, que culminam na celebração de termos de ajustamento de conduta, algumas indicações poderiam servir de guias de orientação. Entre elas, a preferência pela abordagem indutiva, que, aliás, já é característica desse tipo de ajuste, a fixação de parâmetros de prazo e, sempre que possível, a definição de um quadro ideal de ação fixado não por um indivíduo, mas, coletivamente, por membros do Ministério Público em conjunto, em instâncias de coordenação ou articulação. Complementarmente, é preciso que uma visão estratégica projete o efeito do conjunto de ações no tempo.

¹⁸ Seu núcleo de sentido reside na ação governamental, isto é, o movimento que se dá à máquina pública, conjugando competências, objetivos e meios estatais, a partir impulso do governo. A apresentação exterior da política pública se materializa num arranjo institucional, conjunto de iniciativas e medidas articulado por suportes e formas jurídicos diversos (BUCCI, 2013).

agenda de uma política pública ganha ou perde espaço diante de maiores conflitos. Assim, a desatenção pelo problema da habitação, enumerado como problema por Montoro (1965), cria a tendência de que movimentos sociais de ocupação se tornem mais propensos a invasões, pois buscam que a política habitacional se mantenha numa agenda política.

A questão da agenda de uma política pública é mais complexa do que a sazonalidade tratada pelos poderes constituídos. Não se pode tratar a agenda política do direito fundamental à moradia com picos de importância da mídia ou de alguns poucos movimentos. Cuida-se de uma agenda permanente, com enfoque na atenção do problema, da resolutividade e na competência das responsabilidades públicas (SECHI, 2016, p. 48).

Neste ponto, diante do recente perfil constitucional do Ministério Público e a aproximação de movimentos sociais, sem contar o conhecimento adquirido em matéria ambiental, a Instituição possui capacidade técnica, pela formulação de termo de ajustamento de conduta ou pela realização de audiências públicas, para identificar problemas e manter uma agenda da política pública em constante debate e evolução, sempre com o enfoque na resolutividade.

É na fase da formulação de alternativas que reside a sinergia dos atores da política pública para encontrar soluções aos problemas encontrados e previstos na agenda. Nesse ponto, existe um sopesamento próprio entre os custos e benefícios de cada solução apresentada¹⁹. A escolha, na prática, é muito mais difícil do que aparenta, pois exige recursos técnicos, humanos, materiais e financeiros. Poder-se-ia, por exemplo, dizer que a solução à moradia seria fornecer uma casa a cada um que assim reclamasse, obviamente essa solução apresentada encontra impossibilidades de todas as ordens, materiais, humanas, financeiras etc. Por isso, a formulação de soluções deve ser realista.

Neste aspecto, o Ministério Público também pode contribuir com a formulação da política pública de habitação. A Instituição, não raras vezes, é acionada contra políticas públicas que apresentam desproporção, colisão de direitos fundamentais ou descumprimento de exigências legais, como a construção de inúmeras casas sem infraestrutura adequada e sem acessibilidade. A integração do Ministério Público nas soluções ofertadas tende a aumentar o “contraditório social” e dar uma visão mais realista quanto às soluções ofertadas.

Após a formulação de alternativas, a etapa seguinte é a tomada de decisões. Aqui, a tomada de decisões – por políticas públicas com a participação do Ministério Público – pode ocorrer por qualquer dos poderes constituídos. Como dito acima, a visão demandista do Ministério Público cede a cada dia para uma visão mais

¹⁹ A formulação de alternativas de solução se desenvolve por meio de escrutínios formais ou informais das consequências do problema, e dos potenciais custos e benefícios de cada alternativa disponível (SECHI, 2016, p. 48).

resolutiva. Uma recomendação,²⁰ por exemplo, ao chefe do executivo municipal pode auxiliar no fluxo de uma política pública, com redução de demandas judiciais, sem qualquer impasse processual.

Entretanto, a tomada das decisões não compete ao Ministério Público, por óbvio. Essa tomada de decisões poderá ser do Poder Executivo ou do Poder Legislativo num termo de ajustamento de conduta ou numa recomendação, ou do Poder Judiciário em eventual ação civil pública.

Na fase de avaliação da política pública se tem uma análise minuciosa da eficiência da implementação e do desempenho dela. Essa fase tem a necessidade de gerar indicadores, critérios e padrões. Os critérios são mecanismos que fomentam os entendimentos de viabilidade por diversos ângulos de uma política pública, como economicidade, produtividade, eficiência administrativa, eficácia, equidade, etc. Os indicadores, a seu turno, funcionam como termômetro da política pública e podem ser inúmeros, mas devem ser válidos, confiáveis, de simples entendimento, acessíveis e estáveis (no sentido de que podem ser utilizados em diversos momentos), etc. (SECHI, 2016, p. 63).

A função de ombudsman da sociedade recaiu muito bem ao Ministério Público no artigo 129, II da Constituição Federal.²¹ Essa função, de receber os anseios sociais, mapeá-los e dar guarida institucional, parece-nos condizente com a necessidade de se avaliar as políticas públicas em todas as etapas. Logo, não pode o Ministério Público ficar indiferente com uma política pública que caminha para o fracasso, deve-se acionar os instrumentos extrajudiciais disponíveis e, em último caso, os judiciais para que a política pública retorne aos trilhos.

A finalização de uma política pública ocorre quando o problema que a originou restou resolvido, ou porque ela é ineficaz ou, ainda, o problema – apesar de não resolvido – saiu das agendas políticas. Existem, ainda, políticas públicas com prazos determinados. Sechi (2016, p 67-68) noticia que o encerramento de uma política pública é mais difícil do que aparenta, como, por exemplo, uma política pública de redistribuição ou de distribuição, com acaloradas discussões e que acabam surtindo efeitos mesmo quando não mais necessária. O encerramento de uma política pública é difícil e, algumas

²⁰ Art. 27 da Lei 8.625/1993. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: I - pelos poderes estaduais ou municipais; II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta; III - pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal; IV - por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública. Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: [...] IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

²¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

vezes, abrem-se janelas de oportunidades para seu encerramento,²² o que demanda atenção dos envolvidos na política pública para que a extinção seja oportuna.

Em se tratando de direito à moradia, difícil pensar na extinção de uma política pública e que o Estado pare de promover esse direito. No caso da moradia é mais fácil trabalhar com reformas de políticas públicas ou com extinções parciais, mas a necessidade de uma política pública parece ser perene.

CONCLUSÃO

É evidente que o direito à moradia existe e necessita de atenção. Apesar da previsão em diplomas internacionais, constitucional e infraconstitucional, o direito à moradia somente será regularmente efetivado com uma política pública permanente e concreta.²³

O déficit habitacional brasileiro e a resolução de moradias precárias não podem ficar a cargo de soluções do mercado financeiro ou da progressão industrial do Brasil; a história recente demonstra que essa postura apenas aumenta bolsões de moradias informais com violações de inúmeros direitos fundamentais de igual importância.

Nesta perspectiva, entendemos que o Ministério Público – que recebe representações de todas as áreas dos direitos sociais²⁴ – possui condições de contribuir para o debate da moradia digna. O próprio direito à moradia está ligado às atribuições do Ministério Público (artigo 6º e artigo 127 da Constituição Federal). Além disso, diante dos potenciais conflitos de direitos fundamentais que o direito à moradia é capaz de atrair (saúde, educação, transporte, ambiental, urbanismo, consumidor, etc), o Ministério Público é a instituição constitucionalmente aparelhada para funcionar como *ombudsman* da sociedade (artigo 129, I da CF).

Ao lado das discussões relacionadas à judicialização da política pública, pensa-se que a boa utilização dos instrumentos extrajudiciais à disposição do Ministério Público, como o inquérito civil, a recomendação, o termo de ajustamento de conduta ou a realização de audiências públicas, é capaz de interferir positivamente no ciclo da política pública e, ao mesmo tempo, diminuir demandas judiciais sobre os temas objetos desses instrumentos. No entanto, em última hipótese, não se descarta lançar mão de eventual ação coletiva para tratar de política pública, sempre de forma fundamentada.

²² Similarmente ao nascimento, a extinção de políticas públicas também depende de janelas de oportunidades. Momentos como reformas ministeriais, mudanças de mandato executivo ou legislativo e aprovação de orçamentos são ocasiões raras, passageiras e pontuais, em que políticas públicas aparentemente inócuas podem ser extintas ou substituídas por outras (SECHI, 2016, p. 68).

²³ Apenas a previsão legal não é solução para o problema habitacional. Embora a sua compreensão e significado estejam presentes na sociedade brasileira, ou em parte dela, faltam políticas públicas que efetive o direito à moradia para todos (CANUTO, 2010, p. 174).

²⁴ Art. 127 da Constituição Federal. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

REFERÊNCIAS

- BALBIM, Renato. A nova agenda urbana e a geopolítica das cidades. In: COSTA, Marco Aurélio; MAGALHÃES, Marcos Thadeu Queiroz; FAVARÃO, Cesar Buno (Org.). *A nova agenda urbana e o Brasil: insumos para sua construção e desafios a sua implementação*. Brasília, DF: Ipea, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180529_a_nova_agenda_urbana_e_o_brasil.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2018.
- BALBINO, Michelle Lucas Cardoso. Programa Minha Casa Minha Vida e a colisão entre direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 51-76, jan./jun. 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.
- BRASIL. Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992. Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 1992.
- BRASIL. Lei Federal n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 fev. 1993.
- CANUTO, Elza Maria Alves. *Direito à moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A tutela do direito à moradia e o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, p. 264-289, 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comentário Geral número 4 ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Compilação de instrumentos internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTtimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2016/IBGE*. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2018.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Estimativas do Déficit Habitacional brasileiro (PNAD 2007-2012)*. Nota Técnica n. 5 (Dirur): Estimativas do Déficit Habitacional brasileiro (PNAD 2007-2012). Brasília, IPEA, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5668>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Relatório brasileiro para o Habitat III*. Brasília: ConCidades, IPEA, 2016. Disponível em: <<http://habitat3.org/wp-content/uploads/National-Report-LAC-Brazil-Portuguese.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

MONTORO, André Franco. Habitação – Família – Democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, 1965.

REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. A regularização fundiária urbana e rural: necessidade de marcos teóricos e de políticas públicas distintos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, p. 41-53, 2017.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). *Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 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*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia aos vinte anos da constituição federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do supremo tribunal federal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32734-40344-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

SECHI, Leonardo. *Análise de políticas públicas: diagnósticos de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

SECHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

———— PARTE III ————
ESTUDO DE CASOS

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM ROBERT ALEXY NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS SOBRE ABORTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jane Mara da Silva Pilatti¹

O cenário sociopolítico atual acaba por veicular interesses antagônicos, determinados por aspirações diversas de determinados segmentos sociais, característicos de um Estado pluriclasse.

Segundo Alexy (2015), a maioria das Constituições modernas contém um catálogo de direitos fundamentais, que representa os mais variados interesses vigentes na sociedade e ocorre que, em função disto, estes direitos fundamentais colocam-se em oposição diante de determinadas situações e interesses a serem protegidos.

O aborto se mostra como tema sensível e emblemático inserto em questões de ordem moral, religiosa, política e científica. A necessidade em se adotar uma abordagem principiológica que solucione os conflitos constitucionais pelos tribunais, por intermédio de um juízo de ponderação, é cada vez mais nítida. Com a modificação de perfil dos julgamentos sobre aborto pela corte institucional, novos marcos e referenciais para a fundamentação das decisões judiciais são testados (UNDURRAGA, 2016).

Neste contexto, a metodologia da proporcionalidade como ferramenta analítica propicia aos julgadores superar o modelo abstrato e intuitivo para uma dinâmica que albergue um tratamento constitucional do aborto mais equilibrado.

Não se pretende com a presente discussão questionar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para análise da questão emblemática referendada, mas tão somente verificar-se-á se o mecanismo utilizado, princípio da proporcionalidade, detêm a resposta adequada aos quesitos suscitados à temática do aborto.

A abordagem resta, nestes termos, dividida em três capítulos: em um primeiro momento faz-se o resgate doutrinário e conceitual de ponderação na obra de Robert Alexy e a distinção das normas jurídicas entre princípios e regras.

Posteriormente, passa-se à análise da temática do aborto nos estágios do raciocínio constitucional para casos substantivos, ante ao exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ao final, buscar-se-á analisar a aplicação da ponderação nas decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, para verificar como o órgão jurisdicional tem conciliado deveres positivos de proteção à vida do nascituro com deveres negativos de abstenção ou não interferência estatal em direitos das mulheres.

No que respeita a metodologia aplicada ao trabalho, utilizou-se do método de abordagem dedutivo e o método de procedimento bibliográfico. A técnica de

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

pesquisa baseou-se no uso de documentos indiretos, basicamente de bibliografia em livros e artigos científicos.

1 PONDERAÇÃO E DISTINÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

No cenário de complexidade dos princípios em embate entre o direito fundamental à vida do nascituro e o direito de autodeterminação das mulheres, a Corte Constitucional tem se utilizado do mecanismo da ponderação como uma ferramenta analítica superando a legalidade estrita, intuitiva e que identifique os diferentes interesses envolvidos.

Neste sentido se faz crucial a existência de mecanismos de composição de confrontos que primem pela ponderação de interesses, ou seja, de modo que ambos os interesses em jogo possam desfrutar da máxima efetividade possível diante das peculiaridades do caso concreto.

As técnicas de saneamento de conflitos defendidas pelo autor Robert Alexy (2015) possuem peculiaridades diante do caso factual por apresentarem uma natureza funcionalista. O princípio da proporcionalidade, que visa a ponderação de interesses, permite a realização, de modo mais intenso possível, de todos os valores albergados pelo ordenamento jurídico.

Tal instrumento mediador busca viabilizar soluções que levem em consideração a exigência de máxima efetivação dos interesses conflitantes, na medida que as circunstâncias de fato e de direito assim o permitirem.

É possível definir a proporcionalidade como uma regra de simultânea interpretação e aplicação do direito. Esta forma de solução de conflitos é aplicada quando houver uma relação em que a concretização de um direito fundamental restringe outro direito fundamental ou um interesse coletivo. Sua utilização evita com que haja uma desproporcionalidade na aplicação dos princípios. Para que isso seja efetuado, é preciso que perpasse pela avaliação da adequação, necessidade e proporcionalidade, esta última em sentido restrito (SILVA, 2010).

A particularidade do princípio da proporcionalidade tem a ver com sua capacidade de solução de conflitos, observando o grau de satisfação junto ao caso concreto. Isso possibilita ao judiciário uma flexibilidade em sua decisão, uma vez que não precisará optar por uma única incidência de um direito fundamental, mas dois ou mais direitos fundamentais (LIMA; MAGALHÃES; DIAS, 2017).

É importante pontuar, em análise do conceito da proporcionalidade, que no âmbito da teoria da fundamentação as normas podem ser estruturadas a partir de regras ou princípios. Enquanto as regras trazem uma essência categórica, válida, devendo fazer aquilo que se propõe daquilo que é fática e juridicamente possível, os princípios são compreendidos como mandados de otimização.

Para Alexy (2015), princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.” Através desta definição, os princípios não são absolutos, já que podem ser satisfeitos em graus variados. Não existindo uma hierarquia abstrata ou absoluta entre princípios, estes são ponderados diante do contexto de determinado caso judicial, estabelecendo uma precedência condicionada de um princípio sobre o outro a partir dos contextos específicos do caso.

Tal alargamento de interpretação e valoração de princípios pelo órgão jurisdicional defendidas por Alexy, rende críticas de outros doutrinadores, tais como Habermas (2003), o qual contrapõe o mecanismo e alerta para o risco de uma concepção de direitos humanos como bens ou valores que podem ser objeto de ponderação pelo Tribunal Constitucional, tornando-o um agenciador de valores, evoluindo para uma instância autocrata, a qual invadiria a competência do legislador.

Habermas ainda afirma que a ponderação se utiliza de métodos irracionais, deixando o sentenciamento ao arbítrio das preferências particulares dos magistrados, já que estes representam o único referencial para o que é justo em uma decisão, e sai em defesa de um agir comunicativo de onde derivam à ação comunicativa e o discurso, os quais tem como foco a interação social, à cidadania e à democracia (MARTINS, 2007).

Inobstante correntes em sentido contrário, resta notório que o mecanismo de ponderação vem sendo largamente utilizado pela Suprema Corte tanto para justificar sua legitimidade em potenciais temas polêmicos, como para fundamento em suas decisões em discussões sensíveis como a do aborto.

2 A TEMÁTICA DO ABORTO NOS ESTÁGIOS DO RACIOCÍNIO CONSTITUCIONAL PARA CASOS SUBSTANTIVOS

Segundo Verónica Undurraga, a proporcionalidade pode ser pensada em diferentes e consecutivos estágios do raciocínio constitucional para casos substantivos. Estes estágios funcionam como critérios regulamentadores do controle de constitucionalidade: i. adequação; ii. necessidade; iii. proporcionalidade estrita. A literatura sobre proporcionalidade determina que a previsão legal sob análise supere cada um destes critérios para ser considerada constitucional.

O mecanismo de ponderação para resolução de conflitos constitucionais, requer dos julgadores o acareamento, em etapas consecutivas, de determinadas questões, provocando-os a refletir sobre fatos muitas vezes negligenciados nas demandas de aborto. Tais estágios se mostram essenciais para que se avalie os benefícios e os custos associados à proteção da vida do nascituro em detrimento aos suportados pelas mulheres em limitação aos seus direitos constitucionais.

2.1 O EXAME DE ADEQUAÇÃO

Por adequação, entende-se aquilo que é apto a alcançar o resultado pretendido. Diz respeito à idoneidade do meio para o atingimento dos fins que o inspiram. Questiona-se se o meio empregado alcança ou não fim pretendido. Se há congruência entre meio e fim. Não há que se falar aqui em mais ou menos adequado, e sim, saber se um meio é adequado ou não. Se é ou não eficaz em promover o resultado ao qual se presta. Considera-se ainda adequado o meio que fomenta o fim almejado.

O exame de adequação exige que uma lei que restrinja um direito ou um valor constitucional seja conduzida ao atingimento de um objetivo constitucionalmente legítimo. O tribunal, em seu julgamento, deve avaliar tanto a legitimidade do objetivo como a idoneidade dos meios que foram empregados para alcançá-lo. Ao analisar as normas sobre aborto, o teste de adequação é baseado em determinar se a criminalização é uma medida apta a proteger a vida do nascituro (UNDURRAGA, 2016).

Busca-se verificar a existência de um objetivo constitucionalmente passível de proteção pela criminalização do aborto e, se o meio seria adequado para o alcance do objetivo. Ou seja, se a criminalização do aborto alcançaria a proteção deste valor.

2.2 O EXAME DE NECESSIDADE

O teste da necessidade exige que a lei violadora de direitos constitucionais seja necessária para alcançar objetivos constitucionais legitimados, ou seja, que não existam outros meios menos intrusivos de igualmente alcançar os resultados.

O exame de necessidade demanda que a lei que restrinja um direito constitucional seja necessária para atingir o objetivo constitucionalmente legítimo ao qual se destina, não existindo medidas igualmente efetivas e menos onerosas para se alcançar o objetivo pretendido pela lei. Em se tratando do controle de constitucionalidade das normas sobre aborto, o exame da necessidade leva ao questionamento sobre a criminalização significar ou não a medida menos restritiva dos direitos da mulher, entre as demais eventualmente disponíveis que permitam obter a proteção da vida do nascituro (UNDURRAGA, 2016).

2.3 O EXAME DE PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

O parâmetro da proporcionalidade estrita avalia os efeitos da lei – se os benefícios justificam os efeitos. O teste da proporcionalidade estrita exige um “balanço cru” do impacto concreto da lei, conforme aponta Undurraga (2016).

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, por fim, é um exercício bruto de ponderação, que busca determinar se os benefícios associados à lei restritiva de um direito constitucional compensam os sacrifícios por ela gerados.

Aplicado às normas sobre aborto, esse terceiro teste exige dos tribunais saber se, mesmo tendo sido considerada uma medida adequada para proteger a vida do nascituro e a menos onerosa entre as alternativas disponíveis, a criminalização impõe um sacrifício justificável aos direitos das mulheres.

3 A TEMÁTICA DO ABORTO NO STF E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Nas decisões conferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos temas afetos à matéria do aborto, põem-se em evidência que as fundamentações para análise dos direitos fundamentais conflitantes obtêm respaldo no princípio da proporcionalidade e no mecanismo da ponderação.

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal foi provocado para decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, o artigo 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

Em seus fundamentos alegou o Autor que a vida humana acontece a partir da fecundação e que o zigoto (embrião em estágio inicial) é um ser humano embrionário, por isso sua utilização para retirada de células-tronco ofenderia a inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Sustentou-se, ainda, que pesquisas com células-tronco adultas são mais promissoras do que aquelas com células-tronco embrionárias.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou improcedente a ação ao argumento de que, para que houvesse vida humana, seria necessária a implantação do embrião no útero e posterior nascimento com vida. Entendeu-se que o zigoto é distinto do feto e da pessoa natural. O direito infraconstitucional protege de forma variada cada etapa do desenvolvimento gestacional, mas como um bem a ser protegido e não como uma pessoa. A Constituição Federal, ao falar em direitos e garantias individuais, refere-se ao indivíduo, enquanto pessoa humana, de modo que a inviolabilidade do direito à vida é exclusiva de um ser personalizado, nascido com vida.

Além disso, afirmou-se que a Lei 9.434/1997 (Lei dos Transplantes de Órgãos) dispõe que não há mais vida a partir da morte cerebral, 26 ou seja, se a atividade cerebral é pressuposto da vida, o embrião, que não tem cérebro formado, não pode ser considerado vida humana. Esclareceu-se que a decisão por ter filhos, bem como a opção do casal por meios de fertilização *in vitro*, é direito de matriz constitucional. Essa opção não acarreta para o casal o dever de utilizar todos os embriões, pois, além de não haver lei estabelecendo tal obrigatoriedade, iria de encontro à autonomia da vontade e ao planejamento familiar, instituto fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 7º, da Constituição Federal 37).

Ressaltou-se que a Lei de Biossegurança refere-se a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da relação sexual, de modo que a utilização das células-tronco embrionárias não implica aborto. Registrou-se, ademais, que estudos com células-tronco embrionárias, por serem estas pluripotentes, ou seja, capazes de gerar qualquer tecido humano, em virtude de se diferenciarem em outras células, não podem ser substituídos por outras linhas de pesquisas, como as realizadas com células tronco adultas, que teriam baixo grau de diferenciação.

Afirmou-se, por fim, que a pesquisa com células-tronco está em consonância com a Constituição, que prevê que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa tecnológica (artigo 218²) e garantirá o direito à saúde (artigo 196³), de modo que essas pesquisas configuram mais um instrumento de viabilização e concretização desse direito fundamental.

No ano de 2012, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF - arguição de descumprimento de preceito fundamental - 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, a qual objetivou declarar inconstitucional a interpretação que considerava a antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencefálico crime de aborto, tipificado nos artigos 124, 126, 128, I e II, do Código Penal 36.⁴

No mérito foi sustentada a alegação de que a antecipação do parto não constituiria aborto, porquanto este pressuporia a potencialidade da vida extrauterina. Nesta acepção, a vedação penal violaria a liberdade da mulher, decorrente do princípio da legalidade; o seu direito à saúde; além de atingir o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a ação, considerando que havia conflito apenas aparente entre direitos fundamentais, porque, em contraposição aos direitos da mulher, se encontra um ser, embora biologicamente vivo, juridicamente morto, já que a Lei 9.434/1997 dispõe que o diagnóstico de morte encefálica constitui o marco para declarar-se determinada pessoa como morta. Portanto, a interrupção da gestação, no caso de anencefalia, constituiria conduta atípica em razão da absoluta impropriedade daquele sobre o qual recai a conduta do agente.

Por fim, considerou-se que seria desproporcional considerar constitucional o aborto humanitário, quando saudável o feto, mas ilícita a antecipação terapêutica do parto, quando este possui uma anomalia letal incurável. Em ambos os casos procura-se resguardar a saúde física e psíquica da mulher (ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio, P, j. 12-04-2012, DJE de 30-04-2013).

² Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁴ A discussão sobre a antecipação terapêutica do parto em caso de feto anencefálico já havia ocorrido no HC 84.025, rel. min. Joaquim Barbosa, P, j. 04-03-2004, DJ de 25-06-2004. Embora o habeas corpus tenha perdido objeto em razão da ocorrência do parto pouco antes do julgamento, na Sessão Plenária, o ministro Relator Joaquim Barbosa apresentou fundamentação indicando o deferimento da ordem para que a paciente tivesse o direito de interromper a gravidez.

No ano de 2016, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu o Habeas Corpus 124.306, que versava sobre pedido de revogação preventiva decretada contra os impetrantes, presos em flagrante, pela suposta prática de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha, descritos nos artigos. 126⁵ e 288⁶ do Código Penal. Alegaram os pacientes inconsistência para a prisão preventiva já que inexistentes os requisitos necessários para sua decretação, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal.⁷

Pela primeira vez o Supremo Tribunal Federal decidiu amparado na tese já estabelecida em alguns países por meio de decisão e outros via legislação, de que a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gravidez viola direitos fundamentais da mulher.

O voto-vista do ministro Luis Roberto Barroso valendo-se do princípio da proporcionalidade incorporou dimensão constitucional substantiva de larga repercussão: o exame de (in) constitucionalidade da incidência de normas penais (Código Penal, art. 124⁸ e 126) que criminalizam o aborto no caso de gestação no primeiro trimestre. Considerou o ministro redator que a criminalização, em tal hipótese, viola os direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade, pois direitos reprodutivos e sexuais, autonomia, integridade física e psíquica, além da equiparação plena de gênero devem ser protegidos.

Pautou-se ainda pontos centrais de violação ao princípio da proporcionalidade: (i) a adequação estaria em âmbito duvidoso para proteção do bem jurídico protegido (vida do nascituro), já que a criminalização não motiva redução relevante sobre o número de abortos praticados no país, não deixam de acontecer, mas acontecem na clandestinidade e de forma insegura; (ii) quanto ao exame de necessidade, ponderou o ministro redator que existem outros meios de se evitar o aborto de forma mais eficaz e menos lesiva que a criminalização, tais como a educação sexual e distribuição de contraceptivos à mulher que deseja ter filhos, mas se encontra em condições adversas; (iii) a criminalização se mostra desproporcional em sentido estrito quando analisado o custo social advindo com problemas de saúde pública e mortes, superiores aos seus benefícios (STEINMETZ; RECKZIEGEL, 2017).

⁵ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54) Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

⁶ Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

⁷ A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

⁸ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: (Vide ADPF 54) Pena - detenção, de um a três anos.

Por fim, no âmbito da jurisprudência comparada apontou-se que nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata da interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Tomando por base o entendimento da Corte Institucional no *Habeas Corpus* 124.306, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs em 08 de março de 2018, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, em que pede ao Supremo Tribunal Federal a legalização do aborto até 12ª semana de gestação. Utilizando em suas alegações do mecanismo de ponderação aduz a existência de desproporcionalidade aos preceitos constitucionais na criminalização do aborto, pois segundo o Autor há evidências empíricas demonstrando como o acesso ao aborto seguro é uma proteção da dignidade e da cidadania da pessoa humana das mulheres. Além disso, destaca que a criminalização não é meio racional para impedir o dano que se visa a proteger com a proibição do aborto, isto é, dano decorrente de hipóteses de direito fundamentais baseadas no valor intrínseco do humano no embrião ou feto.

A ministra Rosa Weber, relatora de ação, realizou audiência pública nos dias 03 e 06 de agosto de 2018. Na ocasião, atuando como *amicus curae*, foram ouvidos especialistas do Brasil e do exterior, entre eles pesquisadores de diversas áreas, profissionais da área de saúde, juristas, advogados e representantes de organizações da sociedade civil de defesa dos direitos humanos e entidades de natureza religiosa.

Os debates foram intensos e demonstraram de forma muito clara que o conflito se dá entre, de um lado, argumentos científicos, técnicos-jurídicos, de direito internacional e, de outro, argumentos com forte acepção religiosa.

O voto do ministro Luis Roberto Barroso no *Habeas Corpus* 124.306, deliberou pontos centrais da questão e fez com que se tornasse o condutor da decisão da Primeira Turma e referência futura para debates, especialmente para a decisão que o Supremo Tribunal Federal tomará no julgamento da ADPF 442 (STEINMETZ; RECKZIEGEL, 2017). Igualmente, algumas decisões conjuntas como na ADI 3510 sobre pesquisas com células tronco embrionárias e ADPF 54, da antecipação terapêutica do parto no caso de feto anencefálico, quando albergados pela avaliação no princípio da proporcionalidade, sugerem que uma maioria na corte entende que a proteção jurídica da vida aceita gradações, a depender do estágio e da viabilidade da mesma.

CONCLUSÕES

O protagonismo do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos ganhou proeminência. A força para decidir questão sensível como o aborto deriva de sua função precípua de defesa da Constituição e dos direitos humanos nela previstos, somado ao caráter contramajoritário de sua função.

Uma vez judicializado há a inafastabilidade da apreciação jurisdicional. Todavia nesta resposta poderá estar contida a premissa de que a arena judicial não é o palco privilegiado para a solução do debate, tendo uma postura deferente ao Legislativo.

Ocorre que nas ocasiões em que foi provocado para análise de questões sobre a interrupção voluntária da gestação a Corte Constitucional trouxe para si a responsabilidade de responder ao tema, forte no argumento de que a garantia judicial tem por meta a defesa dos direitos humanos, sobretudo em relação aos vulneráveis. Sendo assim, não constitui violação ao modelo democrático e sua legitimação.

Neste cenário percebeu-se que o instrumento de ponderação, utilizado em veredictos de diversas cortes internacionais, também foi amplamente festejado pelo Supremo Tribunal Federal no controle judicial das leis de aborto. A discussão vem amadurecendo e a dinâmica tem se aperfeiçoado. Aumentou-se a pauta de argumentos que fundamentam, nos estágios necessários à ponderação, os exames dos valores fundamentais sopesados e em conflito.

A abordagem mostra-se cada vez mais alastrada, bem como a dimensão para a análise dos fatos que dialogam com a temática estão sendo discutidos e verificados de acordo com as etapas sugeridas na metodologia da proporcionalidade.

Em audiência pública realizada para ouvir a pluralidade de vozes na ADPF 442, foi possível perceber que a tentativa de uma equalização que garanta a proteção a vida do nascituro e a liberdade da gestante de praticar o aborto, merece muito cuidado, sensibilidade e trabalho do judiciário. Percebeu-se nos discursos, contrários ou favoráveis à descriminalização, que a ideia de valoração de princípios esteve presente também nas falas dos representantes sociais, os quais não se limitaram tão somente à comunidade jurídica.

A temática do aborto exige do judiciário uma resposta com maior ônus argumentativo, que não transita apenas no modelo de ressalvadas legais à interrupção da gestação, mas embasado na concepção que a norma penal deve ser empregada apenas se comprovadamente adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para atingimento da finalidade de proteção à vida do nascituro.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator: ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 12 abr. 2012. Brasília, DF, 14 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 09 ago. 2016. *JusBrasil*, 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://red.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

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

LIMA, Renata Albuquerque; MAGALHÃES, Átila de Alencar Araripe; DIAS, Thaís Ara. Conflitos dos Direitos Fundamentais na perspectiva da transnacionalização do Direito: Proporcionalidade e ponderação à luz de Robert Alexy. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 53-70, 2017. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/5249/pdf_1>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Hermenêutica principiológica e ponderação de direitos fundamentais: os princípios podem ser equiparados diretamente a valores? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1453, 24 jun. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9952/hermeneutica-principiologica-e-ponderacao-de-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 25 jul. 2018

NOTARO, Camila Antunes. A Proporcionalidade em Robert Alexy e o Ativismo Judicial no Estado Democrático Brasileiro. *Revista Virtual Direito Brasil*, v. 8, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav82/artigos/ca.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Petição inicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

RECKZIEGEL, Janaína. O ativismo judicial na pesquisa com seres humanos. *Anais do Seminário Nacional de Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais*, Chapecó, v. 1, n. 1, p. 225-243, 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/view/901/519>>. Acesso em: 07 maio 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, 2010.

STEINMETZ, Wilson; RECKZIEGEL, Janaína. Crime de aborto e interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre: Análise da decisão do supremo tribunal federal no habeas corpus 124.306. *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 18, n. 3, 2017. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/16270>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *Boletim de Jurisprudencia internacional. Aborto*. <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI3ABORTO>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF n. 442*. Brasília, DF, 06 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

UNDURRAGA, Verónica. O princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade das leis sobre aborto. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 15-44, 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25160>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO A TRATAMENTO NÃO DISCRIMINATÓRIO: UM ESTUDO DE CASO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Luciano da Silva Basso¹

O princípio da não discriminação é um dos instrumentos de concretização dos Direitos Humanos, como tal é considerado como um princípio de norma cogente de proteção dos Direitos Humanos.

Como Direitos Humanos, sabemos que o seu conceito significa que são direitos inerentes (intrínsecos) a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião, origem social, opiniões políticas divergentes, responsabilidades familiares ou qualquer outra condição.

Salienta-se que a natureza dos Direitos Humanos, é inesperável da Dignidade da Pessoa Humana, e desta forma é incompatível toda a situação que trate um determinado grupo com hostilidade ou inferioridade.

Portanto, a não discriminação é um referencial de proteção que não autoriza qualquer espécie de desrespeito ou tratamento diferenciado entre os seres humanos que não correspondam com sua idêntica natureza.

O Princípio da Igualdade e não discriminação possui um caráter fundamental de plena proteção dos Direitos Humanos, tanto em sua proteção jurídica interna, bem como internacional, e desta forma, os estados tem a obrigação de regular normas que proibam tal distinção.

Nesta senda, Shelton (2008, p. 22) afirma: a proibição de discriminação implica em uma distinção de qualquer tipo (exclusão, preferência, limitação ou restrição) entre pessoas ou grupos que se encontram em situações similares, a menos que exista uma justificação objetiva e razoável e o grau da distinção seja proporcional ao objetivo.

Assim, a não discriminação como parte de uma justiça distributiva, implica tratar equitativamente todos os seres que estão em situação de igualdade e dar um tratamento não igualitário a quem se encontra em situação de desigualdade (SHELTON, 2008, p. 2).

Ao fazermos uma análise da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, percebemos um aumento significativo de casos relativos a discriminação, ficando evidente e devemos admitir que nos dias atuais ainda existem certos grupos e certos indivíduos que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade e desigualdade e conseqüentemente discriminados diariamente.

¹ Mestrando em Direito em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado Previdenciário.

A comprovação da situação discriminatória dos indivíduos e grupos acima referidos, fez com que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, exercesse o seu papel de proteção e interagisse diretamente em tais situações sobre os estados membros que a compõe.

Assim, o presente estudo tem por escopo a apresentação de estudo de caso, sobre como a Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, julgou situações reais de discriminação explícita que lhe foram apresentadas.

Antes de adentrarmos no estudo de caso propriamente dito, devemos em um primeiro momento apresentar a distinção existente entre os artigos 1.1° e 24°, que compõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, os quais perante a Corte possuem entendimentos diversos, portanto, necessários para o entendimento das decisões dos casos que serão discutidos.

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. [...]

Artigo 24. Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Conforme referido no parágrafo anterior, a citação dos artigos acima descritos, é necessária tendo em vista que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em alguns julgados tem um entendimento paralelo entre um ou outro quanto aos artigos acima citados, ou seja, a Corte entende que com relação ao artigo 1.1 a sua norma cogente é válida apenas para os estados membros que assinaram o tratado, enquanto que o entendimento sobre o artigo 24 é de que o direito de igual proteção de leis, é válido para todo ser humano habitante do planeta, e não apenas aos indivíduos que assinaram o tratado.

Após a diferenciação acima, vamos adentrar ao primeiro estudo de caso propriamente dito, objeto do presente artigo.

1 PRIMEIRO CASO

CORTE IDH. CASO I.V. Vs. BOLIVIA. EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Los hechos del presente caso se refieren a lo sucedido el 1 de julio de 2000, en horas de la tarde, en que la señora I.V. ingresó al Hospital de la Mujer de La Paz, luego de que se le produjera una ruptura espontánea de membranas a la semana

38.5 de gestación y dolor a nivel de la cesárea que había tenido anteriormente en el año 1982. Debido a que el médico tratante constató que ella había tenido una cesárea previa, que no había trabajo de parto y que el feto se encontraba en situación transversa, decidió someter a la señora I.V. a una cesárea. La cesárea fue iniciada por el médico residente de tercer año pasadas las 19:00 horas. Sin embargo, en el transcurso del procedimiento quirúrgico de la cesárea se verificó la presencia de múltiples adherencias a nivel del segmento inferior del útero, por lo cual, en consideración de la dificultad del caso, el médico ginecólogo obstetra se hizo cargo de la cirugía en su condición de instructor. Con posterioridad a que el neonatólogo se llevará a la niña recién nacida, se realizó a la señora I.V. una salpingoclasia bilateral bajo la técnica pomerooy, conocida comúnmente como ligadura de las trompas de Falopio. Ambos procedimientos quirúrgicos fueron realizados encontrándose la paciente bajo anestesia epidural.

La Comisión determinó que la intervención quirúrgica habría constituido una violación a la integridad física y psicológica de la señora I.V., así como a su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, de acceso a la información y a la vida privada y familiar, entendiéndolo la autonomía reproductiva como parte de tales derechos. Para la Comisión, el Estado no habría provisto a la presunta víctima de una respuesta judicial efectiva frente a tales vulneraciones. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016).

No presente caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu uma sentença declarando a responsabilidade do Estado da Bolívia pela violação dos direitos relativos a integridade pessoal da autora, a sua liberdade pessoal de escolha, a sua Dignidade, a vida privada, a negação ao acesso da informação, com base nos seguintes artigos: 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 e 17.2, constantes da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No caso acima descrito a Corte concluiu em suas razões sentenciadas que a senhora I.V., não havia manifestado o seu consentimento prévio, livre, pleno e informado para a finalidade de se submeter a uma intervenção de laqueadura de trompas, ficando comprovado que a autora fora submetida a um procedimento de laqueadura de trompas sem o seu consentimento.

A controvérsia central no presente caso é de se determinar se a laqueadura de trompas da senhora I.V., realizada em 01 de julho de 2000, na Bolívia por um funcionário público de um hospital estatal e enquanto fazia um parto de urgência, foi contra as obrigações internacionais do Estado, ou seja, o ponto nevrálgico foi decidir se o procedimento efetuado pelo médico estava ou não de acordo com os parâmetros estabelecidos com o direito internacional para esta espécie de procedimento no momento do ocorrido.

O médico que havia realizado o procedimento, sustentou junto a Corte que somente realizou o procedimento porque a autora lhe havia consentido e autorizado verbalmente a efetuar a laqueadura de trompas.

Entretanto, a Corte entendeu que a atitude tomada pelo médico em efetuar um procedimento de laqueadura de trompas sem o consentimento livre e adequado da requerente significou uma afetação e intromissão no corpo que conseqüentemente a levou a perder permanentemente sua capacidade reprodutiva, seu direito de ter mais filho e aumentar sua família caso tivesse interesse.

Conforme já relatado, ficou claro que a esterilização efetuada na requerente sem o seu devido consentimento gerou a anulação do direito da autora em tomar livremente qualquer decisão sobre o seu corpo, ou seja, atingiu sem sombra de dúvidas aspectos essenciais de sua Dignidade Humana, pois a atitude do médico em proceder a esterilização sem o devido consentimento informado houve uma intromissão abusiva na vida privada da senhora I.V, cuja atitude lhe casou violação a intimidade e a vida privada, além de lhe tolher um direito de decisão referente a quantidade de filhos que a requerente gostaria de ter em sua família.

Aliás, como bem julgou a Corte, não havia como a autora ter consentido com o procedimento, uma vez que a requerente estava passando por uma cesária de urgência, assim, muito difícil que a autora tivesse autorizado tal procedimento.

Desta forma, referente ao Princípio de Igualdade e não discriminação, a Corte reconhece que em relação a liberdade e autonomia das mulheres principalmente com relação a sua vida sexual e reprodutiva, é público e notório que as mulheres são historicamente atingidas em decorrência de seu gênero, uma vez que são vistas em alguns casos apenas como objeto sexual e em outros apenas como a finalidade de reprodução.

Apenas a título de informação, afim de corroborar com o debate, há poucos dias em nosso país, mais especificamente na cidade de Mooca, Estado de São Paulo/SP, estivemos diante de um caso similar, no qual, o Ministério Público do Estado de São Paulo, ingressou com uma Ação de Obrigação de fazer em face do Município de Mooca, com o objetivo de compelir o ente Municipal a submeter uma mulher hipossuficiente dependente de drogas que já possuía 05 (cinco) filhos, a um procedimento de laqueadura de trompas.

O Ministério Público afirmou em suas razões que tal procedimento era necessário uma vez que a requerida era pessoa "hipossuficiente, usuária de drogas e já com 05 (cinco) filhos, que a mulher de nome Janaina não demonstrava discernimento necessário para avaliar as consequências de uma gestação, utilizando o que dispõe o artigo 1º da Lei 9.263/96,² juntamente com os artigos 5º, 23º, 196º e 198 da Constituição Federal.

Devemos deixar claro que no caso em comento o intento da referida demanda foi porque Janaina se recusava a realizar o procedimento, ou seja, o Ministério Público ingressou com a demanda requerendo que Janaina fosse submetida a esterilização de maneira forçada, sem o seu consentimento.

De acordo com o caso em comento ainda neste ano de 2018, estamos diante de uma situação de total violação ao Princípio da Dignidade Humana, ao Princípio da Igualdade e Não discriminação, por quem deveria ser o protetor da Lei. Neste caso o Ministério Público deveria proteger a pessoa ora forçada a tal procedimento e não o executor da Lei (CASTRO, 2018).

² Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

O presente caso, comprova o total desrespeito com os princípios constitucionais a liberdade, a violação da intimidade da vida privada da mulher ora forçada, a qual somente passou por tal iniciativa por ser uma pessoa em situação de extrema vulnerabilidade, sendo mais fácil ao Estado efetuar um procedimento de esterilização forçada do que implementar Políticas Sociais de inclusão social.

2 SEGUNDO CASO

CORTE IDH. CASO TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE Vs. BRASIL. EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

Los hechos del caso se relacionan con la Hacienda Brasil Verde, ubicada en el estado de Pará. En particular, se constató que a partir de 1988 se presentaron una serie de denuncias ante la Policía Federal y el Consejo de Defensa de los Derechos de la Persona Humana (CDDPH), por la práctica de trabajo esclavo en dicha Hacienda, y por la desaparición de dos jóvenes. En 1996, el Grupo Móvil de Fiscalización del Ministerio del Trabajo (MPT) fiscalizó la Hacienda y determinó la existencia de irregularidades como la falta de registro de los empleados y, condiciones contrarias a las disposiciones laborales. En 1997, dos trabajadores declararon ante la Policía Federal de Pará haber trabajado y escapado de la Hacienda. El primero manifestó que un “gato” lo había contratado y que, al llegar a la Hacienda, ya debía dinero por hospedaje y utensilios. Ambos declararon que los trabajadores eran amenazados de muerte en caso de denuncia o fuga, y que eran escondidos durante las fiscalizaciones. Con base en ello, el Grupo Móvil realizó una nueva fiscalización y concluyó que: i) los trabajadores se encontraban albergados en cobertizos cubiertos de plástico y paja con una “total falta de higiene”; ii) varios trabajadores eran portadores de enfermedades de la piel, no recibían atención médica y el agua no era apta para el consumo; iii) todos los trabajadores habían sufrido amenazas, inclusive con armas de fuego, y iv) los trabajadores declararon no poder salir de la Hacienda. Asimismo, comprobó la práctica de esconderlos. Se encontraron 81 personas. Consecuentemente, el Ministerio Público Federal (MPF) presentó una denuncia contra el “gato” y el gerente de la Hacienda, por los delitos trabajo esclavo, atentado contra la libertad del trabajo y tráfico de trabajadores; y contra el propietario del inmueble rural por frustrar derechos laborales. Hechos dentro de la competencia temporal de la Corte (a partir de 10 de diciembre de 1998). En 1999, la justicia federal autorizó la suspensión condicional por dos años del proceso contra el propietario de la Hacienda, a cambio de la entrega de seis canastas básicas a una entidad de beneficencia. En 2001, en relación a los otros dos denunciados, el juez federal declaró la incompetencia para juzgar el proceso, por lo que los autos se enviaron a la justicia estadual, la cual en 2004 se declaró incompetente. En 2007 el Superior Tribunal de Justicia decidió que la jurisdicción competente para el delito de trabajo esclavo era la federal. En 2008, se declaró extinta la acción penal. La visita a la Hacienda Brasil Verde en 2000. En 2000, el “gato” conocido como “Meladinho” reclutó a trabajadores en el Municipio de Barras, Piauí, para trabajar en la Hacienda Brasil Verde, ofreciéndoles un buen salario e incluso un adelanto. Además, les ofreció transporte, alimentación y alojamiento durante su estadía en la hacienda. Para llegar a la Hacienda, los trabajadores tuvieron que viajar durante varios días en bus, tren y camión. Respecto del tren, describieron que compartieron el espacio con animales. Además, tuvieron que alojarse en un hotel, con el cual quedaron endeudados. Cuando llegaron a la Hacienda, los trabajadores se percataron de que lo ofrecido no era cierto, además les obligaron a entregar sus cédulas de trabajo (CTPS) y a firmar documentos en blanco, práctica conocida en virtud de anteriores inspecciones. En la Hacienda dormían en ranchos sin electricidad, camas ni armarios. El techo era de lona, lo que generaba la entrada de agua. En los ranchos dormían decenas de trabajadores, en hamacas

o redes. El sanitario y la ducha se encontraban en muy mal estado, afuera del rancho entre la vegetación, y no contaba con paredes ni techo. Además, producto de la siedad de los baños, algunos preferían hacer sus necesidades corporales en la vegetación y bañarse en una quebrada, o no bañarse. La alimentación era insuficiente, repetitiva, de mala calidad y descontada de sus salarios. La rutina diaria de trabajo era de 12 horas o más, con un descanso de media hora para almorzar y solamente un día libre a la semana. En virtud de esas condiciones, los trabajadores se enfermaban con regularidad, sin embargo, no se les daba atención médica. Además, para recibir el salario debían cumplir con una meta de producción, la cual era difícil de alcanzar, por lo que algunos no recibían pago por sus servicios. Las labores las realizaban bajo órdenes, amenazas y vigilancia armada. Lo anterior, les generaba deseo de huir, sin embargo, la vigilancia, la carencia de salario, la ubicación aislada de la hacienda y su alrededor con la presencia de animales salvajes, lo impedía. En marzo de 2000, luego de haber sido maltratados física y verbalmente, dos jóvenes lograron escapar y caminaron por días hasta llegar a la Policía Federal de Marabá. Allí el funcionario no les ofreció ayuda debido al asueto por carnaval. Días después fueron orientados a acudir a la Comisión Pastoral de la Tierra (CPT) de Marabá. El agente policial contactó al Ministerio del Trabajo, el cual organizó posteriormente una inspección a la Hacienda, en compañía de la Policía Federal. Durante la inspección, entrevistaron a los trabajadores, quienes manifestaron su “decisión unánime de salir”. Los inspectores del Ministerio del Trabajo obligaron a un encargado de la hacienda a pagar los montos indemnizatorios laborales para finiquitar los contratos laborales y a regresar las cédulas de trabajo. El informe de la fiscalización señaló que había 82 personas trabajadoras en situación de esclavitud. El procedimiento realizado por el Ministerio del Trabajo relativo a la visita de 2000 Tras dicha fiscalización se presentó una acción civil pública ante la Justicia del Trabajo, contra el propietario, destacándose que podía concluirse que: i) la Hacienda Brasil Verde mantenía a los trabajadores en un sistema de cárcel privada; ii) quedaba caracterizado el trabajo en régimen de esclavitud, y iii) la situación se agravaba al tratarse de trabajadores rurales, analfabetos y sin ninguna ilustración, quienes habían sido sometidos a condiciones de vida degradantes. En julio de 2000 se llevó a cabo la audiencia, durante la cual el acusado se comprometió a no emplear a trabajadores en régimen de esclavitud y a mejorar las condiciones de estancia bajo pena de multa. En agosto del mismo año el procedimiento fue archivado. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2016).

Nesta segunda jurisprudência ora analisada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, emitiu sentença condenatória declarando o Brasil, responsável pela violação do direito dos trabalhadores por serem submetidos a trabalho escravo, com base nos seguintes artigos, 6.1, 1.1, 3, 5, 7, 11, 22 e 19, todos da Comissão Americana de Direitos Humanos.

Conforme amplo e geral conhecimento de todos os brasileiros, o Brasil aboliu legalmente a escravatura em 1888, contudo, tendo em vista a forma continental deste país e a enorme pobreza que sempre nos assolou aliado a grande concentração de terras nas mãos de poucos latifundiários, resultaram numa situação perfeita para a continuação da escravidão “velada” no seio de grandes fazendas existentes nos mais longínquas partes deste país.

A situação de pobreza extrema, principalmente nas regiões mais ao norte, aliada a uma política de ineficiência estatal com pouco ou quase nenhum recurso em educação, fizeram com que diversos trabalhadores analfabetos e sem qualquer expectativa de vida fossem facilmente enganados por aproveitadores e foram trabalhar nas enormes fazendas no nordenste do Brasil.

Na jurisprudência acima descrita fica demonstrado a total ineficiência de controle e fiscalização do Estado, que além ser falho não possui recursos financeiros para arcar com uma fiscalização efetiva nas fazendas conforme ocorreu na situação ora referida, a qual somente foi solucionada, porque alguns dos trabalhadores conseguiram efetivar uma fuga e com isso chegaram a uma Delegacia de Polícia e denunciar a situação degradante e sub-humana que viviam na referida fazenda.

O caso acima narrado nos apresenta uma situação que não é desconhecida dos brasileiros, ou seja, estamos diante de uma desigualdade e discriminação sem precedentes, resultado de uma legislação trabalhista desatualizada que diante da gravidade do crime cometido pelo proprietário da Fazenda, o mesmo foi penalizado pela Justiça Trabalhista com uma promessa de não mais realizar tal atitude criminosa e recolher todos os direitos trabalhistas e sociais dos trabalhadores, que lá trabalhavam em regime de escravidão.

A sensação de impotência frente a fraca Legislação brasileira, causa espanto, principalmente pela inexistência de uma penalidade efetiva, coercitiva em nossa legislação nacional, cuja falta de uma penalidade eficiente e educativa fez com que o presente caso chegasse até a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, o caso ora em comento somente foi submetido a Corte, tendo em vista, que a penalidade aplicável aos responsáveis pela manutenção daquelas pessoas na situação humilhante em que foram encontradas, não foi efetiva.

Conforme explica Bragato (2014), “É preciso atentar para o fato de que o conceito de discriminação exige, para sua configuração, que a ação tenha por propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, o gozo ou o exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais.

Ou seja, no caso das 85 pessoas encontradas trabalhando na Fazenda Brasil Verde, a Corte recebeu a representação dos trabalhadores, tendo que vista que o Brasil, foi inerte quanto a prevenir qualquer forma de discriminação e muito menos qualquer situação de escravidão pelo qual passaram os trabalhadores.

Nossa Constituição Federal, impõe como objetivo fundamental da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Essa disposição, por si só, pode ser tida como pressuposto constitucional pelo qual o Estado proíbe qualquer ato tendente a permitir qualquer forma de discriminação.

Não só isso. A determinação prevista no art. 3º, IV do texto constitucional impõe ao Estado que ele reúna esforços na busca de uma sociedade mais igualitária, com a eliminação de todas as formas de desigualdade (BRITO FILHO, 2002, p. 62).

Pontua-se que essa repressão contra a prática de atos discriminatórios pelo Poder Constituinte Originário também é clarividente no texto do art. 5º, que versa sobre os direitos e garantias fundamentais e que declara a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Em matéria trabalhista, o texto constitucional do art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, é taxativo no sentido de proibir qualquer tipo de conduta discriminatória e que importe em distinção de qualquer natureza.

No que diz respeito ao direito internacional, aponta-se a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) como documento de grande relevância em matéria de discriminação. Referida Convenção foi promulgada em 1958 e com vigência a partir de 15 de junho de 1960, visando regular de forma genérica a discriminação, vedando-a em todas as suas formas e por qualquer razão.

Note-se que, em 26 de novembro de 1965, o Brasil ratificou a Convenção 111 da OIT e sua promulgação deu-se, em 1968, por meio da edição do Decreto nº 62150/68. Dispõe o art. 1 da Convenção 111 da OIT:

- a) Para os fins desta Convenção, o termo “discriminação” compreende:
 - a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;
 - b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.
2. Qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação.
3. Para os fins desta Convenção, as palavras “emprego” e “profissão” compreendem o acesso à formação profissional, acesso a emprego e a profissões, e termos e condições de emprego.

De outra banda, não podemos deixar de mencionar O Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais que teve o objetivo de tornar juridicamente vinculantes os dispositivos da Declaração Internacional dos Direitos Humanos, determinando a responsabilização internacional dos Estados-partes pela violação dos direitos enumerados.

O Pacto inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a associar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à educação, o direito das crianças de não serem exploradas e o direito à participação na vida cultural da comunidade, mas principalmente contém a proibição de qualquer espécie de discriminação (BRASIL, 1992).

Nos casos acima narrados, estamos diante de grupos vulneráveis, ou seja, não dominantes nas sociedades em que vivem e, por isso, a despeito das mencionadas leis, com o acesso precário a bens e serviços.³

³ É assegurado o direito à igualdade perante a lei, independente de sua origem racial ou étnica. Vedam-se as discriminações diretas ou indiretas oriundas da origem étnica ou racial, ou ainda aquelas que dizem respeito

Como conceito de vulnerabilidade temos que se define pela ausência ou debilidade de poder econômico, cultural e/ou político de certos indivíduos ou grupos que obstaculiza a possibilidade de acesso igualitário aos bens e serviços necessários a uma vida digna. Portanto, constituem-se como a contraface necessária para a existência dos grupos dominantes, caracterizados por sua adequação aos padrões de excelência social e historicamente construídos e, portanto, por sua situação de empoderamento.

Quando a modernidade europeia assentou o fundamento da dignidade na racionalidade humana e construiu o conceito de raça e racismo, produziu-se, historicamente, a construção de um padrão de humanidade encarnado na figura do indivíduo masculino, branco, proprietário, ocidental, heterossexual e cristão. Como padrão unitário, superior e cientificamente orientado de comportamento, a racionalidade tornou-se um atributo culturalmente centrado (ou etnocêntrico) e, portanto, ausente em diversos exemplares da espécie humana, como é o caso das mulheres, dos estrangeiros, dos colonizados, dos negros, dos deficientes e assim por diante (BRAGATO, 2012, p. 131).

A maioria dos tratados e da jurisprudência principalmente da Corte, permite ou exige que a situação de desvantagem de grupos vulneráveis ou desfavorecidos seja o objetivo das medidas de ação afirmativa⁴ (SHELTON, 2008, p. 12).

No caso da primeira jurisprudência da senhora I.V., a Corte verificou uma discriminação múltipla que pelos critérios adotados configuraram uma situação particular específica de discriminação, e que de acordo com a representante legal da senhora I.V, esta declarou que a vitima foi discriminada por ser mulher, pobre, Peruana e refugiada.

A Corte afirma, que existem certos grupos de mulheres que durante toda a sua vida são discriminadas em decorrência de serem simplesmente do sexo feminino, resultado de uma sociedade machista que enxerga as mulheres apenas como um instrumento de reprodução.

Em vista disso, milhares de mulheres passam por diversas situações de violência sexual e outras violações de Direitos Humanos, exclusivamente por fatores discriminatórios, inclusive salariais, conforme é de conhecimento geral que mulheres ocupando o mesmo cargo de homens recebem em média um salário inferior e que um homem no mesmo cargo receberia.

Em decorrência destes fatos ocorridos contra as mulheres cotidianamente, a corte entendeu que a esterilização sem consentimento é frequente em diversas partes

a nacionais de países estrangeiros. A directiva conceitua discriminação e prevê ações positivas para minimizar qualquer diferença oriunda de origem racial ou étnica (COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, 2000).

⁴ O termo "ação afirmativa" consagrou-se através do emprego na Executive Order 10925, pelo presidente dos EUA, Kennedy, ao vedar qualquer discriminação na contratação dos funcionários públicos, seja ela baseada na raça, cor, origem, credo. A ação alcançava o âmbito federal e foi melhor abordada pelo sucessor, Lyndon Johnson, quando da edição da Executive Order 11246 (SEWELL, 2004, p. 355-368).

do mundo, e ocorrem em grande quantidade com mulheres pertencentes a um grupo de maior vulnerabilidade, mas principalmente pela sua posição sócio econômica.

Em ambos os casos ora estudados, é obrigação do Estado respeitar e garantir dos Direitos Humanos. Por isso que existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os Direitos Humanos e o Princípio da Igualdade e não discriminação.

A Corte vem se pronunciando no sentido de que toda a pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade, é independentemente de qualquer coisa, titular de uma proteção especial por parte do Estado, o qual tem o dever de proteger o respeito, a inviolabilidade e a garantia dos Direitos Humanos. Neste sentido, a Corte informa que não basta aos Estados se abster de violar direitos, mas que exerçam medidas positivas determinantes para a proteção dos Direitos do sujeito que se encontra em situação de vulnerabilidade, independentemente de sua condição social ou econômica.

Assim, a Corte, admite que ao contrário de outros tratados de Direitos Humanos existentes, a posição econômica da pessoa é ainda a maior causa de discriminação ocorrida, a qual é proibida conforme estabelece o artigo 1.1 da Convenção Americana.

Com base no acima exposto, o Estado incorre em responsabilidade internacional nos casos em que estiver ocorrendo discriminação a um determinado grupo de pessoas e o mesmo ocorre quando mantém-se inerte e não adota medidas de proteção aos indivíduos em estado de vitimização.

Desta forma, com relação a Jurisprudência acima descrita, os 85 trabalhadores resgatados da Fazenda Brasil Verde, em 15 de março de 2000, o Tribunal considerou que o Brasil violou o artigo 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por manter-se inerte quanto a situação vivida por tais trabalhadores.

Conforme já referido o Tribunal não condenou o Brasil, apenas pelo artigo acima, a atitude de inércia e de legislação branda do estado Brasileiro, fez com que a Corte expedisse sentença de condenação por vários dispositivos legais integrantes da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

As manifestações acima, foram descritas para que possamos perceber a fragilidade das legislações nacional e internacional, as quais estão sendo violadas por quem tem o dever de proteção e respeito aos seus cidadãos.

Assim, a igualdade no acesso aos direitos humanos, que são elementos básicos e necessários para uma vida digna, tem que obrigatoriamente passar pelo tratamento diferenciado, que só se justifica diante de fatores que desigualam e colocam indivíduos e grupos em situações de vantagem ou desvantagem na sociedade.

As duas situações acima narradas, são fatos que somente ocorreram, por estarmos diante de pessoas hipossuficientes, de baixa escolaridade, residentes em locais isolados sem acesso a qualquer espécie de informação dependentes exclusivos dos sistemas públicos de saúde.

O procedimento de laqueadura de trompas somente pode ser legítimo se estivermos em frente a um risco de vida da mulher, em situação diversa tem que haver o consentimento informado, jamais a realização do procedimento por ordem judicial ou por vontade única e exclusiva do Estado.

Nesta senda, o Estado incorre em responsabilidade nos casos em que havendo uma discriminação evidente não adota medidas efetivas para sanar a vitimização de um específico grupo de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo um estudo de caso sobre duas jurisprudências emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, relativos ao Princípio da Igualdade e não Discriminação.

Os casos julgados pela Corte são exemplos claros da discriminação e violação existentes mesmo dentro dos Estados que assinaram o tratado e compõe a Corte de Direitos Humanos.

Nos dois casos acima estudados, com relação ao primeiro caso de laqueadura sem consentimento a mulher era pobre, Peruana e refugiada vivendo no Estado da Bolívia, ou seja, totalmente vulnerável e a margem da sociedade, situação perfeita para que tal procedimento fosse realizado em qualquer expectativa de criminalização dos responsáveis.

No segundo caso, ocorrido no Brasil, apresentamos a indigna situação de 85 pessoas pobres, sem estudo vivendo e trabalhando em uma fazenda em regime de escravidão em situação degradante e sub-humana no nordeste do país.

Podemos perceber que nos dois casos expostos, as vítimas eram pessoas pobres, analfabetos, oriundos das regiões mais pobre dos países, pessoas que viviam em situação de extrema vulnerabilidade, fatos que diante de sua condição sub-humana foram propícios para que sofressem as consequências narradas.

Ou seja, nos dois casos o Princípio da Igualdade e não discriminação foram violados pelos próprios estados que firmaram o tratado, os quais tinham o dever legal de proteção e penalização.

Nos dois casos, os Estados foram condenados pela Corte, por não tomarem medidas efetivas de combate as situações vivenciadas pelos participantes e foram inertes após o dano ocorrido, ou seja, mesmo após a existência do dano não foram eficientes em efetuar uma reparação de danos as vítimas, resultado de sua total ineficiência de controle e cuidado de seus entes, mas principalmente por ser tratar de pessoas que vivem a margem da sociedade e não reconhecidas pelo estado.

Portanto, conclui-se que a violação ao Princípio de Igualdade e Não Discriminação está longe de ser solucionado, uma vez que enquanto existirem indivíduos e grupos vivendo em situações de extrema vulnerabilidade, e sem as

condições mínimas de uma vida digna e principalmente um reconhecimento a segurança social, a solução está longe de acabar.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ltda.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos humanos no segundo pós-guerra: entre as respostas racionalistas da modernidade e o desafio das vulnerabilidades. In: ROCHA, Leonel Severo et al. Constituição sistemas sociais e hermenêutica. *Anuário do PPG em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, v. 9, p. 125-136, 2012.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Igualdade, não discriminação e direitos humanos São legítimos os tratamentos diferenciados? *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 204 out./dez. 2014.
- BRASIL. Decreto-Lei 591 de 06 de julho de 1992. Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- BRASIL. Decreto n. 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 jan. 1968.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- CASTRO, Pablo Domingues Ferreira. A esterilização dos direitos fundamentais. *Jornal o Estado de São Paulo*, 13 jun. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-esterilizacao-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 25 jul. 2018.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13 jul. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO I.V.* VS. BOLIVIA. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO TRABAJADORES DE LA HACIENDA BRASIL VERDE Vs. BRASIL. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 14: Igualdad y no Discriminación*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/discriminacion-2017.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS. *Estatuto*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

RAWLS, Jonh. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEWELL, Stacy K. The “fashionable” end to discrimination: the development of affirmative action in the Kennedy- Johnson White House. *White House Studies*, v. 4, i. 3, 2004.

SHELTON, Dinah. Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, Chile, n. 4, p. 15-39, 2008. Disponível em: <www.anuariocdh.uchile.cl>. Acesso em: 13 jul. 2018.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, Privações e Violações de Direitos Constitucionais Fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 32, p. 85-104, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2017/10/N.32-06.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

AUTONOMIA DECISÓRIA DO PACIENTE TERMINAL E O CASO DA CHEFE DE UTI DO HOSPITAL EVANGÉLICO DE CURITIBA

Gracieli Baumgarten Bauer¹

O presente estudo versa sobre o caso de uma equipe de profissionais da medicina que atuavam no Hospital Evangélico de Curitiba e foram acusados de antecipar a morte de vários pacientes em estado grave na Unidade de Tratamento Intensivo. Consta na pesquisa, algumas informações sobre as investigações do caso, bem como a sindicância realizada pelo próprio Hospital. Assim, devido a repercussão geral percebida na sociedade sobre o caso, o estudo foi construído com a sua base sobre direito do paciente no exercício da autonomia decisória, considerado um direito fundamental que visa garantir mais dignidade. Analisou-se a suposta violação do direito fundamental à vida nos seus aspectos constitucionais, haja vista se tratar de pacientes que segundo as informações publicadas, estavam em estado grave, mas existiam chances de sobrevivência, o que aumenta a gravidade do ato. Por essa razão, parte-se para uma reflexão sobre os limites constitucionais do direito à vida, tendo em vista ao teor do artigo que configura esse direito como inviolável. Desse modo, os questionamentos se voltam para a licitude da suposta prática na Unidade de Tratamento Intensivo versus o direito fundamental dos pacientes aos devidos cuidados e proteção de suas vidas. As razões para desenvolver a pesquisa são por motivos pessoais e acadêmicos. Além disso, o assunto em comento atinge o bem maior de todos e merece dedicação, pois, os cuidados com o ser humano são complexos e extensos.

1 AUTONOMIA DECISÓRIA

O termo autonomia remete o seu significado a ideia de um atributo ou capacidade inerente a todo indivíduo, mas que num primeiro momento da história da humanidade foi usado para declarar a independência de um Estado. Posteriormente quando se passou a olhar mais para os integrantes do Estado como seres individuais, é que as mudanças começaram a surgir positivamente, dando vez e voz às pessoas nos seus interesses particulares, que beneficiasse o indivíduo concedendo-lhe autoridade para dar preferência às próprias necessidades existenciais e não as necessidades do Estado. Foi concedida ao ser humano a liberdade de autodeterminar a realidade da própria existência, conferindo-lhe também o direito de efetivar as suas escolhas livremente. Assim, o entendimento inicial de autonomia com definição restrita e limitada, passou a receber conceituações variadas, tanto pela linguagem comum,

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

como pela filosofia, tendo em vista a análise feita sobre as particularidades do caso concreto (FREITAS; ZILIO, 2016).

Pelos motivos acima, percebe-se que não é tão simples conceituar o termo autonomia, haja vista as diversas compreensões doutrinárias, bem como as mais variadas “concepções que dela podem surgir e dos sucessivos desenvolvimentos críticos.” Verifica-se na verdade, que a principal definição, considerando apenas a intenção de qualificar as razões deste artigo, a autonomia vislumbra o “poder conferido às pessoas para livremente conformarem seus interesses, governando a sua esfera jurídica, já que no exercício cotidiano dos direitos, o que é garantido pela tutela positiva reconhecida pela ordem jurídica”. Tem o poder de estabelecer as próprias regras e exercendo a autonomia, “o titular do direito disciplina as relações concretas do seu cotidiano, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas.” Sendo tais escolhas lícitas e não atingindo nenhum direito de terceiros, elas são devidamente reconhecidas e validadas “pelo ordenamento jurídico”, devendo para tanto também “respeitar o conteúdo mínimo da dignidade humana.” (CANTALI, 2009, p. 202-203).

Para confirmar as considerações acima, Riesenfeld (2018) diz que:

In contemporary thought, we presume that the individual citizen has no power to make law, decree ‘volxoi’, not even for himself. Rather, he only has the ability to craft his own legal relationships and to establish mutual rights and obligations with contracting parties within a certain framework. [...] The phrase Private Autonomy is based on the idea that citizens are afforded the freedom to determine the content of contracts for themselves, and when this freedom is used they are irrevocably bound to the terms of their contract and can be forced to keep their promises.

Pelo que se extrai do texto, o princípio da autonomia corresponde tudo aquilo que demonstra a responsabilidade do indivíduo sobre os próprios atos e sobre as próprias escolhas que efetivamente realiza livremente. Nesse sentido, entende-se que os valores, as crenças e a vontade de cada pessoa devem ser respeitados, tendo em vista, que o princípio da autonomia se refere à capacidade de raciocínio que o ser humano possui para se autogovernar e se autodeterminar no projeto de vida que pretende seguir. Observa-se também que a autonomia é justificada como um princípio democrático, prevalecendo preponderantemente nessa ordem, a vontade e o consentimento do sujeito, lembrando que os laços desse princípio devem enaltecer o princípio da dignidade humana (FABRIZ, 2003).

Em termos de conceito, o que pode diferenciar a ideia de autonomia não está relacionado ao seu “conteúdo” e sim, “a sua abrangência e principalmente seus limites.” Conforme já comentado anteriormente, “a autonomia privada clássica era absoluta, como um valor em si próprio, um valor subjetivo e abstrato conferido formalmente a todos.” Atuava exclusivamente no campo dos negócios jurídicos contratuais. Falava-se inclusive que não se tratando de questões patrimoniais, seria um ato indisponível. Nesse aspecto, as conquistas obtidas são consideráveis e significativas, haja vista a

perda do seu absolutismo, sendo que atualmente o seu poder é considerado ilimitado, principalmente quando se tratam de questões “subjetivas existenciais”. Na esfera contratual a abrangência do princípio nos aspectos patrimoniais também foi ampliada de várias formas, a exemplo do direito a privacidade, direitos autorais e corporais. Toda essa mudança no conceito e na aplicabilidade do princípio da autonomia privada está relacionada ao princípio basilar da Constituição brasileira, a Dignidade da Pessoa Humana, eleita como valor supremo que, por sua vez, fundamenta todo ordenamento jurídico brasileiro. Desde a sua aprovação em 1988, o ser humano ocupa o pedestal mais elevado do sistema jurídico, considerado desde então, o “centro referencial”. Nessa toada, conseqüentemente os direitos de personalidade também se destacaram, tendo em vista a relação existente entre ambas. O sujeito é considerado agora, o valor máximo pelo simples fato de existir e não mais como um objeto. Nesses termos, os aspectos valorativos da personalidade humana passaram por transformações, no qual, as antigas atuações da autonomia acabaram se estendendo para um campo subjetivo muito além do esperado. Todavia, nas determinações atuais da Constituição, as ações voluntárias que decorrem da autonomia privada devem estar de acordo com o estabelecido na ordem normativa, o que não configura tanta liberdade quanto se verificou no início da pesquisa. Porém, se o ato externado ou desejado pelo indivíduo decorrer “da própria dignidade humana e sua dimensão prestacional” e esta não ferir a liberdade e autonomia de terceiros, a sua legitimidade estará confirmada. Seguindo nesse raciocínio, sabe-se que toda ação praticada por alguém, mesmo que individualmente, tem uma relação “intersubjetiva”, haja vista que ninguém consegue viver socialmente sem manter um contato com uma terceira pessoa, mas isso não limita a função da autonomia na esfera da individualidade (CANTALI, 2009, p. 204-206).

Igualmente, o sistema jurídico brasileiro regulamentou o princípio da autonomia privada como núcleo central da relação contratual que estabelece os parâmetros das negociações particulares para que os interesses se constituam livremente entre as partes. Mesmo que as normas sejam criadas num sistema rígido e formal, as definições jurídicas não possuem características inflexíveis ou “imutáveis”. Na verdade, constituiu-se o contexto jurídico de modo que possa ser modificado constantemente dentro das condições formais do ordenamento. Analisando as definições da autonomia da vontade, da liberdade jurídica e da autonomia privada, nota-se que os três conceitos em certos momentos são visualizados como sinônimos e em outras circunstâncias como definições distintas. Entretanto, consoante ao assunto aqui discutido, os três conceitos são necessários para compreender os fatos e resolver o problema. Para tanto, considerando o interesse particular de um indivíduo, a liberdade jurídica abre o raciocínio quando a intenção é tutelar formalmente a sua manifestação sem que haja qualquer vedação em relação a sua vontade (MEIRELES, 2009, p. 63).

Nessa toada, o texto da Constituição Federal brasileira suscitou um entendimento amplo sobre o conteúdo do artigo 5º, inciso II que dispõe e garante que

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Tal entendimento abre muitas possibilidades interpretativas que sinalizam o direito de liberdade jurídica aos particulares, a exemplo dos pacientes terminais que teoricamente possam contrariar algum princípio em detrimento de outro, mas que se compõe nos padrões constitucionais (BRASIL, 1988).

O sentido material do texto estabelecido no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, denota ser a normatização do princípio da legalidade, compreendido também como a positivação da liberdade jurídica. Trata-se na verdade, de uma aglomeração de princípios que visam trazer a liberdade aos particulares e ao mesmo tempo a legalidade sobre atos não proibidos na lei (MEIRELES, 2009).

Analisando o tratamento dado à autonomia privada pelo direito civil brasileiro, pode-se assim dizer que é suficiente para promover os direitos da pessoa humana em todos os sentidos existenciais. O núcleo essencial da autonomia privada está na realização do ser humano na sua necessidade mais íntima, configurando-se assim, o direito de personalidade, tendo em vista que este lança sobre a personalidade todas as questões individuais do sujeito (TEIXEIRA, 2010).

Pontue-se, ainda, que para complementar a relação da autonomia com a promoção da dignidade da pessoa humana e a sua real importância, deve-se ressaltar que a autonomia precisa ser regida pelos princípios da “boa-fé” e assim cumprir a sua “função social”, pautada na liberdade exercida nas relações privadas. Desse modo, também é válido observar que a liberdade toma uma proporção ainda mais ampla, considerando que ela pode ser exercida na esfera patrimonial e econômica, bem como nos interesses existenciais “ligados à personalidade” (CANTALI, 2009, p. 208).

Dessa forma, considerando as necessidades pessoais de todo indivíduo em qualquer contexto, o Código Civil regulamentou no artigo 12º, o direito de “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”, notando-se assim que uma preocupação no sentido de proteger o ser humano em todas as circunstâncias (BRASIL, 2002).

Nesse artigo vislumbra-se uma proteção integral da pessoa que tem ‘por objeto bens da sua personalidade física, moral e jurídica, enquanto emanções ou manifestações da personalidade, em geral’. Objetiva-se defender a pessoa das ameaças e opressões praticadas em sociedade, contato em grupos ou até mesmo do próprio Estado. De acordo com o disposto no artigo 12º do Código Civil brasileiro, a proteção dada referencia objetivamente a tutela individual do sujeito (TEIXEIRA, 2009).

A intenção de dignificar a pessoa leva a definir os direitos da personalidade como “direitos subjetivos absolutos” a partir da cláusula geral inserida no artigo 1º, inciso III da CF. O direito subjetivo abrange a faculdade do ser humano agir para o favorecimento próprio (MEIRELES, 2009, p. 22).

No campo restrito da teoria, quando a discussão envolve o princípio em questão, o que soa por primeiro são questões administrativas, patrimoniais

e contratuais do sujeito. O problema a ser resolvido nesta pesquisa configura substancialmente uma delimitação das questões existenciais do indivíduo que está na condição de paciente terminal e em virtude do seu estado de saúde, precisa decidir sobre o tempo que lhe resta até a morte. Por isso, o direito de exercer a autonomia se prende ao direito do paciente em escolher a intervenção, tratamento ou procedimento medicinal mais favorável dentro das condições estabelecidas pelo profissional da saúde que, por sua vez, tem o dever de prestar todas as informações pertinentes ao caso. É do conhecimento de todos sobre a possibilidade de prolongar artificialmente a vida, por meio da intervenção procedimental ou medicamentosa, contudo, o enfermo pode não querer prolongar seus dias de vida e optar pelo caminho mais espontâneo possível, onde o seu organismo dita as regras no ritmo mais natural possível (FREIRE DE SÁ; MOREIRA, 2015, p. 138).

Nesta pesquisa, o objetivo está em fundamentar o direito de todo ser humano ao próprio corpo e assim cada indivíduo poder se autogovernar e assegurar a própria dignidade, sem é claro, ferir a dignidade do próximo. Já foi demonstrado que atualmente a autonomia opera numa dimensão muito maior no atual modelo constitucional. Existe um conjunto de direitos atrelados às questões físicas, emocionais e sociais dos humanos que já não se aplicam mais apenas abstratamente, mas, estabelecem uma “proteção concreta do indivíduo, mediante a tutela de elementos distintos da sua personalidade.” (RECKZIEGEL; FREITAS, 2016, p. 340).

Por outro lado, sabe-se também que o princípio em comento não está na Constituição explicitamente e por isso pode ser relativizado, pelo fato de não ter um carácter absoluto e por essa razão, pode ser ponderado com os demais princípios e direitos constitucionais que se encontrarem no mesmo nível, restringindo-se ao reconhecimento da existência de muitas especificidades incorporado na seara dos direitos fundamentais que justamente regulam a vida privada (CANTALI, 2009).

2 DA IRRENUNCIABILIDADE DO DIREITO À VIDA

A vida é com certeza o maior bem dos seres humanos e deve ser continuamente cuidada, preservada e protegida ao máximo. Estuda-se muito sobre a origem do planeta terra e tudo o que nele contem. Para aqueles que são crentes em Deus, segue-se confiando plenamente na sua engenharia perfeita e muito bem planejada.

Para os que não acreditam, cultiva-se uma explicação científica construída a base de pesquisas e estudos que apontam prováveis hipóteses da possível formação nuclear da vida humana e planetária.

Entretanto, também existem aqueles que seguem num mar de muitas dúvidas e questionamentos, no qual julgam que tudo continua sendo um grande mistério, mas, contudo, certamente todos, sem exceção, entendem que mesmo sem ter

a certeza da exata origem da vida, sabem que todos os seres vivos devem ser tratados com a devida dignidade e respeito.

São muitas as ideias e os estudos que tratam da origem dos seres humanos com intuito de definir exatamente os seus valores axiológicos, todavia, importa saber que a partir do seu surgimento, a criatura humana se tornou o portador da evolução e deste então não parou mais.

Sofre constantemente profundas transformações em si mesmo e foi considerado o único ser vivo que possui a capacidade de comunicação e raciocínio e o principal da sua essência é o bem do mal. Vive socialmente na busca da própria felicidade e assim constrói concepções no dever ser além da natureza. E nessa sintonia, surgem às primeiras ideias sobre o que vem a ser o humanismo, e por esse motivo, um conhecimento amplo se criou em torno dele, contudo, não trouxe as respostas exatas para as maiores aflições da humanidade. Dentro das várias realidades existentes é de suma importância que o homem se coloque como um fim em si mesmo, ou seja, como valor absoluto. Conforme já comentado, o ponto principal se sustenta na dignidade da pessoa humana e ao respeito pela vida, assim, a partir desse conceito surge um novo humanismo com novas definições por meio das aberturas biológicas e pelos conflitos morais envolvidos que decorrem das novas descobertas em torno da ciência da vida (FABRIZ, 2003).

É claro que cada sociedade atribui um valor diferenciado aos valores da vida de acordo com o entendimento estabelecido a partir de cada cultura e seus costumes. Agora, passaram-se muitos anos até que se reconheceu a vida como um bem jurídico, para então apenas protege-la como tal. Mesmo não havendo garantias sobre a sua proteção, aquele que não a respeitasse e atentava “contra ela, era punido”. As evoluções nesse sentido foram ocorrendo gradativamente. No Brasil, por exemplo, o Código Penal passou a condenar o homicida desde 1830, contudo, estabeleceu-se uma efetiva garantia sobre o direito à vida apenas na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, determinando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida.” (FREIRE DE SÁ; MOREIRA, 2015, p. 68).

Pelo exposto acima, nota-se que o direito a vida não é garantido somente aos brasileiros, mas também a todos que estiverem em território nacional. É um direito que se sobrepõe a todos os demais direitos garantidos constitucionalmente, o que justifica a sua essencialidade. Um direito considerado personalíssimo e intransferível que trata do bem maior, devendo, justamente por esse motivo, ser respeitado e garantido ao máximo. Contudo, resta saber qual é o exato limite do direito à vida, pode de fato ser considerado como absoluto? Diga-se de passagem, que o assunto é bastante controverso e extremamente conflitante, são princípios que entram em total conflito. O direito penal, por exemplo, tem por objetivo proteger ao máximo o direito a vida, começando pela “vida intrauterina, desde que o feto não ponha em risco a saúde ou a vida da mãe.” O que de igual forma também é problemático, sendo que, está se protegendo

uma vida para abrir mão da outra, no caso o feto. A proteção deve-se estender desde a vida individual até ao direito de conviver em sociedade, por meio das garantias constitucionalmente asseguradas para uma vida digna. O Estado tem a incumbência de tutelar aos indivíduos a garantia do acesso aos Direitos Fundamentais que garantem o mínimo existencial, agora, quando um ser humano se encontra em estado de absoluto sofrimento terminal, sem chance de melhoras, entra-se num ponto completamente divergente, que trata do direito de morrer com dignidade (FABRIZ, 2003, p. 266-273).

“O respeito à vida constitui o princípio mais invocado, pelo menos na cultura ocidental, como justificação das normas morais, das regras do direito, das políticas sociais e dos direitos humanos.” A vida acima de tudo, é considerada um valor absoluto que deve ser protegido a todo custo. Para a religião, somente Deus é o mestre da vida e para os descrentes a vida é inviolável e fundamental (DURAND, 2012, p. 153).

Diante de todas as considerações feitas até o momento, elucidando a importância da vida, bem como a autonomia exercida sobre ela em todos os aspectos, é necessário analisar os requisitos e a incidência do valor absoluto da vida humana nas suas extremidades, que no presente caso trata da terminalidade ou em estado grave de saúde.

As ponderações seguem com base na investigação ocorrida no Hospital Evangélico de Curitiba/PR, onde a chefe e sua equipe da Unidade Geral de Tratamento Intensivo, foram acusados de antecipar a morte de vários pacientes com o intuito de liberar vagas. Nesse sentido, considerando os pacientes acometidos de alguma enfermidade e presos numa UTI com chances de sobreviver ou não, pode-se decidir sem uma prévia autorização sobre a vida do paciente, ainda mais no Brasil onde a Eutanásia configura crime de homicídio?! (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CRIME Nº 1.296.464-0, do foro central da comarca da região metropolitana de Curitiba. Tribunal de Justiça do PR. Relator Presidente TELMO CHEREM, julgado em 5 de fevereiro de 2015).

Entendendo o valor da vida e as suas formas de protegê-la, quais são os verdadeiros limites de proteção e intervenção? Em que momento a vida deixa de ser absoluta e passa a ser relativa, a exemplo da situação acima, em estado grave numa Unidade Intensiva de Tratamento, principalmente quando surge a suspeita de violação e atentado a vida através da interrupção dos cuidados e desligamento dos aparelhos? Até que estágio a vida é absoluta e irrenunciável? Com base na situação supracitada e os princípios trabalhados, segue-se para uma possível compreensão.

Usa-se tanto da liberdade, que se nega até mesmo “a existência do próprio Criador” e com isso, por muitas vezes usando da liberdade extrapola-se os limites causando ainda mais sofrimento ao próximo. “Sofrimento nosso ou sofrimento dos outros. Afinal não somos seres isolados no universo, mas estamos todos fortemente interligados”. É válido pontuar que em qualquer gesto que um indivíduo manifesta, interfere de alguma forma na vida do seu semelhante e considerando a forma como muitas vezes certas ações são externadas, acaba causando sofrimentos a um grupo maior de “pessoas, ou a toda coletividade”. (D’ASSUMPCÃO, 1998, p. 86).

3 O CASO DA CHEFE DE UTI DO HOSPITAL EVANGÉLICO DE CURITIBA/PR

Buscando os dados da pesquisa, percebeu-se que o caso teve repercussão geral, amplamente comentado sobre a suposta ação da médica responsável pela UTI Geral do Hospital Evangélico de Curitiba/PR. Uma investigação policial foi realizada a pedido do Ministério Público, com base nas denúncias realizadas por profissionais que atuavam na época junto a Hospital. Tais profissionais relataram sobre a aplicação conjugada de substâncias bloqueadoras da neuromusculatura com anestésicos que teriam causado a morte de pacientes em estado grave. Fala-se também na diminuição da ventilação mecânica e morte por asfixia de sete pacientes além das demais vítimas posteriores que faleceram após o uso dos ‘fármacos pancurônio ou dibesilato de atracurium,’ sem uma prévia justificativa anterior a sua administração, verificado nos prontuários médicos desses pacientes. Os supostos motivos para tal ação hedionda seria a liberação de leitos na UTI. Na decisão analisada por competência de juízo, a autoridade judiciária entendeu que as provas dos delitos teriam, inclusive, ligação com outros casos já em andamento, recomendando-se a reunião dos autos perante um juízo apenas, para facilitar o andamento processual (CONFLITO DE COMPETÊNCIA CRIME Nº 1.296.464-0, do foro central da comarca da região metropolitana de Curitiba. Tribunal de Justiça do PR. Relator Presidente TELMO CHEREM, julgado em 5 de fevereiro de 2015).

O próprio Hospital Evangélico abriu uma sindicância para apurar os fatos e esclarecer os motivos dos óbitos, objetos da ação criminal e demais casos. Para tanto, foi nomeado o médico Dr. Mário Lobato, na época, coordenador da respectiva investigação e auditor do Ministério da Saúde, para trazer a verdade sobre o caso. Nessa sindicância realizada, segundo o médico, o número de casos seria muito maior do que os já investigados judicialmente e aponta o medicamento “Pavulon” como uma das substâncias utilizadas pela equipe, além da diminuição do uso de oxigênio. O caso foi denunciado por formação de quadrilha e homicídio duplamente qualificado. Mencionou nessa mesma entrevista que alguns pacientes ainda estariam acordados e conscientes minutos antes da morte (ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA; FANTÁSTICO, 2013).

Mesmo que o caso já esteja concluído, a situação induz ao raciocínio crítico sobre a realidade fática das UTIs, bem como o conflito de interesses e princípios sobre a vida dos pacientes.

Partindo para os dizeres teóricos, verifica-se uma evolução exagerada no campo biotecnológico que permite o uso de tratamentos e intervenções procedimentais o qual não se sabe como isso é percebido pelo indivíduo internado numa UTI, por exemplo. “Uma unidade de terapia intensiva moderna é um lugar inesquecível.” Nesse lugar só estão pessoas em estado crítico que obrigatoriamente necessitam desses respectivos cuidados, ou seja, “só estão vivos por estarem ali. Vivos, mas cercados de

aparelhos eletrônicos, todos complexos. São fios e tubos que entram e saem de orifícios, pontos na pele e cavidades do paciente.” (FREIRE DE SÁ; MOREIRA, 2015, p. 68).

Toda essa dependência inspira uma análise cuidadosa a respeito do cumprimento das normas e princípios bioéticos sobre a vida dos pacientes internados, haja vista estarem no poder das equipes responsáveis pelas Unidades Intensivas. Isso gera muita inquietação com toda certeza, pois, aqueles que estão nas mãos dos profissionais de uma UTI, dependem exclusivamente destes e acima de tudo, suas vidas lhes são inteiramente confiadas.

A investigação do caso em comento apontou como uma das supostas causas, a falta de ventilação mecânica e sabe-se que os “repiradores e marcapassos cardíacos” devem permanecer ligados de forma contínua até que se obtenham as melhoras esperadas ou até que venha a falecer (FREIRE DE SÁ; MOREIRA, 2015, p. 69).

O mais preocupante é que no presente caso não tem registros de que se tratava de pacientes terminais e sim de casos graves, cujas possibilidades poderiam ser para a vida e não para a morte. Sobre essa suposta conduta grita-se para o artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, com veemente determinação da “inviolabilidade do direito à vida”, um princípio defensor do nosso bem maior para que seja protegido independentemente de qualquer interesse (BRASIL, 1988).

Pela razão acima é que tanto se desenvolveu os recursos biotecnológicos, que permitissem aos médicos prolongar a vida de forma artificial mesmo que já não exista mais qualquer possibilidade de cura, proporcionando nesse sentido uma situação diversa onde o médico possui praticamente todo controle sobre o tempo e a “forma de morrer” (CARVALHO, 2001, p. 61).

A presente situação direciona o raciocínio para a regulamentação estabelecida no Código de Nuremberg que a obrigatoriedade do “consentimento voluntário do ser humano” de forma essencial e absoluta, ou seja, aquele que for submetido a qualquer intervenção deve ser “legalmente capaz de dar o consentimento” para diminuir uma possível diminuição de ventilação mecânica, por exemplo. E isso ainda deve ser feito apenas em casos extremos de terminalidade. Essa escolha não pode de forma alguma estar vinculada a qualquer coação, fraude ou restrição que impeça o sujeito de tomar a decisão lucidamente (TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG, 1949).

Nesse caso, em se tratando de uma situação terminal, obrigatoriamente deveria acompanhar no prontuário do respectivo enfermo, uma declaração prévia, manifestando a sua vontade, caso dependesse apenas dos aparelhos para continuar vivo e sem chances de qualquer melhora. Defende a vida humana desde o ventre da mãe e assim deve prevalecer até a última circunstância se assim for da vontade do indivíduo.

Sendo assim, o direito de morrer com dignidade deve ser garantido quando solicitado, no momento em que a reanimação é praticada reiteradas vezes com o uso de aparelhos que substituem as funções cardíacas e respiratórias por meio da ventilação mecânica. Como “essas atividades podem ser artificialmente mantidas durante longos

períodos”, apresentou-se a necessidade de modificar o “conceito clássico de morte”. O início de tudo isso se deu com a “morte encefálica”, no qual, as “funções cerebrais” cessam definitivamente, “com falência completa da atividade” naquele órgão. Nesse caso, o médico identificando esse fato, já não tem mais a obrigação de seguir com os procedimentos terapêuticos ou de realizar qualquer outra intervenção (CARVALHO, 2001, p. 106).

Vale dizer que na intensão de proteger integralmente todas as características pessoais do indivíduo, a necessidade também está em saber que todo sujeito é dotado de um “um direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade”, no qual, depende ser manifestado para que se conheçam as “deliberações de aspecto íntimo cujas razões a racionalidade explica, por que analisa o fenômeno decisório externamente”, do contrário não é possível compreender ao exato o “ânimo que o sustenta” na sua individualidade (PONA, 2015, p. 228).

A responsabilidade aflora no momento em que se avaliam os resultados de uma ação em querendo que fosse boa, descobre-se que na verdade ocasionou péssimos resultados, mesmo não havendo a intenção de causar qualquer dano, mas a falta de compreensão ou conhecimento dos fatos leva ao engano. Do ponto de vista espiritual, o entendimento que se tem é “que jamais Deus andaria com uma sacola cheia de tumores malignos, pernas quebradas ou doenças incuráveis, distribuindo a seu bel-prazer para suas indefesas criaturas”. O que se quer dizer é que são os próprios indivíduos que interferem no curso existencial da natureza humana e acabam destruindo e modificando a genética ao ponto de originar doenças ainda mais graves. (D’ASSUMPCÃO, 1998, p. 87).

Foi com base nas situações vivenciadas nos hospitais e clínicas de atendimentos médicos, inúmeros diagnósticos incuráveis e sofrimentos intermináveis que o Conselho Federal de Medicina criou a Resolução nº 1.805/2006, autorizando o médico na suspensão ou limitação do tratamento médico quando o doente apresentar em seus exames clínicos, enfermidades incuráveis com sinais evidentes de que já não resolve mais a intervenção de qualquer procedimento ou tratamento. Desse modo, o objetivo da resolução é proporcionar ao paciente em estágio terminal, o alívio dos sintomas causadores do sofrimento e na prestação de uma assistência integral respeitando acima de tudo a vontade do enfermo (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

A ciência da Bioética, nesse sentido, é considerada uma fiel auxiliar para suprir as lacunas que vão surgindo no decorrer de cada caso, visto que todo enfermo possui suas particularidades e reações diversas do que se espera geralmente. O auxílio mencionado se dá pelo cultivo de afinidades que a ciência da Bioética preserva com as demais áreas humanísticas que diariamente lidam com a saúde e a vida como um todo, supridas por meio das biotecnologias de alta complexidade. Assim, devido ao poder conferido aos profissionais através do uso dessas tecnologias, é que surge a reflexão sobre a ética dos atos e a sua responsabilização no sentido de confiar ao paciente uma conduta humanizada por parte dos médicos e demais profissionais (VIEIRA, 2006, p. 13-15).

Toda essa trajetória deve ser cuidadosamente administrada pelo médico que por sua vez, já não pode mais se ater simplesmente aos limites biológicos e sim observar o “conjunto de direitos que se reserva ao paciente terminal”, sendo que essa responsabilidade aumenta ainda mais quando o caso se tratar de uma gravidade que pode vir a curar (CARVALHO, 2001, p. 88).

Foi por esse motivo que no ano de 2010, lançou-se o novo “Código de ética médica” de acordo com as atualizações mais recentes da medicina, introduzindo-se assim, novas regras para o século XXI, com um olhar voltado especificamente para as questões mais perplexas da atualidade e sobre as particularidades mais imprevistas enfrentadas pelo doente. Com base nesse entendimento, o Código de Ética dispõe indicações para médicos e pacientes sobre a conduta ideal a ser observada, com amparo nos “princípios éticos da autonomia, da beneficência, da não maleficência, da justiça, da dignidade, da veracidade e da honestidade”. Do mesmo modo, o inciso XXI do Código de ética Médica traz justamente sobre as decisões que efetivamente precisam ser tomadas pelos profissionais que devem se ajustar conforme as diretrizes aprovadas e de acordo com as escolhas dos doentes no que diz respeito “aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.” (D’ ÁVILA, 2010, p. 23-31).

Dessa forma, “da condição de pessoa advém, necessariamente, a posição sujeitos de direitos”, ou seja, pelo simples fato de ter nascido, o ser humano passa a “figurar em determinadas posições jurídicas subjetivas” que exigem dele certa postura, ou que lhe dará o direito de agir, ou então de se proteger de “terceiros, inclusive do estado.” (PONA, 2015, p. 233).

Consoante aos casos da UTI supracitada, “mesmo com os mencionados avanços, a finitude da vida ainda permanece como uma verdade incontestável”, devendo ser pensado diferente, quando se tratar de paciente terminal, cuja visão se modifica, tendo em vista, casos graves considerados incuráveis (MENEZES, 2015, p. 47).

Por essa razão, “a melhor conduta é aquela que prima pela revelação ao paciente ou ao seu responsável, sobre tudo àquilo que for necessário para uma tomada de decisão verdadeiramente esclarecida.” Para tanto, deve-se observar a forma de transmitir todas essas informações, isso exige da equipe médica um acompanhamento especializado. Assim entende-se porque o relacionamento do médico com o enfermo vai muito além dos compromissos clínicos (CARVALHO, 2001, p. 89).

CONCLUSÃO

Concluiu-se com o presente estudo que existe a necessidade de se criar uma conscientização a respeito da conduta exercida nos Centros de Tratamentos Intensivos, pelos médicos e suas equipes, no sentido de que os pacientes sejam respeitados nos limites bioéticos estabelecidos. Do mesmo modo, seja observado o

cumprimento das normas do Código de Ética médica nas ações do médico sobre o enfermo e assim, trabalhar com o paciente ou com os seus familiares sobre a situação patológica em questão, suas possíveis chances ou consequências para que se possa garantir o justo e o correto sobre a vida que está em jogo. A importância está no ato do paciente ou familiar de informar a sua vontade, se permite ou não realizar todas as possibilidades disponíveis em termos de tratamento ou intervenção, caso seja um estágio terminal, lembrando que para tal ato o paciente, pela autonomia da vontade determina ou autoriza o que deseja e o que não deseja. Essa previsão limita-se ao diagnóstico, que, preenchendo os requisitos mínimos para convalidar a manifestação de vontade, poderá o médico, deixar de aplicar o medicamento ou procedimento. Por isso que nesses casos, torna-se imprescindível o exercício da autonomia na relação médico-paciente, o qual, o médico obrigatoriamente deverá observar o determinado de acordo com as Resoluções do Conselho Federal de Medicina. Em se tratando de enfermo em estado grave, a regra constitucional rege pela preservação da vida em todas as suas formas, devendo, desse modo, ser observado por todos os profissionais da saúde pelo cumprimento máximo da dignidade da pessoa humana. Verificou-se também que o princípio basilar da Constituição alcançará seus objetivos com o auxílio da autonomia da vontade, haja vista quem declara os seus desejos e necessidades, é o único habilitado a saber do grau de sofrimento e dor que está enfrentando.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. *AMIB é fonte para mais de 80 veículos de comunicação no mês de março*. 10 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.amib.org.br/noticia/nid/amib-e-fonte-para-mais-de-80-veiculos-de-comunicacao-no-mes-de-marco/>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

AUDITOR DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sofri pressão para não ampliar investigações*. 2013. Disponível em: <<http://www.medicinaintensiva.com.br/mario-lobato-uti.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jul. 2018.

BRASIL. Lei n. 10406, 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: 29 jul. 2018.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA CRIME. Nº 1.296.464-0. *Decisão Judicial*. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-PR/attachments/TJ-PR_CJ_12964640_d541d.pdf?Signature=EviUQPB4xntEH3S4e2q8G%2BMkNg8%3D&Expires=1532541337&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8277019188f23f98b4005b5b4b3936aa>. Acesso em: 29 jul. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 1.931*. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM Nº 1.805/2006*. Brasília, DF, 09 nov. 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 21 nov. 2016.

D'ASSUMPCÃO, Evaldo Alves. *Comportar-se fazendo Bioética para quem se interessa pela ética*. Petrópolis: Vozes, 1998.

D'AVILA, Roberto Luiz. Um novo código para um novo tempo. *Portal Médico*, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/artigo4.htm>>. Acesso em: 02 maio 2017.

DURAND, Guy. *Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FANTÁSTICO. Número de mortes induzidas em hospital de Curitiba pode ser maior. *G1*, 24 mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/03/numero-de-mortes-induzidas-em-hospital-de-curitiba-pode-chegar-300.html>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para Morrer: eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

FREITAS, Riva Sobrado de; ZILIO, Daniela. O direito à morte digna sob a perspectiva do direito à autonomia do paciente terminal. *Revista de Biodireito e Direitos dos Animais*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 196-212, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/281/pdf_1>. Acesso em: 29 jul. 2018.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Renata Oliveira Almeida. *Ortotanásia: o direito à morte digna*. Curitiba: Juruá, 2015.

PONA, Éverton Willian. *Testamento Vital e Autonomia Privada: fundamentos das diretivas antecipadas de vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.

RECKZIEGEL, Janáina; FREITAS, Riva Sobrado. A autonomia decisória e os benefícios da clonagem terapêutica com células-tronco embrionárias: um estudo de caso – adi n. 3.150. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 17, n. 1, jan./abr. 2016, p. 331-350. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/8622/pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

RIESENFELD, Stefan A. Private Autonomy and Power Imbalances. *Issues in Legal Scholarship*, 2006. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?term=private+autonomy&collection=journals&searchtype=advanced&type=text&tabform=&other_cols=yes&submit=Go>. Acesso em: 29 jul. 2018.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos*. Brasília, DF: Editora Consulex, 2006.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Código de Nuremberg. Julgamento de criminosos de guerra perante os Tribunais Militares de Nuremberg. *Control Council Law*, v. 10, n. 2, p. 181-182, 1949. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/codigo_nuremberg.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2016.

A PUBLICAÇÃO DOS PROVENTOS PERCEBIDOS PELOS SERVIDORES PÚBLICOS EM PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA: ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Diego Roberto Barbiero¹

O presente trabalho buscará abordar, em rápidas linhas, a existência (ou não) de violação ao direito à privacidade e à proteção dos dados dos servidores públicos em razão da disponibilização, nos portais de transparência, não só dos vencimentos equivalentes à categoria a que pertence, de forma genérica, mas sim de seus proventos reais, incluindo até mesmo vantagens transitórias - bem como se há, ou não, limites para a especificação dos objetos específicos que compõem a estrutura remuneratória do agente público.

Para tentar responder ao objetivo proposto, buscar-se-á as razões principiológicas que se colocam em posição de aparente conflito (direito à privacidade, à proteção de dados, à informação, à transparência da gestão e a uma administração proba) e, a partir disso, traçar os pontos positivos - e negativos - de interferência de um princípio sobre outro.

Como referencial teórico para a tentativa de solução adotar-se-á a teoria da ponderação, de Robert Alexy, como forma de minimizar o grau de subjetividade na interpretação, primeiramente, dos princípios abstratamente considerados, e, após, do caso concretamente colocado em estudo - que, para fins meramente ilustrativos, será a estrutura remuneratória de um servidor ocupante de um cargo de livre nomeação e exoneração no âmbito de uma administração pública municipal, que, no caso, será a do Município de Xaxim, Estado de Santa Catarina.

Ao final, buscar-se-á demonstrar que, frente à necessidade de tutelar, com maior efetividade, o direito coletivo a uma administração proba e justa, o direito à privacidade do agente público, no que toca especificamente à remuneração recebida - porquanto se trata de um gasto público - sofre uma mitigação, preservando-se, no entanto, dados sensíveis que digam respeito a situações que não são de interesse público, como, por exemplo, descontos referentes a empréstimos contraídos ou pensões alimentícias.

¹ Mestrando pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

1 O DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

No mundo ocidental, a era das revoluções marcou o início da consolidação dos direitos humanos. A Revolução Francesa constituiu, por cerca de dois séculos, o modelo ideal para todos os que combateram pela própria emancipação e pela libertação do próprio povo, e a Declaração dos Direitos de 1789 elevou a dogma político a liberdade conquistada na esfera da ideia pelo mundo greco-romano, a igualdade conquistada pelo mundo cristão, e a fraternidade, que é a consequência imediata dos dois termos (BOBBIO, 2004, p. 86).

Häberle (2013, p. 46) afirma que a cláusula da dignidade humana, especialmente nas modernas constituições, vem sendo expressa já no preâmbulo das cartas; algumas, porém, optam por normatizar a dignidade e integrá-la em seu próprio texto, provocando a interpretação judicial por tribunais constitucionais quando há possíveis colisões de direitos fundamentais.

Da aceitação da ideia de existência, de fato, de Direitos Humanos, ou seja, da necessidade de se reconhecer alguns direitos imanentes ao seres humanos ligados à natureza do ser (BARROSO, 2015, p. 65), as constituições contemporâneas passaram a expressamente prever esses direitos como verdadeiras garantias de seus cidadãos. E, a partir do momento em que a leitura dos direitos humanos passa a ser vista sob uma teoria de um direito positivo de determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 2015, p. 32), sua nomenclatura é erigida ao conceito de “direitos fundamentais”.

A Constituição da República Federativa do Brasil em vigência, datada do ano de 1988, ficou socialmente conhecida como “Constituição Cidadã” justamente por ter encerrado um ciclo de restrição de um grande número de direitos fundamentais e ter trazido, em seu texto, normas garantidoras desses direitos.

Entre os direitos de primeira dimensão (ou geração), assim conceituados como aqueles de cunho individual e de afirmação do indivíduo frente ao Estado (SARLET, 2015), que assumem um caráter eminentemente negativo, estão os ligados à preservação da intimidade e da vida privada, que decorrem justamente de um conceito mais amplo de dignidade.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, o direito à intimidade e à vida privada encontra-se expresso no art. 5º, inciso X, ocupando lugar de destaque no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, e se presta a assegurar a todos os dados e informações que a pessoa deseja manter preservados, não permitindo que sejam acessados para além de sua esfera privada (GONÇALVES, 2015, p. 603).

Assim, o direito à preservação dos dados, ainda mais em uma sociedade de informação, aparece como verdadeiro desdobramento dos conceitos de intimidade e vida privada e abstratamente permite ao indivíduo manter adstrita à sua esfera individual de proteção informações relativas aos seus ganhos, soldos, salários ou proventos.

Consequentemente, seria a proteção constitucionalmente garantida a esses direitos que justificaria, em tese, a proibição de divulgação de dados relacionados à estrutura remuneratória dos servidores públicos: afinal, não obstante a ocupação momentânea de um serviço ao bem público, tratam-se de pessoas que, inseridas na sociedade brasileira, estariam protegidas da ação do Estado em relação a tais direitos.

2 A SITUAÇÃO ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO PELA PRÓPRIA NATUREZA DE SUA CONDIÇÃO

A dignidade – e seus desdobramentos – não pode ser conceituada de uma maneira fixista, pois uma definição exata não se harmonizaria com o pluralismo de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. A dignidade também possui, assim, um sentido cultural (fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo) (SARLET, 2013, p. 27), e que, a todo o momento, guarda similitude com o contexto histórico e social vivenciado.

Com os direitos de primeira dimensão (ou geração) também convivem, na ordem jurídica nacional, aqueles ligados aos interesses sociais elevados à conceituação de verdadeiros direitos coletivos, cuja tutela é julgada como oportuna para o progresso material e moral da sociedade, dentre os quais a Constituição da República identifica, por exemplo, a preservação do patrimônio público e da moralidade administrativa (ZAVASCKI, 2005, p. 40).

Nesse aspecto, e tendo em vista que a corrupção, face negativa da (ausência) de moralidade e probidade administrativa, ocupa lugar de destaque na produção acadêmica nacional (MAGNAGNO, 2017, p. 161) e, mais popularmente, nas conversas cotidianas e nas aspirações de um futuro melhor externadas pela população brasileira, mostra-se cabível o questionamento sobre a possibilidade de relativização dos direitos à preservação da intimidade e da vida privada e, conseqüentemente, de publicar os proventos do agente público para garantir maior eficácia aos interesses coletivos.

Assim, muito embora a privacidade seja uma questão sempre sensível em se tratando não só das atividades públicas desenvolvidas pelos servidores, mas especificamente em relação à esfera de sua intimidade, a prevalência da sua preservação poderá resultar numa dificuldade de alcance de um governo eficiente e livre de corrupção (WALD, 1990, p. 301).

Afinal, o reconhecimento de novos direitos “de” (relativo ao sujeito) implica no aumento de direitos “a” (relativo ao objeto), cujo avanço é notado em três processos: o primeiro marca a passagem dos direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais; o segundo, a passagem do indivíduo individualmente considerado para sujeitos mais amplos, como família, minorias e humanidade em conjunto; o terceiro, do homem genérico ao homem específico (homem e mulher, criança, idoso, enfermo), tomado na diversidade dos diversos status sociais (BOBBIO, 2004, p. 63).

3 O DIREITO À INFORMAÇÃO E À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. A TRANSPARÊNCIA DOS GASTOS PÚBLICOS

Se, de um lado, os direitos à intimidade e à vida privada estão constitucionalmente garantidos sob um caráter de proteção do indivíduo, de outro, há direitos de terceira dimensão (ou geração) que, visando a tutela coletiva, ensejam a relativização da proteção primária para alcançar um objetivo mais abrangente.

De fato, a ordem constitucional também garante que o acesso aos documentos públicos é um direito fundamental do cidadão e um dever de informação do Poder Público (art. 5º, inciso XXXIII), tendo tal garantia o objetivo de instrumentalizar o exercício da cidadania e fortalecer as instituições do Estado Democrático de Direito.

Mas adiante, a Constituição da República também incumbe à administração pública a gestão da documentação governamental e a adoção das providências necessárias para franquear a consulta a quantos dela necessitem (art. 216, § 2º), tendo sido o comando normativo-constitucional regulamentado, no plano legal, pela Lei Federal n. 8.159/91, que instituiu a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados e grafou, em seu art. 1º, ser dever do Poder Público a gestão documental e a de proteção especial a documentos de arquivos, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico, e como elementos de prova e informação.

A Lei Federal n. 8.159/91 ainda estabeleceu, em seu art. 4º, o direito aos cidadãos de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Nesse interesse “coletivo ou geral” se insere a moralidade administrativa, assim entendida como o conjunto de regras de conduta referente à disciplina interior da administração e imposta ao agente para sua conduta interna, de acordo com as exigências e finalidades da instituição a que serve (SILVA, 2015, p. 1112).

O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso tem, portanto, natureza transindividual e decorre do próprio conceito de Estado Democrático e tem como titular o povo, não pertencendo a ninguém individualmente, mas que deve ser exercido em seu nome e benefício (ZAVASCKI, 2005, p. 90-91).

No plano infralegal, dando maior suporte à natureza coletiva do direito à probidade administrativa, a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/11) determinou aos órgãos de administração e às entidades públicas (art. 8º) o dever de promover, independentemente de requerimentos, a divulgação, em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

Trata-se da afirmação da transparência pública como instrumento imprescindível à ampliação dos mecanismos de fiscalização, por parte da sociedade, dos recursos públicos recebidos pelas Administrações Públicas Municipais, e à garantia do acompanhamento de sua devida e efetiva aplicação nos fins a que se destinam.

É de se ver, nesse contexto, que a Lei de Acesso à Informação trouxe efetivos mecanismos para aprimorar a fiscalização dos gastos públicos e, em consequência, minimizar os efeitos dos atos de corrupção, já que, em uma administração transparente, o caminho da ilegalidade torna-se mais dificultoso. Pode-se dizer, portanto, que a Lei de Acesso à Informação tem papel importante enquanto instrumento jurídico de combate à corrupção justamente por possibilitar esse controle social sobre a conduta dos gestores (LEAL DA SILVA, 2016, p. 2).

É imprescindível, aliás, que, para a salvaguarda do direito coletivo à administração proba, a ideia de transparência na esfera pública encontre emancipação do campo puramente legal para se tornar instrumento de efetivo controle, sobretudo porque, passados mais de 6 (seis) anos da entrada em vigor da lei, a posição do Brasil no ranking de percepção da corrupção divulgado pela «Transparência Internacional» continua vexatória - no ano referência de 2017, o Brasil ocupou, juntamente com Colômbia, Indonésia, Panamá, Peru, Tailândia e Zâmbia, a 96ª posição entre 180 Estados pesquisados.

A transparência passa, assim, a ser uma exigência moral, vista como sinônimo de “luta contra a corrupção”, já que a liberdade (coletiva) é mais bem protegida pela luz do que pela sombra (LEMOS, 2010, p. 66-67).

De outro lado, há de se ter cautela quanto ao alcance da transparência e da informação acessível, sobretudo porque, embora tragam um grande passo ao Direito, as novas tecnologias de informação e comunicação devem ser constitucionalmente interpretadas com a utilização de técnicas de controle e de reparação contra a violação de direitos (MOZETIC, 2018, p. 61) que não são de interesse público.

4 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA DE ROBERT ALEXY. A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Pelo que foi visto até o momento, a situação da publicidade dos vencimentos de um servidor público coloca em contraposição, de um lado, o direito individual do agente público à privacidade, à proteção dos dados e à intimidade e, de outro, o direito coletivo à informação e à transparência dos gastos públicos como máximas necessárias a uma administração eficiente e, quem sabe, livre de corrupção.

O referencial teórico para a solução do impasse, consoante alinhavado na introdução, será a técnica desenvolvida por Robert Alexy na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

De acordo com a essência da citada obra, existe grande instabilidade e insegurança (jurídica) na forma como o Judiciário resolve as questões de conflitos entre direitos tidos como fundamentais.

De fato, o julgador não poderia tomar sua decisão de forma discricionária; porém, os julgadores enfrentam vários problemas que os levam ao caminho da discricionariedade: a vagueza e a abstração do texto constitucional, que não delimita a extensão dos direitos fundamentais; a interpretação constitucional sobre o alcance dessas normas comumente não alcança consenso; as avaliações, na maioria dos casos práticos, são subjetivas e levam em consideração ideologias; há excessiva vinculação dos direitos à jurisprudência (a jurisprudência passa a ser o foco, não o direito fundamental em si); a dupla vagueza (da norma constitucional e da interpretação judicial); todos esses fatores contribuem para dificultar uma solução objetiva ao caso posto em análise.

Para resolver o problema da discricionariedade, é preciso construir respostas racionalmente fundamentadas. Assim, seguindo esse referencial - e o caminho trilhado pelo próprio autor -, é necessário, primeiramente, buscar entender se, de fato, há um conflito entre regras, entre princípios ou entre regras e princípios. Afinal, a distinção entre regras e princípios "é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais." (ALEXY, 2015, p. 85).

Regras e princípios, esclarece Alexy (2015, p. 91-92), são, ambos, espécies de norma, pois dizem o que deve ser; logo, a distinção entre regras e princípios é, em verdade, uma discussão entre duas espécies de norma: princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas contendo, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Com isso, chega-se à conclusão que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

Se há um conflito entre regras, a solução possível será sempre a inclusão de uma cláusula de exceção ou a declaração de invalidade de uma delas; a colisão de princípios, porém, não segue a mesma lógica: um precederá outro sem a necessidade de declaração da invalidade ou imposição de cláusula de restrição a qualquer deles. É dessa colisão - e da própria natureza dos princípios - que exsurge a máxima da proporcionalidade.

Vendo dessa forma, é possível concluir que, seja sob a ótica da proteção da privacidade e da intimidade, seja da tutela da transparência e do acesso à informação, está-se diante de um conflito de princípios, não de regras; de princípios que decorrem da efetivação de direitos fundamentais de primeira e de terceira dimensões (ou gerações) e que, por isso, devem ser analisados e sopesados sob o enfoque da proporcionalidade e seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Esses três subprincípios buscam, conjuntamente, um ideal de otimização: enquanto a adequação e a necessidade representam uma possibilidade fática de aplicação, a proporcionalidade em sentido estrito está relacionada à viabilidade legal de aplicação.

Diante de uma colisão de direitos, a solução pela prevalência de um ou de outro, na teoria de Alexy, passa pela análise inicial desses três subprincípios: primeiro, busca-se a existência de um meio adequado que consiga promover o fim almejado com a mínima infringência ao princípio; depois, questiona-se a necessidade desse meio (ou se há outro menos restritivo ao direito preterido); por fim, se ainda não solucionado o impasse, faz-se o uso da ponderação.

Por meio de uma análise simplificada da técnica (de amplitude e densidade muito superiores à proposta deste trabalho), os direitos fundamentais colidentes são colocados em contraposição e, inicialmente, estabelece-se o peso abstrato que têm no ordenamento (G); na sequência, busca-se medir do grau de intensidade da intervenção de um direito fundamental em outro (I); e, por fim, a graduação da importância do direito fundamental justificador da intervenção com base no caso concretamente analisado (S).

Para cada etapa são utilizados os conceitos de leve (1), médio (2) e grave (4) para medição do peso de afetação. Assim, matematicamente falando, ter-se-á uma equação que objetiva demonstrar qual dos direitos colidentes terá prevalência. Argumentativamente, a equação demonstrará o caminho da fundamentação e apresentará resultados com o menor grau de objetividade possível.

5 APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY A UM CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE DE DIVULGAÇÃO DOS VENCIMENTOS DE UM SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO NO MUNICÍPIO DE XAXIM, ESTADO DE SANTA CATARINA

Os direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração), como visto, são aqueles de cunho eminentemente individual e que exigem uma abstenção estatal; são, assim, os que há mais tempo se encontram solidificados na estrutura jurídica das nações ocidentais e, sem a observância deles, não há falar em democracia.

De mesma forma, a observância dos direitos de terceira dimensão é essencial para o fortalecimento e para a consolidação de uma democracia fundada em um governo que se orienta para a busca do bem comum.

O caso específico tratado é emblemático sob o aspecto da probidade administrativa, já que, não raras vezes, ações civis públicas para responsabilização por atos de improbidade administrativa são propostas justamente pela má utilização dos cargos comissionados: alguns desempenham regularmente suas funções, mas são orientados a devolver parte do salário; outros recebem o salário e não servem, objetivamente, à administração, figurando como verdadeiros servidores fantasmas.

A transparência surge, então, como fator importante para o controle social dessas situações: afinal, em vista da publicação, em portais de transparência, das folhas nominais dos servidores públicos, pode qualquer cidadão questionar, por exemplo, a incompatibilidade da condição social ostentada por um servidor (vive em dificuldade econômica, mas tem um salário elevado) ou mesmo o exercício, de fato, da função para a qual foi nomeado.

Em ambos os casos, a mera descrição do gasto público sob uma cifra genérica (expressando, por exemplo, o valor abstrato da remuneração da classe “servidores comissionados”) em nada auxiliaria na fiscalização e na busca da minimização dos atos de corrupção.

Eis, então, o conflito de direitos: para haver real transparência e acesso, de fato, à informação, é imprescindível que a publicação da folha de pagamento dê-se de forma individualizada e nominal, o que atinge a privacidade e a intimidade do servidor. Ofensa ainda maior haverá, por exemplo, se, ao bem da transparência total, houver a divulgação nominal e pormenorizada de rubricas não ligadas diretamente ao interesse público (como, por exemplo, descontos em razão de dívidas pessoais).

O caso concreto será de um servidor ocupante de cargo comissionado, sem vínculo efetivo com a administração, no Município de Xaxim, Estado de Santa Catarina, no mês de junho de 2018.

O acesso inicial ao Portal da Transparência permite verificar, desde logo, que estão ocupados, no âmbito do Poder Executivo Municipal, no mês de referência, 68 cargos de provimento em comissão. Essa informação, por óbvio, não é colidente com qualquer direito à intimidade ou à privacidade, pois apenas diz respeito à estrutura administrativa e permite, de antemão, traçar um diagnóstico sobre o percentual de ocupação de cargos de provimento em comissão.

Expandindo o item de transparência, é possível verificar o nome de todos os ocupantes desses cargos. Aleatoriamente, escolheu-se, para verificação, o Secretário Municipal de Saúde de Xaxim. Apenas um clique em seu nome traz uma série de informações. E é então que começam os primeiros embates, pois dados pessoais são mostrados ao bem da transparência.

Seguindo o postulado da ponderação de Robert Alexy, tem-se, de um lado, os direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e à proteção dos dados (P1). Todos eles, abstratamente considerados (G), têm um peso de elevada importância ($G \times P1=4$). De outro lado, os direitos fundamentais coletivos de acesso à informação, à transparência dos gastos públicos e, como consequência, a uma administração com reduzido grau de corrupção (P2). Por si só considerados (G), de igual forma, ostentam elevado ($G \times P2=4$) peso abstrato.

Num segundo plano, em que se verifica a importância da satisfação do princípio oposto (I), é possível concluir que a prevalência de P2 (acesso à informação, transparência e gestão proba) afeta gravemente ($I \times P2=4$) os direitos fundamentais do

grupo P1 (privacidade, intimidade e proteção de dados); a lógica inversa (afetação de P2 pela prevalência de P1) resultará idêntica, com peso grave de afetação (IxP1=4).

No caso concretamente avaliado (terceiro plano - S), porém, haverá prevalência de P2 desde que os dados informados digam respeito, exclusivamente, ao interesse público: a uma porque, pela própria condição de servidor, o direito à privacidade dos vencimentos é abrandado por se tratar de gasto público (o peso de afetação de P2 sobre P1 será, portanto, médio: $SxP1=2$); e, a duas, porque o contrário tornaria inócuos os princípios de transparência e de acesso à informação (a afetação de P1 sobre P2 seria máxima: $SxP2=4$).

A colocação, de outro lado, de dados pessoais e não ligados à condição de servidor, afetaria ao máximo (4) os direitos do grupo P1 ($SxP1=4$); a ocultação de tais dados, de outro lado, em nada alteraria (1, peso leve) a a informação daquilo que é de interesse público ($SxP2=1$).

Detalhamento da remuneração

Matrícula:	7747
Nome:	
CPF:	***.478.***-08
Secretaria/Órgão:	PREFEITURA MUNICIPAL DE XAXIM
Lotação:	SECRETARIA DE SAÚDE
Data da admissão:	05/01/2017
Vínculo empregatício:	Agente Político
Situação:	Ativo
Cargo efetivo:	Não
Data de demissão/exoneração:	
Ato de demissão/exoneração:	
Carga horária:	200

Cargo

Tipo de cargo:	Comissionado
Cargo:	SECRETÁRIO MUNICIPAL
Lei:	LC 51/2009
Data da lei:	13/02/2009

Remuneração em Junho de 2018

SUBSÍDIO:	R\$ 7.780,00
Remuneração Total:	R\$ 7.780,00
I.N.S.S.:	-R\$ 621,03
I.R.R.F.:	-R\$ 995,08

É de se destacar, ainda, que, no dia 23 de abril de 2015, a questão da divulgação dos vencimentos e vantagens percebidos pelos servidores públicos foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.777), tendo sido o acórdão assim ementado:

CONSTITUCIONAL. PUBLICAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO MANTIDO PELO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, DO NOME DE SEUS SERVIDORES E DO VALOR DOS CORRESPONDENTES VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE. 1. É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. 2. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Assim, é possível concluir que bem andou a administração pública de Xaxim ao publicar o nome e a matrícula do servidor ocupante do cargo de Secretário Municipal de Saúde, pois tais dados são de interesse público, e ocultar parte de seu CPF. E, quanto aos rendimentos, há publicidade dos valores referentes à remuneração total e aos descontos legais (INSS e IRPF), nada dizendo sobre eventuais descontos pessoais (folha de pagamento disponível para consulta pública abaixo ilustrada, com a ressalva que o nome do servidor foi ocultado unicamente por se tratar de um trabalho acadêmico).

CONCLUSÕES

A utilização da técnica da ponderação de Robert Alexy permitiu concluir que, havendo colisão de direitos fundamentais, não haverá a exclusão de um ou de outro, ou a inserção de uma cláusula de exceção, como ocorre com as regras, mas sim a preponderância de um deles e a mitigação do outro que, de nenhuma forma, terá suprimido seu núcleo essencial.

Após analisar quais os direitos fundamentais estariam em situação de conflito no caso proposto, a aplicação do postulado permitiu apontar, com reduzido grau de discricionariedade e subjetivismo, que, em se tratando de divulgação dos proventos dos servidores públicos, o interesse coletivo à informação, à transparência e à redução da corrupção prepondera sobre a intimidade e a proteção individual desses dados, desde que os dados divulgados digam exclusivamente a assuntos de interesse público; do contrário (divulgação de dados eminentemente pessoais), a conclusão será inversa.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 8.159, de 08 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 jan. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8159.htm>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. Publicação, em sítio eletrônico mantido pelo Município de São Paulo, no nome de seus servidores e do valor correspondente dos vencimentos. Legitimidade. Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.777. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrida: Ana Maria Andreu Lacambra. Relator: Ministro Teori Zavascki. *JusBrasil*, 23 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.as?ps1=000277060&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). *Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional. Volume VIII. Direitos e Garantias Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33-95.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. 26. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

GONÇALVES, Andrey Felipe Lacerda. BERTOTTI, Monique. MUNIZ, Veyzon Campos. O Direito Fundamental à Privacidade e à Intimidade no cenário brasileiro na perspectiva de um direito à proteção de dados pessoais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). *Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional. Volume VIII. Direitos e Garantias Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 597-614.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 45-103.

LEAL DA SILVA, Rosane; ROSPA, Aline Martins. A relevância da lei de acesso à informação no combate à corrupção. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 13., 2016. *Anais...* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/16048>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

LEMONS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulus, 2010.

MAGNAGNAGNO, Odirlei Antônio. LUCIANO, Ediana Mezzomo. WIEDENHÖFT, Guilherme Costa. Redução dos Níveis de Corrupção no Brasil: Qual o papel da Tecnologia da Informação e Comunicação? *Revista Gestão.Org*, v. 15, p. 157-170, 2017. Edição Especial.

MOZETIC, Vinicius Almada; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos; MOLLER, Gabriela Samrsla. *(Re)pensar o direito a partir das novas tecnologias e da complexidade social*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2018.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, José Afonso da. Inovações Municipais da Constituição de 1988. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (Org.). *Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional. Volume III. Organização do Estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1107-1121.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2017*. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 01 ago. 2018.

WALD, Martin; KAHN, Jeffrey. *Privacy Rights of Public Employees*. 6 Lab. Law. 301, 1990.

XAXIM. Portal de Transparência da Prefeitura Municipal de Xaxim. Apresenta dados sobre a gestão, despesas e receitas da administração pública. Disponível em <<https://e-gov.betha.com.br/transparencia/01035-005/recursos.faces>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.